

Hochwasserschutz und Bauplanungsrecht

Arbeitshilfe zu Restriktionen und Spielräumen
bei der Ausweisung von Baugebieten und
der Vorhabenzulassung
in Überschwemmungsgebieten

Endfassung September 2020

Im Auftrag des

Ministeriums für Landwirtschaft, Umwelt und Klimaschutz (MLUK)
des Landes Brandenburg

Bearbeitung durch





Arbeitshilfe Hochwasserschutz und Bauplanungsrecht

- 2. überarbeitete Auflage, 2020 -

Auftraggeber: **Ministerium für Landwirtschaft, Umwelt und Klimaschutz (MLUK) des Landes Brandenburg** Henning-von-Tresckow-Str. 2-13
14467 Potsdam

Auftragnehmer: **GÖTZE & MÜLLER-WIESENHAKEN** Petersstraße 15
Rechtsanwälte Partnerschaft 04109 Leipzig

Bearbeiter: RA Dr. Roman Götze,
Fachanwalt für Verwaltungsrecht
RA Wolfram Müller-Wiesenhaken
Fachanwalt für Verwaltungsrecht

Inhaltsverzeichnis	Seite
Vorwort	7
1. Einleitung	8
2. Grundlagen zum vorsorgenden Hochwasserschutz	10
2.1. Unionsrechtliches, bundesrechtliches und brandenburgisches Wasserrecht.....	10
2.2. Wasserhaushaltsgesetz (WHG).....	11
2.3. Wassergesetz des Landes Brandenburg (BbgWG)	12
2.3.1. Zuständigkeiten nach dem BbgWG.....	12
2.3.2. Überblick über wichtige Regelungen zum Hochwasserschutz im BbgWG	13
3. Gebiete mit Restriktionen zum Hochwasserschutz	15
3.1. Der Regelungszugriff des WHG: Unterschiedliche Gebietstypen mit stark unterschiedlichen Restriktionen.....	15
3.2. Die Gebietstypen im Einzelnen.....	18
3.2.1. Risikogebiete-Gefahrenkarten und Risikokarten	19
3.2.2. Überschwemmungsgebiete nach § 76 Abs. 1 WHG	20
3.2.2.1. Die ersten beiden Varianten	21
3.2.2.1.1. Gebiete zwischen Deichen bzw. Hochufern und oberirdischen Gewässern, 1. Variante	21
3.2.2.1.2. Sonstige überschwemmte bzw. durchflossene Gebiete, 2. Variante ...	22
3.2.2.1.3. Sonderfall: Eingedeichte Flächen	22
3.2.2.2. Für Hochwasserentlastung oder Hochwasserrückhaltung beanspruchte Flächen	24
3.2.3. Festgesetzte Überschwemmungsgebiete gemäß § 76 Abs. 2 Satz 1 WHG.....	25
3.2.3.1. Die materiellen Bestimmungskriterien für festgesetzte Überschwemmungsgebiete.....	25
3.2.3.1.1. Gebiete, die bei HQ ₁₀₀ überflutet werden	26
3.2.3.1.2. Gesetzlich definierte Überschwemmungsgebiete	27
3.2.3.1.3. Gebiete, die zur Hochwasserentlastung und Rückhaltung beansprucht werden.....	27
3.2.3.2. Verfahrensregelungen für die Festsetzung von Überschwemmungsgebieten.....	28
3.2.3.3. Vorläufig gesicherte Überschwemmungsgebiete	29
3.2.3.4. Hochwassergebiete nach fortgeltendem Recht	29
3.2.4. Risikogebiete außerhalb von Überschwemmungsgebieten.....	30
3.2.5. Hochwasserentstehungsgebiete	32

4.	Restriktionen in Gebieten mit besonderen Anforderungen zum Hochwasserschutz	33
4.1.	Restriktionen und Ausnahmemöglichkeiten in einem festgesetzten Überschwemmungsgebiet.....	34
4.1.1.	Festgesetztes Überschwemmungsgebiet.....	34
4.1.2.	Welche Restriktionen und Ausnahmen gelten in einem festgesetzten Überschwemmungsgebiet?	35
4.1.3.	Restriktionen für die Bauleitplanung: Verbot der Ausweisung „neuer Baugebiete“ im Außenbereich	36
4.1.3.1.	Neues Baugebiet.....	36
4.1.3.2.	Überplanung des Außenbereichs (§ 35 BauGB).....	37
4.1.3.3.	Hochwasserschutz als hervorgehobener Abwägungsbelang	39
4.1.4.	Erteilung einer Ausnahme (§ 78 Abs. 2 WHG)	41
4.1.4.1.	Regelungsstruktur, Nachbarschutz und Grundsätzliches zur Vorgehensweise.....	41
4.1.4.2.	Ausnahmetatbestand.....	42
4.1.4.3.	Ermessen.....	42
4.1.4.4.	Drittschutz (Nachbarschutz)	43
4.1.4.5.	Zuständigkeit, Verfahren und „Prüftiefe“	45
4.1.5.	Die Ausnahmevoraussetzungen im Einzelnen.....	46
4.1.5.1.	Keine andere Möglichkeit der Siedlungsentwicklung.....	46
4.1.5.2.	Angrenzen an ein bestehendes Baugebiet.....	49
4.1.5.3.	Keine Gefährdung von Leben, Gesundheit oder zu erwartende erhebliche Sachschäden	51
4.1.5.4.	Keine nachteilige Beeinflussung des Hochwasserabflusses und der Höhe des Wasserstandes.	52
4.1.5.5.	Keine Beeinträchtigung der Hochwasserrückhaltung.....	53
4.1.5.6.	Keine Beeinträchtigung des bestehenden Hochwasserschutzes	56
4.1.5.7.	Keine Auswirkungen auf Unter- bzw. Oberlieger	56
4.1.5.8.	Beachtung der Belange der Hochwasservorsorge.....	57
4.1.5.9.	Bauliche Schäden	59
4.1.6.	Zulassung von Einzelvorhaben in festgesetzten Überschwemmungsgebieten.....	60
4.1.6.1.	Grundanforderungen	60
4.1.6.2.	Verbot der Errichtung baulicher Anlagen nach §§ 30, 33, 34, 35 BauGB	60
4.1.6.3.	Bereichsausnahme Verkehrsinfrastrukturmaßnahmen	60
4.1.7.	Ausnahmevoraussetzungen.....	63
4.1.7.1.	Allgemeines	63
4.1.7.2.	Voraussetzungen für die Genehmigung im Einzelnen	65
4.1.7.2.1.	Keine oder unwesentliche Beeinträchtigung der Hochwasserrückhaltung	65
4.1.7.2.2.	Keine nachteilige Veränderung des Wasserstandes und des Abflusses bei Hochwasser.....	67

4.1.7.2.3.	Keine Beeinträchtigung des Hochwasserschutzes	67
4.1.7.2.4.	Hochwasserangepasste Ausführung des Vorhabens.....	68
4.1.7.2.5.	Ausgleich nachteiliger Auswirkungen durch Nebenbestimmung	69
4.1.8.	Verbot weiterer Einzelmaßnahmen, § 78a WHG	70
4.1.9.	Spezielle Regelungen für Heizölverbraucheranlagen in festgesetzten Überschwemmungsgebieten (§ 78c Abs. 1, 3 WHG)	77
4.1.9.1.	Neue Anlagen	78
4.1.9.2.	Bestandsanlagen.....	79
4.1.9.3.	Wesentliche Änderungen von vorhandenen Anlagen	79
4.2.	Überschwemmungsgebiete nach § 76 Abs. 1 WHG	81
4.2.1.	Lage der Fläche im Überschwemmungsgebiet nach § 76 Abs. 1 WHG	81
4.2.2.	Restriktionen in Überschwemmungsgebieten nach § 76 Abs. 1 WHG	82
4.2.2.1.	Bauleitplanung	84
4.2.2.1.1.	Abwägung.....	84
4.2.2.1.2.	Ausgleichsmaßnahmen	88
4.2.2.1.3.	Drittenschutz.....	91
4.2.2.2.	Vorhabenzulassung in Überschwemmungsgebieten nach § 76 Abs. 1 WHG	92
4.3.	Risikogebiete außerhalb von festgesetzten Überschwemmungsgebieten, „§ 78b-Gebiete“	94
4.3.1.	Lage in einem Risikogebiet außerhalb eines festgesetzten Überschwemmungsgebiets.....	94
4.3.2.	Restriktionen und Spielräume.....	95
4.3.2.1.	Anforderungen an die Bauleitplanung	97
4.3.2.2.	Anforderungen an die Vorhabenzulassung	99
4.3.2.3.	Spezielle Regelungen für Heizölverbraucheranlagen (§ 78c Abs. 2 WHG)	101
4.3.2.3.1.	Neue Anlagen	101
4.3.2.3.2.	Bestandsanlagen.....	102
4.4.	Hochwasserentstehungsgebiete	103
5.	Hochwasserschutz im Bauplanungsrecht und Raumord- nungsrecht	106
5.1.	Hochwasserschutz und Bauplanungsrecht.....	106
5.1.1.	Bauleitplanung	106
5.1.1.1.	Erforderlichkeit	107
5.1.1.2.	Hochwasserschutz als Abwägungsbelang nach § 1 Abs. 7 BauGB ..	109
5.1.2.	Kennzeichnungspflichten.....	116

5.1.3.	Vorhabenzulassung.....	117
5.1.3.1.	Unbeplanter Innenbereich, § 34 BauGB (Gesunde Wohn- und Arbeitsverhältnisse).....	117
5.1.3.2.	Außenbereich, § 35 BauGB.....	118
5.1.3.3.	Vorhaben im beplanten Gebiet (§ 30 BauGB)	120
5.2.	Raumordnungsrecht.....	121
5.2.1.	Überblick.....	123
5.2.2.	Auswirkungen der Vorgaben der Raumordnung auf die Bauleitpla- nung.....	125
5.2.3.	Wirkung bei der Vorhabenzulassung	127
6.	Literatur- und Quellenverzeichnis	129

Anhang I bis VII

Vorwort

Die vorliegende Arbeitshilfe ist ursprünglich im Jahre 2009 erarbeitet und im Jahre 2010 zur empfohlenen Anwendung veröffentlicht worden. Sie hat in der Vollzugspraxis der Wasserbehörden aber auch der Planungspraxis der Städte und Gemeinden in Brandenburg eine gute Aufnahme gefunden und wird gerne zu Rate gezogen. Die Änderung der Wassergesetze – zuletzt durch das Gesetz zur weiteren Verbesserung des Hochwasserschutzes und zur Vereinfachung von Verfahren des Hochwasserschutzes vom 30. Juni 2017 („Hochwasserschutzgesetz II“) – machten allerdings eine grundlegende Überarbeitung und Aktualisierung der Erstauflage erforderlich. Die vorliegende 2. Auflage der Arbeitshilfe nimmt nun die erforderlichen Aktualisierungen vor. Zugleich wurde diese Arbeitshilfe noch stärker auf die Bedürfnisse der Wasserbehörden in Brandenburg ausgerichtet.

Den Verfasserinnen und Verfassern war es (weiterhin) wichtig, die Fragestellungen der Praxis aufzugreifen und das sich ständig erweiternde Gesamtbild von Rechtslage, Verwaltungspraxis und Rechtsprechung (möglichst) ausgewogenen und haltbaren Lösungen zuzuführen. In der Praxis dürfte dies – so hoffen die Verfasserinnen und Verfassern – die Orientierung erleichtern. Der Stand der Gesetzeslage und der eingearbeiteten Rechtsprechung ist Januar 2020.

Die 1. Auflage der Arbeitshilfe wurde von einem Autorenteam bestehend aus Umweltplanern (Dr. Katrin Wulfert und Klaus Müller-Pfannenstiel, Bosch & Partner, Herne) und Juristen (Wolfram Müller-Wiesenhaken und Dr. Roman Götze, GÖTZE Rechtsanwälte, Leipzig) erarbeitet. Die Überarbeitung konnte wegen des stark juristisch geprägten Änderungsstoffs – im besten Einvernehmen – von den juristischen Projektpartnern übernommen werden. Wir danken Frau Dr. Katrin Wulfert und Herrn Klaus Müller-Pfannenstiel für den initialen Input in der Erstbearbeitung!

Wolfram Müller-Wiesenhaken, Dr. Roman Götze

1. Einleitung

Das Ziel, einen wirksamen Hochwasserschutz zu gewährleisten, hat Politik und Verwaltung im Land Brandenburg vor gewaltige Herausforderungen gestellt. In Brandenburg sind insbesondere die Elbe, die Oder, die Havel, die Lausitzer Neiße, die Spree und die Schwarze Elster von potentiellen Hochwasserereignissen betroffen. Mehrere Jahrhunderthochwasser haben in Brandenburg die Gewalt und das Gefahrenpotential answellender Flüsse drastisch vor Augen geführt. Längst ist erkannt, dass allein die Strategien des „technischen“ Hochwasserschutzes – etwa der weitere Ausbau und die Unterhaltung von Deichen oder die Sicherung von Talsperren und Rückhaltebecken – nicht erfolgversprechend sind.

Den gesetzlichen Vorgaben des Bundes und des Landes – aber auch der Hochwasserrisikomanagementrichtlinie – wohnt der gemeinsame Grundgedanke inne, die vorhandenen Strategien des technischen Hochwasserschutzes mit den Strategien des vorsorgenden Hochwasserschutzes zu kombinieren. Hier geht es insbesondere um die Identifizierung von Gebieten mit signifikantem Hochwasserrisiko (Risikogebiete), um die Rückgewinnung von Überflutungsräumen, sowie die Begrenzung der Versiegelung des Bodens auf das notwendige Maß. Vorsorgender Hochwasserschutz erweist sich als eine Querschnittsmaterie, die neben dem Wasserrecht auch das Recht der Raumordnung, aber auch das Baurecht erfasst. Sowohl im Wasserhaushaltsgesetz (im Folgenden: „WHG“)¹, als auch im Brandenburgischen Wassergesetz (im Folgenden: „BbgWG“)² ist geregelt, dass Überschwemmungsgebiete vorläufig zu sichern bzw. festzusetzen sind. In diesen Gebieten gelten spezifische Planungs- und Bauverbote, die nur unter spezifischen Ausnahmevoraussetzungen überwunden werden können.

**Vorsorgender
Hochwasserschutz**

Die Arbeitshilfe soll primär den Umgang mit den aktuellen rechtlichen Vorgaben des Wasserhaushaltsgesetzes, des Brandenburgischen Wassergesetzes sowie des Baugesetzbuchs in der Praxis der Wasser- und Bauaufsichtsbehörden aber auch generell der damit befassten Verwaltungen der Gemeinden und Städte erleichtern. Darüber hinaus dient die Arbeitshilfe dazu, dem Städtebau verbleibende Handlungsspielräume in den Überschwemmungsgebieten aufzuzeigen, um potentiellen Hemmnissen der Stadtentwicklung in diesen Kommunen vorzubeugen.

**Ziel der
Arbeitshilfe**

¹ Wasserhaushaltsgesetz vom 31. Juli 2009 (BGBl. I S. 2585), das zuletzt durch Art. 2 des Gesetzes vom 4. Dezember 2018 (BGBl. I S. 2254) geändert worden ist.

² Brandenburgisches Wassergesetz vom 2. März 2012 (GVBl. I/12, [Nr. 20]), das zuletzt durch Art. 1 des Gesetzes vom 4. Dezember 2017 (GVBl. I/17, [Nr. 28]) geändert worden ist.

Die Arbeitshilfe ist in sechs Teile gegliedert und stärker als die 1. Auflage auf die Vollzugsaufgaben der Wasserbehörden ausgerichtet. In einem ersten Schritt werden die rechtlichen Grundlagen des vorsorgenden Hochwasserschutzrechts, die von den Wasserbehörden zu vollziehen sind, im Überblick dargestellt (Kap. 2). Danach werden intensiv die Anforderungen an Überschwemmungsgebiete, Risikogebiete und andere für den Hochwasserschutz wichtige Gebietstypen behandelt (Kap. 3). Ausgehend von dieser fachlichen und rechtlichen Einordnung wird dann der Frage nachgegangen, welche konkreten Restriktionen bzw. Spielräume für die Bauleitplanung und Einzelmaßnahmen in den jeweiligen Gebietstypen bestehen und was die Wasserbehörden im Vollzug zu beachten haben (Kap. 4). Bereits in der 1. Auflage der Handreichung wurden auch die rechtlichen Restriktionen oder Anforderungen an hochwasserangepasstes Bauen und Planen untersucht, die sich aus Rechtsmaterien außerhalb der Wassergesetze ergeben, etwa aus dem Baugesetzbuch (BauGB) oder dem Raumordnungs- und Landesplanungsrecht (hierzu in Kap. 5).

Gliederung der Arbeitshilfe

Zur Illustration abstrakter Grundsätze und Aussagen werden an geeigneten Stellen Fallbeispiele dargestellt und Praxishinweise gegeben. Diese sind in den blauen „Kästchen“ (Hinweise) bzw. in grünen „Kästchen“ (Beispiele) zu finden. Gesetzeszitate und Definitionen sind in grauen „Kästchen“ hinterlegt. Um eine leichte Handhabung zu ermöglichen, wurde in der Kopfzeile die jeweilige Gliederungsebene aufgeführt. Daneben gibt es zahlreiche Übersichten, synoptische Gegenüberstellungen des Normtextes (im Anhang) und weiteres mehr (in den Anhängen).

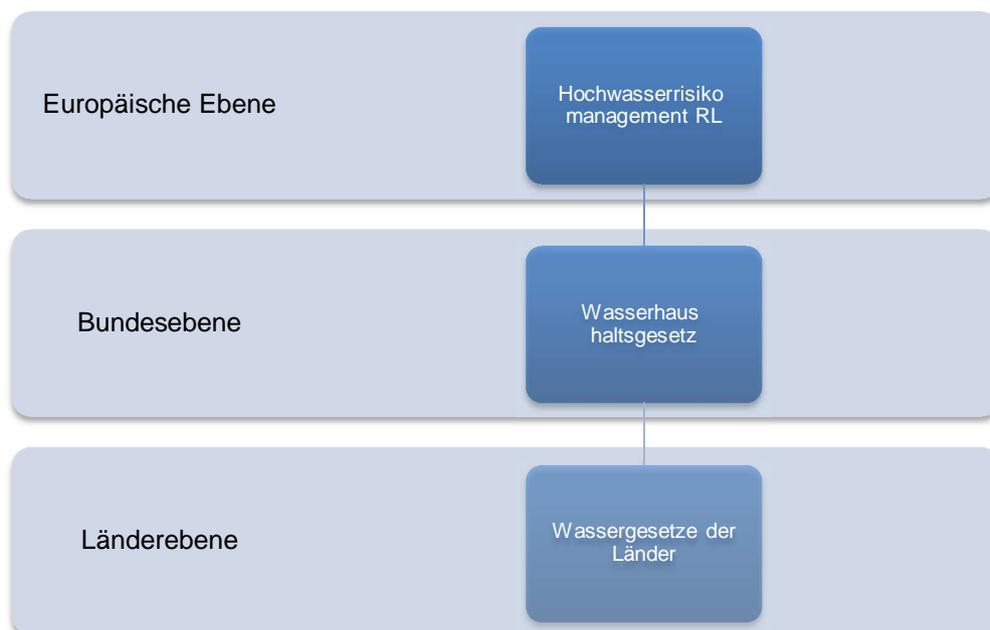
2. Grundlagen zum vorsorgenden Hochwasserschutz
2.1. Unionsrechtliches, bundesrechtliches und brandenburgisches Wasserrecht

2. Grundlagen zum vorsorgenden Hochwasserschutz

Im Folgenden wird zunächst ein Überblick über die den Vollzug des Hochwasserschutzrechts betreffenden Regelungen gegeben.

2.1. Unionsrechtliches, bundesrechtliches und brandenburgisches Wasserrecht

Hochwasserbezogenes Wasserrecht ist auf verschiedenen Ebenen zu finden: Auf Bundesebene im Wasserhaushaltsgesetz (WHG)³ und in den Wassergesetzen der Länder⁴. Auf europäischer Ebene sind Regelungen zum Hochwasserschutz in der Hochwasserrisikomanagement-Richtlinie⁵ enthalten.⁶ Diese ist im Bundes- und Landesrecht umgesetzt worden.



Hochwasserschutzrecht im Europarecht, Bundesrecht und Landesrecht

³ Vgl. dazu nachfolgend unter Kap. 2.1.1.1.

⁴ Vgl. dazu nachfolgend unter Kap. 2.1.1.2.

⁵ Richtlinie 2007/60/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 23.10.2007, ABl. 2007, Nr. L 288/27.

⁶ Vgl. dazu nachfolgend unter Kap. 2.1.1.4.

2. Grundlagen zum vorsorgenden Hochwasserschutz

2.2. Wasserhaushaltsgesetz (WHG)

2.2. Wasserhaushaltsgesetz (WHG)⁷

Das Hochwasserschutzrecht im Wasserhaushaltsgesetz wurde 2005 und 2009 grundlegend geändert. Eine neue Dynamik erhielt das Hochwasserschutzrecht im Bundesrecht im Jahr 2017 durch das sogenannte „Hochwasserschutzgesetz II“. Der Gesetzgeber nahm die Erfahrungen aus den Hochwasserereignissen der letzten Jahre, insbesondere der extremen Überschwemmungen im Jahr 2013, den voranschreitenden Klimawandel und die Vollzugserfahrungen in den Ländern zum Anlass, das Hochwasserschutzrecht im WHG erneut zu überarbeiten.⁸ Dabei strebt der Bundesgesetzgeber weiterhin an, den Flüssen mehr Raum zu geben. Neben Änderungen im WHG⁹ erfolgten zugleich Anpassungen im Bundesnaturschutzgesetz (BNatSchG) und im Baugesetzbuch (BauGB) sowie in der Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO).¹⁰

Hochwasserschutzrecht im Bundesrecht durch „Hochwasserschutzgesetz II“ (2017) neu gefasst

Wie aus der nachfolgenden Übersicht ersichtlich ist, befinden sich die wesentlichen Regelungen zum Hochwasserschutz im WHG in **Kapitel 3, Abschnitt 6 (§§ 72 bis 81 WHG)**.

Überblick über die Regelungen zum Hochwasserschutz im WHG

Regelungen zum Hochwasserschutz im WHG	§ 72 WHG	Definition Hochwasser
	§ 73 WHG	Bewertung von Hochwasserrisiken, Risikogebiete
	§ 74 WHG	Gefahrenkarten und Risikokarten
	§ 75 WHG	Risikomanagementpläne
	§ 76 WHG	Überschwemmungsgebiete
	§ 77 WHG	Rückhalteflächen und Bevorratung
	§ 78 WHG	Bauliche Schutzvorschriften für festgesetzte Überschwemmungsgebiete
	§ 78a WHG	sonstige Schutzvorschriften für festgesetzte Überschwemmungsgebiete
	§ 78b WHG	Risikogebiete außerhalb von Überschwemmungsgebieten
	§ 78c WHG	Heizölverbraucheranlagen in Überschwemmungsgebieten
	§ 78d WHG	Hochwasserentstehungsgebiete
	§ 79 WHG	Information und aktive Beteiligung
	§ 80 WHG	Koordinierung
	§ 81 WHG	Vermittlung durch die Bundesregierung

⁷ Wasserhaushaltsgesetz vom 31.7.2009 (BGBl. I S. 2585), das zuletzt durch Art. 2 des Gesetzes vom 4.12.2018 (BGBl. I S. 2254) geändert worden ist.

⁸ BT-Drucks zum Gesetzesentwurf d. Hochwasserschutzgesetz II, BT-Drs. 18/10879 v. 18.1.2017, S. 1.

⁹ Der besseren Übersichtlichkeit halber wurden im Anhang die Vorschriften des „WHG 2009“ denjenigen des „WHG 2017“ gegenübergestellt; vgl. insoweit die Synopse im Anhang unter IV.

¹⁰ Die entsprechenden Änderungen im Baugesetzbuch sind dieser Arbeitshilfe zugrunde gelegt. Hierzu und zum Themenkomplex Hochwasserschutz als Belang in der Bauleitplanung *Mitschang*, ZfBR 2018, 329 f.; *Wagner/Wahlhäuser*, DVBl. 2018, 473 (476 ff.).

2. Grundlagen zum vorsorgenden Hochwasserschutz

2.3. Wassergesetz des Landes Brandenburg (BbgWG)

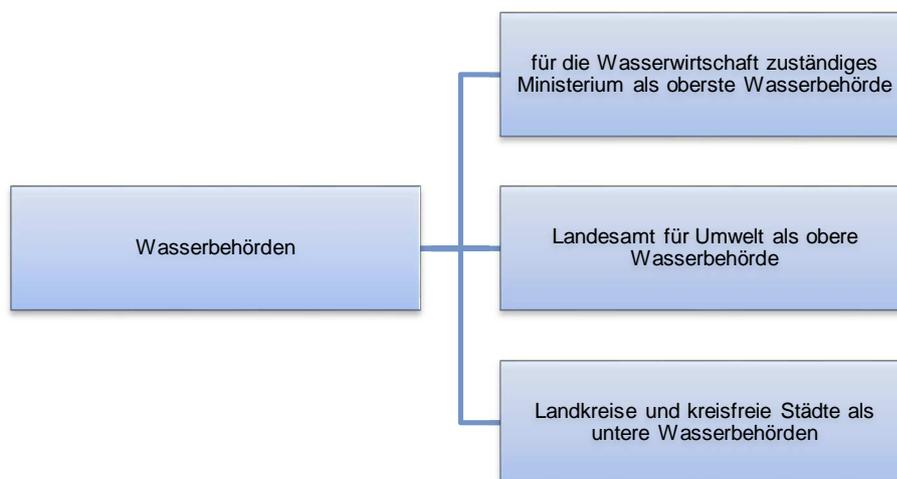
2.3.1. Zuständigkeiten nach dem BbgWG

2.3. Wassergesetz des Landes Brandenburg (BbgWG)

Auch wenn das Hochwasserschutzrecht im Wasserhaushaltsgesetz eine Vollregelung des Bundes auf der Grundlage der konkurrierenden Gesetzgebung ist, können die Länder hiervon in gewissen Grenzen abweichen oder die Regelungen des Bundes im Einzelnen ausgestaltend ausformen. Dies ist durch das Brandenburgische Wassergesetz (BbgWG)¹¹ geschehen.

Auf die besonderen Akzentsetzungen im Landesrecht wird jeweils an systematisch passender Stelle noch eingegangen. Auf folgende Regelungen im Brandenburgischen Wassergesetz ist vorab hinzuweisen:

2.3.1. Zuständigkeiten nach dem BbgWG



Gemäß § 124 Abs. 1 BbgWG sind die Wasserbehörden das für die Wasserwirtschaft zuständige Ministerium als oberste Wasserbehörde, das Landesamt für Umwelt als obere Wasserbehörde und die unteren Wasserbehörden, wobei die Landkreise und kreisfreien Städte die Aufgaben der unteren Wasserbehörde als Pflichtaufgaben zur Erfüllung nach Weisung wahrnehmen. Nach § 124 Abs. 3 BbgWG wird die Sonderaufsicht gegenüber den Landkreisen und kreisfreien Städten von der obersten Wasserbehörde wahrgenommen.

Differenzierung der Wasserbehörden und deren Zuständigkeiten

¹¹ Brandenburgisches Wassergesetz (BbgWG) in der Fassung v. 2.3.2012 (GVBl. I/12, [Nr. 20]), das zuletzt durch Art. 1 des Gesetzes vom 4.12.2017 (GVBl. I/17, [Nr. 28]) geändert worden ist.

2. Grundlagen zum vorsorgenden Hochwasserschutz

2.3. Wassergesetz des Landes Brandenburg (BbgWG)

2.3.2. Überblick über wichtige Regelungen zum Hochwasserschutz im BbgWG

§ 126 Abs. 1 BbgWG verleiht grundsätzlich den unteren Wasserbehörden die Zuständigkeit, soweit nicht durch Gesetz, auf Grund eines Gesetzes oder durch eine vom für die Wasserwirtschaft zuständigen Mitglied der Landesregierung erlassene Rechtsverordnung etwas anderes bestimmt wird. Das Wasserwirtschaftsamt (Landesamt für Umwelt) als Fachbehörde ist hingegen insbesondere zuständig für die Bewertung des Hochwasserrisikos und deren Veröffentlichung gemäß den §§ 73 Abs. 1 und 5 sowie 79 WHG, die Bestimmung der Risikogebiete nach § 73 WHG, die Erstellung, Aktualisierung und Veröffentlichung von Gefahren- und Risikokarten gemäß den §§ 74 und 79 WHG bzw. §§ 99 Abs. 1 und 99a Abs. 2 BbgWG und die Aufstellung, Koordinierung, Überprüfung und Aktualisierung einschließlich der Beteiligung und Information von Risikomanagementplänen nach § 75 Abs. 1 und 6 Satz 3 und 4, § 79 Abs. 1 Satz 2 und § 80 Abs. 2 WHG bzw. § 99 Abs. 1 BbgWG.

2.3.2. Überblick über wichtige Regelungen zum Hochwasserschutz im BbgWG

Das Brandenburgische Wassergesetz enthält in Kapitel 9 einige das Bundesrecht ausfüllende Akzentsetzungen bzw. abweichende Regelungen, die für den Vollzug des Hochwasserschutzrechts in Brandenburg von hoher Bedeutung sind.

Zu nennen sind insbesondere:

- eine landesgesetzliche Definition des Begriffs „**Risikogebiet**“ (§ 99 Abs. 1 Satz 2 BbgWG);
- eine landesgesetzliche **Verordnungsermächtigung**, bestimmte Restriktionen, die in Überschwemmungsgebieten gelten können (§ 101 BbgWG) auch auf **einzelne Risikogebiete** zu erstrecken, soweit dies erforderlich ist (§ 99 Abs. 3 BbgWG);
- eine Definition der Gebiete, die als **festgesetzte Überschwemmungsgebiete** gelten und das Verfahren der **Festsetzung und vorläufigen Sicherung von Überschwemmungsgebieten** (§ 100 BbgWG);

2. Grundlagen zum vorsorgenden Hochwasserschutz

2.3. Wassergesetz des Landes Brandenburg (BbgWG)

2.3.2. Überblick über wichtige Regelungen zum Hochwasserschutz im BbgWG

- besondere **materielle Anforderungen** an bauliche Anlagen, Wasserversorgungs- bzw. Entsorgungsanlagen in Überschwemmungsgebieten sowie eine Verordnungsermächtigung zur Festlegung weiterer erforderlicher Maßnahmen **in festgesetzten Überschwemmungsgebieten** (§ 101 BbgWG);
- Anforderungen (Beseitigung von Aufhöhungen) und Duldungspflichten in Vorländern (§ 102 BbgWG).

3. Gebiete mit Restriktionen zum Hochwasserschutz

3.1. Der Regelungszugriff des WHG: Unterschiedliche Gebietstypen mit stark unterschiedlichen Restriktionen

3. Gebiete mit Restriktionen zum Hochwasserschutz

Im nachfolgenden Kapitel 4 (Seite 34 ff.) wird es um die Restriktionen und Spielräume gehen, die in den unterschiedlichen Typen von Überschwemmungsgebieten gelten. In diesem Kapitel – Kapitel 3 – wird die Vorfrage behandelt, wie die verschiedenen Gebietstypen zu bestimmen waren oder bestimmt werden.

Überblick zur Typologie der Überschwemmungsgebiete

Hinweis:

Diejenigen Nutzerinnen oder Nutzer dieser Arbeitshilfe, die die Frage, ob das Vorhabengrundstück oder die zu überplanenden Grundstücke in einem festgesetzten Überschwemmungsgebiet, Risikogebiet etc. liegt, klar beantworten können und diese Arbeitshilfe vor allem auf der Suche nach Ansätzen zur Lösung von Rechtsanwendungsfragen der §§ 78 ff. WHG zur Hand nehmen, könnten Kapitel 3 „überspringen“ und in Kapitel 4 im systematisch passenden Unterkapitel „einsteigen“.

Für die Zwecke der folgenden Darstellung in diesem Kapitel werden die verschiedenen Gebietstypen losgelöst von der Frage betrachtet, wie streng die jeweiligen Anforderungen in den jeweiligen Gebieten sind. Im Kapitel 4 wird – bewusst – den umgekehrten Weg gegangen.

Bevor die unterschiedlichen Gebietstypen genauer dargestellt werden (3.2.), sind einige grundsätzliche Vorbemerkungen (3.1.) sinnvoll:

3.1. Der Regelungszugriff des WHG: Unterschiedliche Gebietstypen mit stark unterschiedlichen Restriktionen

Der Ausgangspunkt für die Regelungssystematik des Hochwasserschutzrechts ist der Begriff des Hochwassers. § 72 WHG enthält hierfür eine gesetzliche Definition:

Definition Hochwasser

Definition Hochwasser (§ 72 Satz 1 WHG)

„Hochwasser ist eine zeitlich beschränkte Überschwemmung von normalerweise nicht mit Wasser bedecktem Land, insbesondere durch oberirdische Gewässer oder durch in Küstengebiete eindringendes Meerwasser. Davon ausgenommen sind Überschwemmungen aus Abwasseranlagen.“

3. Gebiete mit Restriktionen zum Hochwasserschutz

3.1. Der Regelungszugriff des WHG: Unterschiedliche Gebietstypen mit stark unterschiedlichen Restriktionen

Ausgehend vom Begriff des „Hochwassers“ entfaltet der Bundesgesetzgeber im Wasserhaushaltsgesetz eine sehr komplexe rechtliche „Matrix“. Etwas vereinfacht kann man sagen, dass **unterschiedliche Typen von Betroffenheit** im Wasserhaushaltsgesetz anhand der *Art des Hochwassers* und der *Schutzbedürftigkeit* der betroffenen Gebiete differenziert werden.

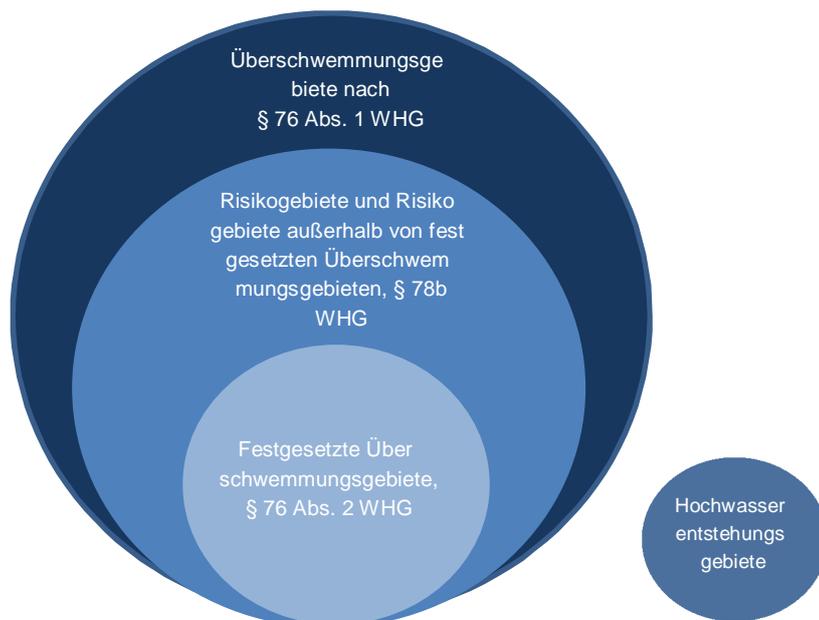
Im Ergebnis sind im Wasserhaushaltsgesetz **verschiedene Typen von Gebieten** definiert, in denen dann sehr **stark unterscheidende Anforderungen** an das Bauen (Einzelvorhaben), sonstige Maßnahmen (z. B. das Ablagern von Stoffen) und die Aufstellung von Bauleitplänen gestellt werden (dazu in Kap. 4).

Bereits die Bestimmung des Verhältnisses der genannten Gebietstypen zueinander ist – im Detail – nicht immer einfach. Es kommt mitunter zu schwierigen Abgrenzungsfragen, auf die später noch eingegangen wird.

Im Vorgriff auf eine vertiefende Betrachtung sogleich in Kap. 3.2. soll im Folgenden nur ein erster Überblick über die verschiedenen Kategorien der Gebiete und ihr Verhältnis zueinander gegeben werden. Ausgegangen wird hier von einem Gebiet ohne Hochwasserschutzdeich, der HQ₁₀₀ zu kehren vermag¹²:

Unterschiedliche Anforderungen in Abhängigkeit vom Gebietstypus

Schematische Übersicht zu den Gebietstypen



¹² Zur Fallgruppe „hochwasserfrei eingedeichte Flächen“ unten Kap. 3.2.2.1.3.

3. Gebiete mit Restriktionen zum Hochwasserschutz

3.1. Der Regelungszugriff des WHG: Unterschiedliche Gebietstypen mit stark unterschiedlichen Restriktionen

Im Ausgangspunkt kann – mit einer gewissen Vereinfachung – als „Faustregel“ festgehalten werden, dass die Überschwemmungsgebiete nach § 76 Abs. 1 WHG¹³ den weitesten Umgriff aufweisen, nämlich alle Grundstücke zwischen oberirdischen Gewässern und Deichen/Hochufern einschließen, aber auch sonstige Gebiete, die bei Hochwasser eines oberirdischen Gewässers überschwemmt und/oder durchflossen bzw. für die Hochwasserentlastung oder Rückhaltung beansprucht werden. Grundsätzlich sind Risikogebiete¹⁴ und Risikogebiete außerhalb von festgesetzten Überschwemmungsgebieten¹⁵ und die festgesetzten Überschwemmungsgebiete¹⁶ eine Teilmenge der Überschwemmungsgebiete nach § 76 Abs. 1 WHG. Hochwasserentstehungsgebiete¹⁷ – eine optionale Kategorie, die in Brandenburg aufgrund der naturräumlichen Verhältnisse nicht festgesetzt wird – stehen als eigenständige Kategorie neben den Überschwemmungsgebieten; hier geht es um die Hochwasserentstehung, etwa in Mittelgebirgen und vorsorgende Einwirkungen auf das dortige Geschehen.

Festgesetzte Überschwemmungsgebiete sind in der Vollzugspraxis regelmäßig gut bestimmbar, da sie mit Verordnungen und Materialien (für verbindlich erklärten Karten) hinterlegt sind oder – wie die Vorländer – anhand der gesetzlichen Definition bestimmt werden können. Hier geht es – abgesehen von den Vorländern - um Hochwasserereignisse, die statistisch in einem Wiederkehrintervall von 100 Jahren auftreten (HQ100). Auch die Risikogebiete sind in der Vollzugspraxis im Grundsatz gut bestimmbar, da hier durch § 99 Abs. 1 Satz 2 BbgWG eine wichtige Bestimmungsregel geschaffen worden ist: Risikogebiete sind die Gebiete innerhalb der Anschlaglinie eines Extremereignisses, welches der überschwemmten Fläche für ein Hochwasserereignis mit einem Wiederkehrintervall von 200 Jahren (HQ 200) ohne Berücksichtigung von Hochwasserschutzanlagen entspricht. Hierzu liegen – auch im Internet auf der „Arbeitsplattform Wasser“ des Landes Brandenburg verfügbar (dazu sogleich unter 3.2.1.) – zahlreiche Kartenwerke vor.

Abgrenzungsfragen gibt es regelmäßig bei den Überschwemmungsgebieten nach § 76 Abs.1 WHG. Als Orientierungssatz mag gelten, dass hierunter alle Gebiete fallen, die nach den Erkenntnissen der Wasserbehörde bei Hochwasser überflutet werden, unabhängig von Wiederkehrintervallen oder von nachteiligen Folgen für Schutzgüter oder die zur Hochwasserentlastung bzw.

¹³ Dazu ausführlich Kap. 3.2.2.

¹⁴ Dazu unter 3.2.1.

¹⁵ Dazu unter 3.2.4.

¹⁶ Dazu unter 3.2.3.

¹⁷ Dazu unter 3.2.5.

3. Rechtliche und fachplanerische Kategorien von Überschwemmungsgebieten

3.2. Die Gebietstypen im Einzelnen

Hochwasserrückhaltung beansprucht werden. Hier zeigt sich die Elastizität des Rechtsbegriffs der Überschwemmungsgebiete. Zugleich ist aber auch klar, dass die spezielleren Regelungen regelmäßig vorgehen und – dies betrifft vor allem das Vorhandensein von Hochwasserschutzdeichen – auch bestimmte Korrekturen erforderlich sind, um diesen Rechtsbegriff anhand seines Sinn und Zwecks einzugrenzen. Später wird noch darauf eingegangen – nämlich in Kap. 3.2.2.1. –, dass gerade im Hinterland von Deichen, die ein Hochwasserereignis HQ_{100} zu kehren vermögen, regelmäßig kein Überschwemmungsgebiet mehr anzunehmen ist. Es handelt sich bei den Flächen im Hinterland dieser Deiche bei entsprechendem Schadenspotenzial aber um Risikogebiete, da bei diesen ja gerade der Deichbruch als Prognoseszenario mit zu denken ist.

3.2. Die Gebietstypen im Einzelnen

Die Darstellung folgt der gesetzlichen Systematik, die zunächst in § 73 WHG den unionsrechtlich durch die EU-Hochwasserrisikomanagement-Richtlinie vorgegebenen Typ „Risikogebiet“ eingeführt hat. Im deutschen Hochwasserschutzrecht ist ergänzend dazu der traditionelle Begriff Überschwemmungsgebiet (§ 76 Abs. 1 WHG) weiterhin verankert.

Aus den Risikogebieten werden bestimmte Gebiete zu festgesetzten oder vorläufig gesicherten Überschwemmungsgebieten (§ 76 Abs. 2 und 3 WHG) oder zu „Risikogebieten außerhalb von Überschwemmungsgebieten“ (§ 78 b WHG) „hochgestuft“ und mit einem besonders Schutzregime unterlegt. Die verbleibende Teilmenge der Überschwemmungsgebiete sind die Überschwemmungsgebiete nach § 76 Abs. 1, § 77 WHG. Mit dem Hochwasserschutzgesetz II wurden neben den „Risikogebieten außerhalb von Überschwemmungsgebieten“ auch die Hochwasserentstehungsgebiete (§ 78d WHG) neu mit aufgenommen.

3. Rechtliche und fachplanerische Kategorien von Überschwemmungsgebieten

3.2. Die Gebietstypen im Einzelnen

3.2.1. Risikogebiete-Gefahrenkarten und Risikokarten

3.2.1. Risikogebiete-Gefahrenkarten und Risikokarten

Das Risikogebiet ist in § 73 Abs. 1 Satz 1 WHG als Gebiet mit „signifikantem Hochwasserrisiko“ definiert. Aus § 73 Abs. 1 Satz 2 WHG folgt ein kombinierter Ansatz, bei der Gebietseinstufung sind sowohl die Eintrittswahrscheinlichkeit des Hochwassers als auch die Hochwasserfolgen („Vulnerabilität“) zu betrachten.

Definition Risikogebiete

Präzisierend legt § 99 Abs. 1 Satz 2 BbgWG zur räumlichen Eingrenzung dieser Gebiete Folgendes fest: Risikogebiete sind die Gebiete innerhalb der Anschlaglinie eines Extremereignisses, welches der überschwemmten Fläche für ein Hochwasserereignis mit einem Wiederkehrintervall von 200 Jahren ohne Berücksichtigung von Hochwasserschutzanlagen entspricht.

Hinweis:

Die in § 78b WHG speziell geregelten „Risikogebiete außerhalb von Überschwemmungsgebieten“ wird in einem gesonderten Unterabschnitt (→ 3.4.) behandelt.

Im Land Brandenburg¹⁸ sind auf der Grundlage von § 74 WHG in den Gefahrenkarten (§ 74 Abs. 2 WHG) und den Risikokarten (§ 74 Abs. 4 WHG) die folgenden Hochwasserszenarien dargestellt:

Gefahrenkarten und Risikokarten

- Extremereignis; für dieses Szenario wird im Land Brandenburg ein außergewöhnliches Hochwasser mit einem Wiederkehrintervall von 200 Jahren ohne das Vorhandensein von Hochwasserschutzanlagen simuliert (**Extremhochwasser¹⁹**),
- Hochwasser mit einem Wiederkehrintervall von 100 Jahren (**Hochwasser mit mittlerer Wahrscheinlichkeit**)
- Hochwasser mit einem Wiederkehrintervall von 10 oder 20 Jahren (**Hochwasser mit hoher Wahrscheinlichkeit**)

Die **Gefahrenkarten** enthalten daneben Angaben zur Wassertiefe.

¹⁸ Vgl. zum Folgenden <https://mluk.brandenburg.de/mluk/de/start/umwelt/wasser/hochwasserschutz/hochwasserrisikomanagementrichtlinie/gefahren-und-risikokarten/> (zuletzt eingesehen am 17.1.2020). Auf der Internetseite des MLUK sind hierzu auch interaktive Karten hinterlegt.

¹⁹ Die Definition des Hochwassers mit niedriger Wahrscheinlichkeit ist neu im Bundesrecht; hierzu *Hofmann*, ZfW 2018, 1 (7).

3. Rechtliche und fachplanerische Kategorien von Überschwemmungsgebieten

3.2. Die Gebietstypen im Einzelnen

3.2.2. Überschwemmungsgebiete nach § 76 Abs. 1 WHG

Risikokarten erfassen *mögliche nachteilige Hochwasserfolgen* der in § 74 Abs. 2 Satz 1 WHG genannten Hochwasserereignisse und konkretisieren anhand bestimmter Angaben näher die Auswirkungen des Hochwasserereignisses.²⁰ Die Risikokarten geben somit Auskunft über die möglichen *hochwasserbedingten nachteiligen Folgen* der oben genannten Hochwasserereignisse. Dazu erfolgte eine Verschneidung der überfluteten Flächen aus den Gefahrenkarten mit Landnutzungsdaten, insbesondere der Anzahl der potenziell betroffenen Einwohner, der Art der wirtschaftlichen Tätigkeit in dem potenziell betroffenen Gebiet, Anlagen mit hohem Schadstoffpotenzial für die Umwelt (IED/IVU-Anlagen, die im Falle der Überflutung unbeabsichtigte Umweltverschmutzungen verursachen können) und potenziell betroffene Schutzgebiete (z. B. Trinkwasserschutzgebiete, Badegewässer) sowie weiteren risikorelevanten Informationen.

Risikokarten

3.2.2. Überschwemmungsgebiete nach § 76 Abs. 1 WHG

Von zentraler Bedeutung für den Vollzug des Hochwasserschutzrechts ist § 76 Abs. 1 WHG, der den Begriff des **Überschwemmungsgebietes** definiert:

Definition „Überschwemmungsgebiet“ (§ 76 Abs. 1 Satz 1 WHG):

„Gebiete zwischen oberirdischen Gewässern und Deichen oder Hochufern und sonstige Gebiete, die bei Hochwasser eines oberirdischen Gewässers überschwemmt oder durchflossen oder die für Hochwasserentlastung oder Rückhaltung beansprucht werden.“

Definition Überschwemmungsgebiet

Hinweis:

Die Überschwemmungsgebiete gemäß § 76 Abs. 1 WHG, die nicht (oder noch nicht) gemäß § 76 Abs. 2 WHG festgesetzte Überschwemmungsgebiete oder gemäß § 76 Abs. 3 vorläufig gesicherte Überschwemmungsgebiete sind, werden in der Praxis oft als „**faktische**“ **Überschwemmungsgebiete** bezeichnet.²¹ Das WHG und das BbgWG verwenden diesen Begriff selbst nicht. Er ist in der Rechtsprechung und Fachliteratur verbreitet. In dieser Arbeitshilfe soll er **nicht** verwendet werden. Diese Gebiete werden vielmehr als nicht oder noch nicht festgesetzte Überschwemmungsgebiete oder als Gebiete nach § 76 Abs. 1 WHG bezeichnet. In Gebieten nach § 76 Abs.

²⁰ Dammert, in: Berendes/Frenz/Müggenborg, WHG, 2. Auflage (2017), § 74, Rdnr. 27 ff.; vgl. auch LAWA, Empfehlungen zur Aufstellung von Hochwassergefahrenkarten und Hochwasserrisikokarten, 2018, S. 19.

²¹ Dazu etwa Dallhammer, in: Dallhammer/Dammert/Faßbender, Kommentar zum Sächsisches Wassergesetz, 1. Auflage (Sep. 2018), § 75, Rdnr. 2.

3. Rechtliche und fachplanerische Kategorien von Überschwemmungsgebieten

3.2. Die Gebietstypen im Einzelnen

3.2.2. Überschwemmungsgebiete nach § 76 Abs. 1 WHG

1 WHG ist vor allem § 77 WHG (Erhaltungs- und Wiederherstellungsgebot von Rückhalteflächen; → Kap.4, unter 3.2.) zu beachten.

Überschwemmungsgebiete des § 76 Abs. 1 WHG sind weiter als die Risikogebiete nach § 73 Abs. 1 WHG, bei welchen es neben der Überflutung auch um die Kombination von Eintrittswahrscheinlichkeit und potentielltem Schaden (Hochwasserrisiko) geht. Trotz der oberirdische Gewässer und Grundwasser umfassenden Legaldefinition des Hochwassers in § 72 Abs. 1 WHG werden von § 76 Abs. 1 Satz 1 nur **oberirdische Gewässer** umfasst.

Die Definition gemäß § 76 Abs. 1 Satz 1 WHG **unterscheidet drei Kategorien** von Überschwemmungsgebieten, nämlich

- Gebiete zwischen oberirdischen Gewässern und Deichen oder Hochufern (1. Variante)

und

- sonstige Gebiete, die bei Hochwasser eines oberirdischen Gewässers überschwemmt bzw. durchflossenen werden (2. Variante)

sowie

- die für die Hochwasserentlastung bzw. Hochwasserrückhaltung beanspruchten Gebiete (3. Variante)

3.2.2.1. Die ersten beiden Varianten

Hierbei wird zwischen durch Deiche und Hochufer geschützte Gebiete (Vorländer, 1. Variante) *und* sonstige Gebiete, die bei Hochwasser eines oberirdischen Gewässers überschwemmt bzw. durchflossenen werden (sonstige Gebiete, 2. Variante), unterschieden.

3.2.2.1.1. Gebiete zwischen Deichen bzw. Hochufern und oberirdischen Gewässern, 1. Variante

Gebiete zwischen oberirdischen Gewässern und Deichen oder Hochufern gelten in Brandenburg als festgesetzte Überschwemmungsgebiete

Vorländer

3. Rechtliche und fachplanerische Kategorien von Überschwemmungsgebieten

3.2. Die Gebietstypen im Einzelnen

3.2.2. Überschwemmungsgebiete nach § 76 Abs. 1 WHG

(Vorländer gemäß § 100 Abs. 1 Satz 1 BbgWG). Die gewässerseitige Begrenzung ist die Uferlinie (§ 8 Abs. 1, 2 BbgWG). Die landseitige Begrenzung erfolgt durch Deiche oder Hochufer.

3.2.2.1.2. Sonstige überschwemmte bzw. durchflossene Gebiete, 2. Variante

Überschwemmungsgebiete nach § 76 Abs. 1 WHG sind zudem „sonstige Gebiete, die bei Hochwasser eines oberirdischen Gewässers „*überschwemmt* oder *durchflossen*“ werden.

Sonstige überschwemmte oder durchflossene Gebiete

Für die rechtstheoretische Einordnung als Überschwemmungsgebiet kommt es nach der weit gefassten Definition – anders als bei festgesetzten Überschwemmungsgebieten und Risikogebieten – grundsätzlich nicht darauf an, mit welcher Wiederkehrwahrscheinlichkeit die Flächen überschwemmt werden und – anders als bei Risikogebieten – welche nachteiligen Folgen eintreten können.²²

Kein Überschwemmungsgebiet sind hoch gelegene Flächen, die von der Überschwemmung tatsächlich nicht erreicht werden können.²³

3.2.2.1.3. Sonderfall: Eingedeichte Flächen

Bei formaler Anwendung der Begriffsdefinition könnten auch **Gebiete hinter Hochwasserschutzdeichen** als Überschwemmungsgebiete nach § 76 Abs. 1 WHG qualifiziert werden, wenn man unterstellt, dass bei technischem Versagen des Deichs oder bei einem Extremhochwasser die dahinterliegenden Gebiete überströmt oder durchflossen werden könnten. Dies überzeugt aber nicht, wenn man das gesetzessystematische Zusammenspiel der Vorschriften zum vorsorgenden Hochwasserschutz in den Blick nimmt.

Hochwasserfrei eingedeichte Flächen kein Überschwemmungsgebiet, wenn HQ₁₀₀ gekehrt wird

Keine Überschwemmungsgebiete gemäß § 76 Abs. 1 WHG sind damit die **hochwasserfrei eingedeichten Flächen**.²⁴ Gesetzliches Überschwemmungsgebiet ist das Deichvorland, nicht aber das Deichhinterland,

²² Rossi, in: Sieder/Zeitler/Dahme/Knopp, Komm. z. WHG, Stand: Juni 2018, § 76, Rdnr. 6.

²³ Zloch, in: Berendes/Frenz/Müggenborg, WHG, Komm., 2. Auflage (2017), § 76, Rdnr. 4.

²⁴ Zloch, in: Berendes/Frenz/Müggenborg, WHG, Komm., 2. Auflage (2017), § 76, Rdnr. 4; Reinhardt, in: Czychowski/Reinhardt, Komm. z. WHG, 12. Auflage (2019), § 76, Rdnr. 5; Köck, in: Faßbender/Köck, Aktuelle Fragen und Entwicklungen im Hochwasserschutzrecht, 1. Auflage (2017), 147 (151); Rossi, in: Sieder/Zeitler/Dahme/Knopp, Komm. z. WHG, Stand: Juni 2018, § 76, Rdnr. 8.

3. Rechtliche und fachplanerische Kategorien von Überschwemmungsgebieten

3.2. Die Gebietstypen im Einzelnen

3.2.2. Überschwemmungsgebiete nach § 76 Abs. 1 WHG

das durch die Deiche geschützt wird.²⁵ Im Wortlaut des § 76 Abs. 1 Satz 1 WHG findet das deutlichen Anklang, wenn es darin heißt „Gebiete zwischen oberirdischen Gewässern und Deichen (...)“ und gerade nicht „zwischen Deichen und landseits gelegenen Gebieten“.²⁶

Gleichwohl können Gebiete hinter Deichen dann als Überschwemmungsgebiete zu qualifizieren sein, wenn trotz der Deiche tatsächlich und naheliegend mit einer Überschwemmung zu rechnen ist, etwa aufgrund unterdimensionierter Ausgestaltung der Hochwasserschutzanlage.²⁷ Unterdimensioniert in diesem Sinne sind Hochwasserschutzanlagen aber nur dann, wenn diese HQ₁₀₀ nicht zu kehren vermögen, also wenn der Deich nur für ein statistisch öfter als einmal in 100 Jahren auftretendes Hochwasser ausgelegt ist (z. B. HQ 80). Dies lässt sich aus § 76 Abs. 2 Nr. 1 WHG ableiten, wonach u. a. Gebiete, in denen ein Hochwasserereignis statistisch einmal in 100 Jahren zu erwarten ist, als Überschwemmungsgebiet festzusetzen sind. Da Deiche, die ein HQ₁₀₀ nicht zu kehren vermögen, bei HQ₁₀₀ überströmt werden und sich das Hochwasser dahinter ausbreitet, sind in den dahinterliegenden überschwemmten Gebieten Überschwemmungsgebiete festzusetzen.²⁸

Voraussetzung: Deich ist auf HQ₁₀₀-Schutz ausgelegt

Das hat indes nicht zur Folge, dass die Hinterländer – hinter HQ₁₀₀-Deichen – keine Risikogebiete sein könnten, weil für deren Bestimmung die überschwemmte Fläche für ein Hochwasserereignis mit einem Wiederkehrintervall von 200 Jahren ohne Berücksichtigung von Hochwasserschutzanlagen maßgeblich ist (§ 74 Abs. 2 Nr. 1 WHG i.V.m. § 99 Abs. 1 S. 2 BbgWG). Ungeachtet dessen, dass es sich – wie dargestellt – bei diesem Deichhinterland nicht um ein festzusetzendes Überschwemmungsgebiet handelt, können die Voraussetzungen des § 78b WHG vorliegen (zu den Risikogebieten außerhalb von Überschwemmungsgebieten unten → 3.2.4.)

Deichgeschütztes Hinterland als Risikogebiet außerhalb von Überschwemmungsgebieten (§ 78b WHG)

²⁵ BVerwG, Urt. v. 15.12.2006 – 7 C 1/06 –, BVerwGE 127, 259 (266), Rdnr. 32 (zitiert nach juris); Köck, in: Faßbender/Köck, Aktuelle Fragen und Entwicklungen im Hochwasserschutzrecht, 1. Auflage (2017), 147 (151).

²⁶ Rossi, in: Sieder/Zeitler/Dahme/Knopp, Komm. z. WHG, Stand: Juni 2018, § 76, Rdnr. 8.

²⁷ Ähnlich Rossi, in: Sieder/Zeitler/Dahme/Knopp, Komm. z. WHG, Stand: Juni 2018, § 76, Rdnr. 8; Köck, in: Faßbender/Köck, Aktuelle Fragen und Entwicklungen im Hochwasserschutzrecht, 1. Auflage (2017), 147 (151).

²⁸ Köck, in: Faßbender/Köck, Aktuelle Fragen und Entwicklungen im Hochwasserschutzrecht, 1. Auflage (2017), 147 (151); Dallhammer, in: Dallhammer/Dammert/Faßbender, Kommentar zum Sächsischen Wassergesetz, 1. Auflage (Sep. 2018), § 75, Rdnr. 12.

3. Rechtliche und fachplanerische Kategorien von Überschwemmungsgebieten

3.2. Die Gebietstypen im Einzelnen

3.2.2. Überschwemmungsgebiete nach § 76 Abs. 1 WHG

3.2.2.2. Für Hochwasserentlastung oder Hochwasserrückhaltung beanspruchte Flächen

Die weitere Variante des § 76 Abs. 1 Satz 1 WHG bezieht Flächen in den Begriff der Überschwemmungsgebiete mit ein, die nicht natürlich überschwemmt werden, sondern von Menschen gerade zu diesem Zweck eingesetzt oder geschaffen werden („beansprucht“).²⁹

Vorratsflächen

Gemeint sind Gebiete, in die **gezielt** Hochwasser geleitet wird.

Hinweis:

Festzuhalten ist, dass es einen **Beurteilungs- und Bewertungsvorgang** der zuständigen Wasserbehörde geben muss, der entscheidet, ob die Gebiete zur Hochwasserentlastung oder Hochwasserrückhaltung „beansprucht“ werden. Hierfür ist regelmäßig Voraussetzung, dass die dafür zuständige Stelle zuvor – etwa als Bestandteil eines Hochwasserrisikomanagementplans – ein **Entlastungs- und Retentionsraumkonzept** erarbeitet hat.³⁰ Köck weist darauf hin, dass ein solches Konzept zwar formal nicht vorgeschrieben ist, ohne eine Konzeptbildung auf der Grundlage einer Ermittlung und Bewertung würden sich aber Risiken im Hinblick auf das Willkürverbot ergeben.³¹ In diesen Fällen kann das Gebiet zu einem festgesetzten Überschwemmungsgebiet „hochgestuft“ werden: Gemäß § 100 Abs. 5 BbgWG ist das zuständige Mitglied der Landesregierung ermächtigt, durch Rechtsverordnung die zur Hochwasserentlastung und Rückhaltung beanspruchten Gebiete als Überschwemmungsgebiete festzusetzen.

²⁹ Rossi, in: Sieder/Zeitler/Dahme/Knopp, Komm. z. WHG, Stand: Juni 2018, § 76, Rdnr. 10.

³⁰ Köck, in: Faßbender/Köck, Aktuelle Fragen und Entwicklungen im Hochwasserschutzrecht, 1. Auflage (2017), 147 (151).

³¹ Köck, in: Faßbender/Köck, Aktuelle Fragen und Entwicklungen im Hochwasserschutzrecht, 1. Auflage (2017), 147 (151).

- 3. Rechtliche und fachplanerische Kategorien von Überschwemmungsgebieten
 - 3.2. Die Gebietstypen im Einzelnen
 - 3.2.3. Festgesetzte Überschwemmungsgebiete gemäß § 76 Abs. 2 Satz 1 WHG
-

3.2.3. Festgesetzte Überschwemmungsgebiete gemäß § 76 Abs. 2 Satz 1 WHG

Festgesetzte Überschwemmungsgebiete sind in der Vollzugspraxis der Wasserbehörden von herausgehobener Bedeutung, weil die speziellen gesetzlichen Verbote und Ausnahmeregelungen der §§ 78, 78a WHG (→ dazu Kap. 4., 4.1.2.) an die Lage innerhalb eines festgesetzten Überschwemmungsgebietes anknüpfen. In der Praxis steht regelmäßig fest, ob ein Grundstück in einem festgesetzten Überschwemmungsgebiet liegt oder nicht. Hier greifen sowohl die Behörden als auch die Bauherren und deren Berater auf die veröffentlichten und leicht zugänglichen Karten auf der Grundlage des BbgWG zurück, in denen die festgesetzten Überschwemmungsgebiete ausgewiesen sind.

Im Folgenden wird erläutert, wie die Festsetzung der Überschwemmungsgebiete erfolgt ist (und gegebenenfalls bei neuen Erkenntnissen auch eine Überarbeitung bzw. Aktualisierung erfolgen würde).

3.2.3.1. Die materiellen Bestimmungskriterien für festgesetzte Überschwemmungsgebiete

Die gesetzliche Ausgangslage, welche Gebiete (aus der Gesamtheit der Risikogebiete) durch einen förmlichen Ausweisungsakt zu **festgesetzten Überschwemmungsgebieten** werden sollen, ist eindeutig.

Festgesetzte Überschwemmungsgebiete

Überschwemmungsgebiete (§ 76 Abs. 2 Satz 1 WHG):

„Die Landesregierung setzt durch Rechtsverordnung

1. innerhalb der Risikogebiete oder der nach § 73 Abs. 5 Satz 2 Nr. 1 zugeordneten Gebiete mindestens die Gebiete, in denen ein Hochwasserereignis statistisch einmal in 100 Jahren zu erwarten ist, und
2. die zur Hochwasserentlastung und Rückhaltung beanspruchten Gebiete

als Überschwemmungsgebiete fest.“

Strukturell angelehnt an die gesetzliche Definition der Überschwemmungsgebiete nach § 76 Abs. 1 WHG (→ dazu ausführlich oben 3.2.2.) knüpft der Bundesgesetzgeber im Grundfall an ein Hochwasserereignis und die daraus folgende Überschwemmung an (§ 76 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1

3. Rechtliche und fachplanerische Kategorien von Überschwemmungsgebieten
 - 3.2. Die Gebietstypen im Einzelnen
 - 3.2.3. Festgesetzte Überschwemmungsgebiete gemäß § 76 Abs. 2 Satz 1 WHG
-

WHG). Zusätzlich wird die Fallgruppe der zur Hochwasserentlastung oder Hochwasserrückhaltung „beanspruchten“ Gebiete aufgenommen (§ 76 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 WHG).

Hinweis:

In Brandenburg erfolgt die Festsetzung der Überschwemmungsgebiete – überwiegend – nicht durch Rechtsverordnung, sondern die Überschwemmungsgebiete (HQ 100-Gebiete) gelten als mit der öffentlichen Bekanntmachung der Verbindlichkeit der Karten nach § 100 Abs. 3 BbgWG als festgesetzte Überschwemmungsgebiete (gem. § 100 Abs. 1 Satz 2 BbgWG). Voraussetzung hierfür ist jedoch, dass das für Wasserwirtschaft zuständige Mitglied der Landesregierung durch Rechtsverordnung die Gewässer und Gewässerabschnitte bestimmt hat, an denen Überschwemmungsgebiete auszuweisen sind. Dies ist mit der Verordnung zur Bestimmung von Gewässern und Gewässerabschnitten für die Ausweisung von Überschwemmungsgebieten (Überschwemmungsgebietsgewässer-Bestimmungsverordnung - ÜSGGewBestV) vom 18. März 2019 geschehen.

3.2.3.1.1. Gebiete, die bei HQ₁₀₀ überflutet werden

Gemäß § 76 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 WHG sind als Überschwemmungsgebiete zumindest die innerhalb der bestimmten Risikogebiete oder der nach § 73 Abs. 5 Satz 1 Nr. 1 WHG zugeordneten Gebiete³² – in denen ein Hochwasserereignis statistisch einmal in 100 Jahren zu erwarten ist – festzusetzen.

**Bemessungshochwasser
HQ₁₀₀**

Die Festsetzung von Überschwemmungsgebieten nach § 76 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 WHG ist in räumlicher Hinsicht auf die **Risikogebiete** nach § 73 WHG beschränkt. Für die Festsetzung eines Überschwemmungsgebietes wird in § 76 Abs. 2 WHG das **hundertjährliche Bemessungshochwasser (HQ₁₀₀)** herangezogen. Durch den Begriff „mindestens“ in § 76 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 WHG wird den Ländern die Möglichkeit eröffnet, die Festsetzungen auch auf Gebiete auszudehnen, in denen nur bei selteneren Hochwasserereignissen Schäden entstehen.

Festsetzung von Überschwemmungsgebieten

³² Die nach § 73 Abs. 5 Satz 2 Nr. 1 WHG *zugeordneten Gebiete* sind solche, für die keine förmliche Bewertung der Hochwasserrisiken im Verfahren nach § 73 Abs. 1-4 WHG (Hochwasserrisikomanagement) erfolgte, da bereits vor dem 22. Dezember 2010 aufgrund einer sonstigen Bewertung festgestellt worden war, dass ein signifikantes Hochwasserrisiko besteht. Im Folgenden sprechen wir der besseren Lesbarkeit halber nur von Risikogebieten.

3. Rechtliche und fachplanerische Kategorien von Überschwemmungsgebieten
 - 3.2. Die Gebietstypen im Einzelnen
 - 3.2.3. Festgesetzte Überschwemmungsgebiete gemäß § 76 Abs. 2 Satz 1 WHG
-

Hiervon hat das Land Brandenburg keinen Gebrauch gemacht, sondern vielmehr bestimmt, dass die bei HQ₁₀₀ überschwemmten Gebiete festzusetzen sind.

Aus der gesetzlichen Entscheidung, auf den Prognosefall HQ₁₀₀ abzustellen, folgt zugleich, dass bei **hochwasserfrei eingedeichten Flächen**, also solchen Flächen, die hinter einem Deich liegen, der ein Hochwasser HQ₁₀₀ zu kehren vermag, **eine Festsetzung von Überschwemmungsgebieten nicht** in Betracht kommt (dazu bereits oben 3.2.2.1.3)

Hochwasserfrei eingedeichte Flächen

3.2.3.1.2. Gesetzlich definierte Überschwemmungsgebiete

Unabhängig von der hydrologischen Beurteilung anhand des Bemessungshochwassers HQ₁₀₀ werden in Brandenburg **Vorländer** wegen ihrer besonderen Hochwasserbeanspruchung **gesetzlich** als festgesetzte Überschwemmungsgebiete definiert.

Gesetzlich festgesetzte Überschwemmungsgebiete

Hinweis:

Man kann die Regelung in § 100 Abs. 1 Satz 1 BbgWG aber auch als besondere Verfahrensregelung verstehen, mit der der Gesetzgeber lediglich auf den rechtsförmlichen Festsetzungsakt durch Verordnung bzw. Verbindlicherklärung von Karten (dazu sogleich 3.2.3.2.) verzichtet hat. Beide Überlegungen führen aber zum gleichen Ergebnis: **Vorländer sind festgesetzte Überschwemmungsgebiete.**

Vorländer sind Gebiete zwischen oberirdischen Gewässern und Deichen oder Hochufern gemäß § 100 Abs. 1 Satz 1 BbgWG. Die Vorländer sind nach § 100 Abs. 1 Satz 1 BbgWG unmittelbar kraft Gesetzes festgesetzte Überschwemmungsgebiete im Sinne des § 76 Abs. 2 Satz 1 WHG. Auf die Vorländer sind daher die Planungs- und Bauverbote der §§ 78 ff. WHG anwendbar (vgl. auch Kap. 3.2.1.1).

Vorländer (Legaldefinition)

3.2.3.1.3. Gebiete, die zur Hochwasserentlastung und Rückhaltung beansprucht werden

Zudem können noch Gebiete, die die zur Hochwasserentlastung und Rückhaltung beansprucht werden, gemäß § 76 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 WHG i.V.m. § 100 Abs. 5 BbgWG festgesetzt werden. Dazu bereits unter Kapitel 3.2.2.2..

3. Rechtliche und fachplanerische Kategorien von Überschwemmungsgebieten
 - 3.2. Die Gebietstypen im Einzelnen
 - 3.2.3. Festgesetzte Überschwemmungsgebiete gemäß § 76 Abs. 2 Satz 1 WHG
-

3.2.3.2. Verfahrensregelungen für die Festsetzung von Überschwemmungsgebieten

Überschwemmungsgebiete sind in einem förmlichen öffentlichen Verfahren nach § 100 Abs. 3 BbgWG i. V. m. § 76 Abs. 4 WHG festzusetzen und ergänzen die bereits kraft Gesetzes festgesetzten Vorländer.

Festsetzung nach § 100 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 BbgWG

Die Festsetzung erfolgt in Brandenburg grundsätzlich in zwei Schritten: Das für die Wasserwirtschaft zuständige Mitglied der Landesregierung wird ermächtigt, zunächst in einem *ersten Schritt* durch Rechtsverordnung die **Gewässer und Gewässerabschnitte** zu bestimmen, an denen Überschwemmungsgebiete auszuweisen sind. Die ist mit der Verordnung zur Bestimmung von Gewässern und Gewässerabschnitten für die Ausweisung von Überschwemmungsgebieten (Überschwemmungsgebietsgewässer-Bestimmungsverordnung - ÜSGGewBestV) vom 18. März 2019 geschehen.

Erster Schritt: Bestimmung der Gewässer durch Verordnung

Überschwemmungsgebiete sind abweichend von § 76 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 des WHG nach § 100 Abs. 2 Satz 2 BbgWG dann auszuweisen, wenn sie sich innerhalb der Risikogebiete (§ 99 BbgWG) oder sich innerhalb der in den Gefahren- und Risikokarten dargestellten Gebiete befinden.

Hierbei geht es aber zunächst nur um die Gewässer und die Gewässerabschnitte, an denen dann in einem *zweiten Schritt* die Überschwemmungsgebiete auch räumlich konkret auszuweisen sind. Dies geschieht durch **Verbindlicherklärung von Karten** durch das für Wasserwirtschaft zuständige Mitglied der Landesregierung im Amtsblatt für Brandenburg. Eine Rechtsverordnung ist in Brandenburg für die räumlich konkrete Festsetzung dieser Überschwemmungsgebiete somit nicht erforderlich.

Zweiter Schritt: Räumlich-konkrete Festsetzung durch für verbindlich erklärte Karten

Die Einzelheiten der Verbindlicherklärung der Karten ergeben sich aus § 100 Abs. 3 BbgWG.

Verbindlicherklärung

Diese Karten sind – wie eingangs dargelegt – auch auf der „Arbeitsplattform Wasser“ des Landes Brandenburg hinterlegt.

Das für die Wasserwirtschaft zuständige Mitglied der Landesregierung wird zudem in § 100 Abs. 5 BbgWG ermächtigt, durch Rechtsverordnung die zur **Hochwasserentlastung und Rückhaltung** beanspruchten

3. Rechtliche und fachplanerische Kategorien von Überschwemmungsgebieten
- 3.2. Die Gebietstypen im Einzelnen
- 3.2.3. Festgesetzte Überschwemmungsgebiete gemäß § 76 Abs. 2 Satz 1 WHG

Gebiete (vgl. § 76 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 WHG) als Überschwemmungsgebiete festzusetzen.

3.2.3.3. Vorläufig gesicherte Überschwemmungsgebiete

Vorläufig gesicherte Überschwemmungsgebiete

Die förmliche Festsetzung von Überschwemmungsgebieten verursacht in der Regel einen beträchtlichen Verwaltungs- und Zeitaufwand. Deshalb sollen bereits im Vorfeld im Interesse eines rasch in die Praxis umzusetzenden Hochwasserschutzes von Überschwemmungen bedrohte Gebiete ermittelt und vorläufig gesichert werden. Sofern Überschwemmungsgebiete nicht bis zum 22. Dezember 2013 (Fristende nach § 76 Abs. 2 Satz 1 WHG) festgesetzt worden sind, waren diese Gebiete zu ermitteln, in Kartenform darzustellen und **vorläufig zu sichern (§ 76 Abs. 3 WHG)**.

Vorläufige Sicherung von Überschwemmungsgebieten

Die Öffentlichkeit ist auch über die vorläufig gesicherten Gebiete einschließlich der in ihnen geltenden Schutzbestimmungen sowie über die Maßnahmen zur Vermeidung von nachteiligen Hochwasserfolgen zu informieren (§ 76 Abs. 4 WHG)³³ Eine solche vorläufige Sicherung erfolgt durch Allgemeinverfügung der aufgrund § 1 Nr. 10 der Wasserbehördenzuständigkeitsverordnung zuständigen obersten Wasserbehörde.

Hinweis:

Die Restriktionen der §§ 78, 78a WHG für festgesetzte Überschwemmungsgebiete gelten nach § 78 Abs. 8 WHG auch für die nach § 76 Abs. 3 WHG ermittelten, in Kartenform dargestellten und **vorläufig gesicherten Gebiete**.

3.2.3.4. Hochwassergebiete nach fortgeltendem Recht

Nach § 36 Abs. 1 des Wassergesetzes der DDR sollten Gebiete, die zwischen Wasserlauf und Deich oder Hochufer liegen sowie weitere Gebiete, die bei Hochwasser häufig überstaut, durchflossen oder für die Hochwasserentlastung und -rückhaltung beansprucht werden, und die Deiche als Hochwassergebiete durch Beschluss des jeweiligen Rates des Bezirkes festgelegt werden. Dies ist vielfach auch erfolgt. Die §§ 78 ff. WHG finden somit auch Anwendung auf diese Gebiete.

Überleitung der DDR-Hochwassergebiete in Landesrecht

³³ Auf dem Internetportal des MLUK sind alle Gebiete in kartenmäßiger Darstellung abrufbar.

3. Rechtliche und fachplanerische Kategorien von Überschwemmungsgebieten
 - 3.2. Die Gebietstypen im Einzelnen
 - 3.2.4. Risikogebiete außerhalb von Überschwemmungsgebieten
-

Die Hochwassergebiete der früheren DDR sind durch § 150 BbgWG jeweils als Rechtsverordnung in bestehendes Recht übergeleitet worden. Das für die Wasserwirtschaft zuständige Mitglied der Landesregierung wird ermächtigt, durch Rechtsverordnung diese Festlegungen aufzuheben. Soweit Überschwemmungsgebiete gemäß § 76 Abs. 2 WHG oder § 100 Abs. 1 bis 5 BbgWG festgesetzt sind, treten die nach § 150 BbgWG fortgeltenden Festlegungen von Hochwassergebieten außer Kraft (§ 100 Abs. 6 BbgWG). Dadurch, dass die Vorländer nach § 100 Abs. 1 Satz 1 BbgWG gesetzlich festgesetzt sind und die HQ₁₀₀-Gebiete mit der öffentlichen Bekanntmachung der Verbindlichkeit der Karten nach § 100 Abs. 3 BbgWG als festgesetzte Überschwemmungsgebiete gelten, sind die übergeleiteten Hochwassergebiete der DDR in diesen Gebieten bereits außer Kraft getreten.

Außerkräfttreten

3.2.4. Risikogebiete außerhalb von Überschwemmungsgebieten

Mit dem „Hochwasserschutzgesetz II“ hat der Bundesgesetzgeber 2017 eine neue Kategorie von Gebieten geschaffen, die sogenannten **Risikogebiete außerhalb von festgesetzten oder vorläufig gesicherten Überschwemmungsgebieten**.

§ 78b Abs. 1 Satz 1 WHG enthält hierfür eine gesetzliche Definition:

Definition Risikogebiete außerhalb von Überschwemmungsgebieten (§ 78b Abs. 1 Satz 1, 1. Halbsatz WHG)

„Risikogebiete außerhalb von Überschwemmungsgebieten sind Gebiete, für die nach § 74 Abs. 2 Gefahrenkarten zu erstellen sind und die nicht nach § 76 Abs. 2 oder Abs. 3 als Überschwemmungsgebiete festgesetzt oder vorläufig gesichert sind.“

Definition Risikogebiete außerhalb von Überschwemmungsgebieten

Es bedarf danach keines förmlichen Ausweisungs- oder Beurteilungsverfahrens wie bei den festgesetzten Überschwemmungsgebieten. Es kann auf die vorhandenen Risiko- und Gefahrenkarten nach § 74 WHG zurückgegriffen werden.³⁴

Ein Risikogebiet im Sinne des § 78b WHG liegt vor, wenn es sich

- anhand der Risikokarten um ein Risikogebiet i.S.v. § 73 Abs. 1 Satz 1 WHG i.V.m. § 99 Abs. 1 Satz 2 BbgWG handelt (Positivkriterium)

³⁴ BT-Drucks. 18/10879, Gesetzentwurf Hochwasserschutzgesetz II vom 18.01.2017, S. 29.

3. Rechtliche und fachplanerische Kategorien von Überschwemmungsgebieten
3.2. Die Gebietstypen im Einzelnen
3.2.4. Risikogebiete außerhalb von Überschwemmungsgebieten

und

- das Gebiet nicht bereits als ein festgesetztes oder vorläufig gesichertes Überschwemmungsgebiet im Sinne von § 76 Abs. 2, 3 WHG einzuordnen ist (Negativkriterium).

Der Gesetzgeber reagierte mit der Schaffung dieser Gebietskategorie – ähnlich war früher § 31c WHG (sog. überschwemmungsgefährdete Gebiete) in der bis 2009 geltenden Fassung des WHG als Rahmenregelung ausgestaltet – auf die fachliche Kritik, die eine Fixierung des Gewässerordnungsrechts im Wesentlichen auf HQ₁₀₀-Gebiete beanstandet hatte³⁵ und auf die Erkenntnis aus den Hochwasserereignissen 2002 und 2013, dass erhebliche Schäden auch in Gebieten entstehen können, die bei Hochwasser überschwemmt werden, mit dem weniger als einmal in hundert Jahren zu rechnen ist, aber auch in Gebieten, die hinter Hochwasserschutzanlagen liegen, die vor Hochwasser schützen sollen, mit dem mindestens einmal in 100 Jahren zu rechnen ist.³⁶ Es ist daher erforderlich, dass auch in solchen Gebieten Maßnahmen der Hochwasservorsorge getroffen werden. Dass das Gebiet nicht bereits als ein festgesetztes oder vorläufig gesichertes Überschwemmungsgebiet i.S.d. § 76 Abs. 2 WHG einzuordnen sein darf, qualifiziert § 78b WHG insoweit als Auffangnorm.³⁷

Seit dem „WHG 2009“ war eine dem früheren § 31c WHG entsprechende Regelung im Bundesrecht zunächst als verzichtbar angesehen worden, da der Bundesgesetzgeber davon ausging, das Regelungsbedürfnis sei durch die Risikogebiete gemäß § 73 WHG ausreichend erfüllt.³⁸

³⁵ Vgl. nur *Faßbender*, ZUR 2015, 525 (529); dazu auch *Hofmann*, ZfW 2018, 1 (13).

³⁶ Siehe Begründung zum Gesetzesentwurf (BT-Drucks. 18/10879), S. 29; referierend *Rossi*, in: *Sieder/Zeitler/Dahme/Knopp*, Komm. z. WHG, Stand: Juni 2018, § 78b, Rdnr. 2.

³⁷ *Rossi*, in: *Sieder/Zeitler/Dahme/Knopp*, Komm. z. WHG, Stand: Juni 2018, § 78b, Rdnr. 11.

³⁸ Siehe Begründung zum Gesetzesentwurf (BT-Drucks. 18/10879) zu § 78b WHG, S. 29.

3. Rechtliche und fachplanerische Kategorien von Überschwemmungsgebieten

3.2. Die Gebietstypen im Einzelnen

3.2.5. Hochwasserentstehungsgebiete

3.2.5. Hochwasserentstehungsgebiete

Der Bundesgesetzgeber hat mit dem „Hochwasserschutzgesetz II“ die im Wasserrecht auf Länderebene bereits vorhandene Kategorie der **Hochwasserentstehungsgebiete** in das Wasserhaushaltsgesetz übernommen.

Definition Hochwasserentstehungsgebiete (§ 78d Abs. 1 WHG):

„Hochwasserentstehungsgebiete sind Gebiete, in denen bei Starkniederschlägen oder bei Schneeschmelze in kurzer Zeit starke oberirdische Abflüsse entstehen können, die zu einer Hochwassergefahr an oberirdischen Gewässern und damit zu einer erheblichen Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung führen können.“

Definition Hochwasserentstehungsgebiete

Da die örtlichen Gegebenheiten in den Bundesländern im Hinblick auf die Entstehung von Hochwasser sehr unterschiedlich sind, stellt § 78d Abs. 2 WHG es in die Verantwortung der Länder, zu prüfen, ob es notwendig ist, solche Gebiete auszuweisen (**Optionslösung**).³⁹

Regelungsoption für die Länder

Sinnvoll ist die Einführung von Hochwasserentstehungsgebieten dann, wenn es in dem jeweiligen Bundesland Naturräume gibt, in denen es etwa aufgrund der Morphologie (z. B. Fels) oder des Reliefs (z. B. starke Hangneigung) ein natürliches, **stark eingeschränktes Wasserversickerungs- und Rückhaltevermögen** gibt und es gleichzeitig in diesen Gebieten zu deutlich höheren, wiederkehrenden Starkniederschlägen kommt.⁴⁰ Dies betrifft in starkem Maße die Bundesländer, die über zahlreiche **alpine oder Mittelgebirgslagen** verfügen. Aufgrund der hydrologischen und topografischen Gegebenheiten ist die Einführung von Hochwasserentstehungsgebieten im Land Brandenburg nicht erforderlich und deshalb die Festsetzung von Hochwasserentstehungsgebieten nicht geboten.

Im Land Brandenburg derzeit nicht vorgesehen

³⁹ Zum Hintergrund der ursprünglich nicht vorgesehenen Optionslösung gemäß § 78d WHG: Gegenüberstellung der Bundesregierung, Anlage zu BT-Drs. 18/10879 (Hochwasserschutzgesetz II), Einzelbegründung zu Nummer 15.

⁴⁰ Zu diesen Grundbedingungen für die Einführung von Hochwasserentstehungsgebieten: Begründung der BReg. zum Gesetzesentwurf, BT-Drs. 18/10879 (Hochwasserschutzgesetz II), zu Art. 1 Nr. 6, Einzelbegründung zu § 78d.

4. Restriktionen in Gebieten mit besonderen Anforderungen zum Hochwasserschutz

Im Folgenden Kapitel werden die Rechtsfolgen, die das Hochwasserschutzrecht in Bezug auf die Bauleitplanung und die Einzelvorhabenzulassung vorsieht, stärker in den Blick genommen. Hierbei werden die unterschiedlichen Anforderungen, die sich jeweils als Folge der Gebietseinstufung (→ dazu ausführlich Kap. 3) ergeben, im Einzelnen erläutert. Dabei wird bei der Darstellung strikt folgender **Systematik** gefolgt:

Vorbemerkung zum Aufbau dieses Kapitels

- Erste Unterkapitelebene: Der gedankliche Einstieg erfolgt in der Praxis der Wasserbehörden regelmäßig zuerst von der fachlichen Klassifizierung der Fläche her. In welchem „Gebietstyp“ befindet sich das zu beurteilende Grundstück, das bebaut oder überplant werden soll? Auf dieser Betrachtungsebene sind festgesetzte oder vorläufig gesicherte Überschwemmungsgebiete (3.1), nicht oder noch nicht festgesetzte Überschwemmungsgebiete (3.2), Risikogebiete außerhalb von festgesetzten oder vorläufig gesicherten Überschwemmungsgebieten (3.3) und Hochwasserentstehungsgebieten (3.4) zu unterscheiden.
- Innerhalb der jeweiligen „Gebietstypen“ wird jeweils in gesonderten Unterkapiteln streng zwischen den wasserrechtlichen Anforderungen *an die Bauleitplanung* und die *Einzelvorhabenzulassung* unterscheiden, wobei für beide Kategorien jeweils die Grundanforderungen bzw. -verbote und danach ausführlich die Ausnahmen usw. behandelt werden.
- Dies führt zu folgender „Binnengliederung“ des nachfolgenden Kapitels:
 - 4.1. Restriktionen und Ausnahmemöglichkeiten in einem festgesetzten Überschwemmungsgebiet
 - 4.1.1. Festgesetztes Überschwemmungsgebiet
 - 4.1.2. Welche Restriktionen und Ausnahmen gelten in einem festgesetzten Überschwemmungsgebiet?
 - 4.1.3. Restriktionen für die Bauleitplanung: Verbot der Ausweisung „neuer Baugebiete“ im Außenbereich
 - 4.1.3.1. Neues Baugebiet
 - 4.1.3.2. Überplanung des Außenbereichs (§ 35 BauGB)
[...]
 - 4.1.6. Zulassung von Einzelvorhaben in festgesetzten Überschwemmungsgebieten
 - 4.1.6.1. Grundanforderungen

4. Restriktionen in Gebieten mit besonderen Anforderungen zum Hochwasserschutz

4.1. Restriktionen und Ausnahmemöglichkeiten in einem festgesetzten Überschwemmungsgebiet

4.1.1. Festgesetztes Überschwemmungsgebiet

4.1.6.2. Verbot der Errichtung baulicher Anlagen nach §§ 30, 33, 34, 35 BauGB

4.1.6.3. Bereichsausnahme Verkehrsinfrastrukturmaßnahmen

4.1.7. Ausnahmeveraussetzungen

[...]

4.1.8. Verbot weiterer Einzelmaßnahmen

4.1.9. Spezielle Regelungen für Heizölverbraucheranlagen in festgesetzten Überschwemmungsgebieten (§ 78c Abs. 1, 3 WHG)

[...]

4.2. Überschwemmungsgebiete nach § 76 Abs. 1 WHG

4.1. Restriktionen und Ausnahmemöglichkeiten in einem festgesetzten Überschwemmungsgebiet

In festgesetzten Überschwemmungsgebieten gilt – durch das Zusammenspiel der §§ 78-78c WHG und des § 101 BbgWG – ein strenges Schutzregime mit eng gefassten Ausnahmen. Über allem steht der Grundgedanke, die festgesetzten Überschwemmungsgebiete von Bebauung und hochwasserkritischen sonstigen Vorhaben und Maßnahmen grundsätzlich frei zu halten.

Festgesetzte Überschwemmungsgebiete

Zu den Tatbestandsvoraussetzungen der Verbotsnormen und Ausnahmetatbestände ist Folgendes festzuhalten:

4.1.1. Festgesetztes Überschwemmungsgebiet

In → Kap. 3.2.3.2. wurde ausführlich dargelegt, nach welchen materiellen Kriterien Überschwemmungsgebiete zu bestimmen sind und wie die Festsetzung erfolgt.

4. Restriktionen in Gebieten mit besonderen Anforderungen zum Hochwasserschutz

4.1. Restriktionen und Ausnahmemöglichkeiten in einem festgesetzten Überschwemmungsgebiet

4.1.2. Welche Restriktionen und Ausnahmen gelten in einem festgesetzten Überschwemmungsgebiet?

4.1.2. Welche Restriktionen und Ausnahmen gelten in einem festgesetzten Überschwemmungsgebiet?

In festgesetzten Überschwemmungsgebieten regeln die §§ 78, 78a WHG für die Bauleitplanung (dazu 4.1.3.) und bauliche Einzelvorhaben und sonstige Maßnahmen (dazu 4.1.4.) Verbotstatbestände mit den jeweiligen Ausnahmen.

Überblick über die Normstruktur der §§ 78, 78a WHG

Zur **Normstruktur** kann vorab Folgendes festgehalten werden:

- § 78 Abs. 1 WHG verbietet grundsätzlich (vorbehaltlich der Ausnahme nach § 78 Abs. 2 WHG) die **Ausweisung neuer Baugebiete** durch **Bauleitpläne** (und äquivalente Satzungen) im Außenbereich. § 78 Abs. 3 WHG stärkt zusätzlich die Belange des Hochwasserschutzes im Rahmen der planerischen Abwägung auch für Fälle, in denen das grundsätzliche Verbot nicht gilt.
- § 78 Abs. 4 bis 7 WHG regeln Verbote und Ausnahmen für die **Errichtung oder Erweiterung baulicher Anlagen**.
- § 78a WHG enthält grundsätzliche **Verbote für sonstige hochwasserrelevante Maßnahmen** in festgesetzten Überschwemmungsgebieten sowie Ausnahmeregelungen.

- 4. **Restriktionen in Gebieten mit besonderen Anforderungen zum Hochwasserschutz**
 - 4.1. Restriktionen und Ausnahmemöglichkeiten in einem festgesetzten Überschwemmungsgebiet
 - 4.1.3. Restriktionen für die Bauleitplanung: Verbot der Ausweisung „neuer Baugebiete“ im Außenbereich
-

4.1.3. Restriktionen für die Bauleitplanung: Verbot der Ausweisung „neuer Baugebiete“ im Außenbereich

§ 78 Abs. 1 WHG bestimmt, dass die Ausweisung neuer Baugebiete im Außenbereich in Bauleitplänen oder in sonstigen Satzungen nach dem Baugesetzbuch (Innenbereichssatzungen gem. § 34 Abs. 4 BauGB; Außenbereichssatzungen gem. § 35 Abs. 6 BauGB) untersagt ist.

Verbot der Ausweisung neuer Baugebiete

Verbot der Ausweisung neuer Baugebiete im Außenbereich (§ 78 Abs. 1 WHG):

„In festgesetzten Überschwemmungsgebieten ist die Ausweisung neuer Baugebiete im Außenbereich in Bauleitplänen oder in sonstigen Satzungen nach dem Baugesetzbuch untersagt. Satz 1 gilt nicht, wenn die Ausweisung ausschließlich der Verbesserung des Hochwasserschutzes dient, sowie für Bauleitpläne für Häfen und Werften.“

4.1.3.1. Neues Baugebiet

Baugebiete sind nach der Legaldefinition in § 1 Abs. 2 BauNVO zunächst Flächen, die für die Bebauung vorgesehen sind und in einem Bauleitplan (Bebauungsplan, Flächennutzungsplan) nach der **besonderen Art ihrer baulichen Nutzung** dargestellt werden (z. B. Wohngebiete, Mischgebiete oder Gewerbegebiete).⁴¹ Obwohl § 78 Abs. 1 Satz 1 WHG ausdrücklich nur von Baugebieten spricht, fallen mit Blick auf den Sinn und Zweck des Gesetzes auch **Bauflächen** in den Anwendungsbereich des § 78 Abs. 1 Satz 1 WHG.⁴² Gemäß § 1 Abs. 1 BauNVO können in einem Flächennutzungsplan die für die Bebauung vorgesehenen Flächen auch nach der allgemeinen Art ihrer baulichen Nutzung (Bauflächen) dargestellt werden (z. B. Wohnbauflächen, gemischte Bauflächen, Sonderbauflächen).

Was ist ein neues Baugebiet?

Die Art der baulichen Nutzung kann grundsätzlich in einem Bebauungs-

⁴¹ So bereits Handlungsanleitung zur Hochwasservorsorge und zum Hochwasserschutz in der Raumordnungs- und Bauleitplanung sowie bei der Zulassung von Einzelvorhaben, ARGE BAU, Stand: 26. November 2018, unter 3.2., Seite 12 f.

⁴² So auch Handlungsanleitung zur Hochwasservorsorge und zum Hochwasserschutz in der Raumordnungs- und Bauleitplanung sowie bei der Zulassung von Einzelvorhaben, ARGE BAU, Stand: 26. November 2018, unter 3.2., Seite 13.

4. Restriktionen in Gebieten mit besonderen Anforderungen zum Hochwasserschutz

4.1. Restriktionen und Ausnahmemöglichkeiten in einem festgesetzten Überschwemmungsgebiet

4.1.3. Restriktionen für die Bauleitplanung: Verbot der Ausweisung „neuer Baugebiete“ im Außenbereich

plan außer durch Baugebietsfestsetzungen nach Maßgabe der Baunutzungsverordnung (§ 9 Abs. 1 Nr. 1 BauGB i. V. m. §§ 2 ff. BauNVO) auch durch anderweitige Flächenfestsetzungen nach § 9 Abs. 1 BauGB bestimmt werden. In Betracht kommt beispielsweise die Festsetzung einer Gemeinbedarfsfläche nach § 9 Abs. 1 Nr. 5 BauGB (bzw. § 5 Abs. 2 Nr. 2 BauGB) oder auch Dauerkleingärten, Sport-, Spiel-, Zelt- und Badeplätzen und Friedhöfen nach § 9 Abs. 1 Nr. 15 BauGB. Wird damit die planungsrechtliche Grundlage beispielsweise für die Errichtung von Gebäuden (z. B. von Schulen) geschaffen, besteht im Hinblick auf die Belange des Hochwasserschutzes eine Vergleichbarkeit mit der Festsetzung von Baugebieten und Bauflächen im Sinne des § 1 Abs. 1 und Abs. 2 BauNVO, sodass das Planungsverbot auch hier gilt.

4.1.3.2. Überplanung des Außenbereichs (§ 35 BauGB)

Unter Geltung des § 78 WHG a.F. war umstritten, was unter dem Begriff des „neuen Baugebietes“ zu verstehen ist.⁴³ Nach der verbreiteten Auffassung war das Verbot auch für neue Baugebiete im bisherigen Innenbereich anwendbar, wenn damit **eine wesentliche Erweiterung oder eine Verdichtung des vorhandenen Bestandes oder bisher zulässigen Rahmens einhergeht und das zur Verfügung stehende Retentionsvolumen deshalb maßgebend verringert wird.**⁴⁴

Das *Bundesverwaltungsgericht*⁴⁵ hatte den Begriff „neues Baugebiet“ schon unter Geltung des § 78 WHG a. F. eng interpretiert und etwa die Überplanung faktischer Bestandsgebiete im Innenbereich nicht als dem § 78 WHG a. F. unterfallend angesehen. Diese Rechtsprechung nahm der Bundesgesetzgeber in § 78 Abs. 1 WHG n. F. auf und zeichnete ihre Kernaussage im Wortlaut der Norm sehr deutlich nach, indem das Verbot ausdrücklich nur auf die Ausweisung von neuen Baugebieten **im bauplanungsrechtlichen Außenbereich** beschränkt wird (§ 78 Abs. 1 Satz 1 WHG).

Beplanung des Außenbereichs (§ 35 BauGB)

⁴³ Dazu etwa: *Kerkmann*, UPR 2014, 328 ff.; *Faßbender*, ZUR 2015, 525 ff.

⁴⁴ So noch die Arbeitshilfe zum „Hochwasserschutz und Bauplanungsrecht“ in der Fassung mit Stand: November 2009 (1. Auflage), dort unter 3.2.1.4.

⁴⁵ BVerwG, Urt. v. 3.6.2014 - 4 CN 6.12 -, Rdnr. 12 - 15, (zitiert nach juris); dazu etwa *Kerkmann*, UPR 2014, 328 ff.; *Oerder/Nettekoven*, BauR 2014, 635 ff.; *Stuer/Garbrock*, DVBl. 2014, 1396 ff.; *Sparwasser*, Anmerkung zum Urteil des BVerwG, VBIBW 2014, 430 ff.

4. Restriktionen in Gebieten mit besonderen Anforderungen zum Hochwasserschutz

4.1. Restriktionen und Ausnahmemöglichkeiten in einem festgesetzten Überschwemmungsgebiet

4.1.3. Restriktionen für die Bauleitplanung: Verbot der Ausweisung „neuer Baugebiete“ im Außenbereich

Das Planungsverbot des § 78 Abs. 1 WHG umfasst somit nur solche Flächen, die **erstmalig einer Bebauung im bisherigen Außenbereich (§ 35 BauGB)** zugeführt werden sollen.

Planungsverbot gilt nicht für Überplanung des Innenbereichs (§ 34 BauGB) und Änderungen von Bebauungsplänen nach § 30 BauGB

Hinweis zum Hintergrund:

Ein differenzierender – auch die Änderung von bereits überplanten Gebieten und den Innenbereich umfassender – Vorschlag des Bundesrates zur Änderung des § 78 Abs. 1 WHG **wurde von der Bundesregierung abgelehnt.**⁴⁶ Die Gesetzesmaterialien geben allerdings wertvolle Hinweise zum Umgang mit dieser – aus fachlicher Sicht durchaus nicht voll überzeugenden – Regelung:

“Der Vorschlag des Bundesrates würde eine **gravierende Verschärfung der Planungsverbote im bauplanerischen Innenbereich der Kommunen darstellen**. Im festgesetzten oder vorläufig gesicherten Überschwemmungsgebieten soll hiernach jede Änderung der Festsetzung eines Baugebietes im Sinne der Baunutzungsverordnung (§ 78 Abs. 1 Satz 1) sowie jede Aufstellung eines Bebauungsplanes verboten sein, soweit die Änderung nicht ausschließlich der Verbesserung des Hochwasserschutzes dient. Änderungen der Festsetzung eines Baugebietes sollen ausnahmsweise zulassungsfähig sein, wenn keine oder nur eine unwesentliche Erhöhung des Schadenspotentials zu besorgen ist. Damit wird auf der Stufe der Planung den Kommunen die hohe Beweislast aufgebürdet, dass im Hochwasserfall allenfalls geringe Schäden „zu besorgen“ sind. Der Besorgnisgrundsatz im Wasserrecht stellt sehr hohe Anforderungen an den Nachweis, dass keine Schäden entstehen können. Damit würden die **Entwicklungschancen der Städte und Gemeinden gerade im für die bauliche Entwicklung besonders wichtigen Innenbereich im Ergebnis schwerwiegend eingeschränkt**.

Die Bundesregierung hält daher an ihrem Vorschlag einer **konkretisierenden Abwägungsklausel** fest. Sie unterstreicht allerdings, dass neben den in § 78 Abs. 3 Nr. 1 bis 3 WHG genannten besonders wichtigen („insbesondere zu berücksichtigen“) Abwägungsbelangen im Ein-

⁴⁶ Gesetzgebungsmaterialien, Gegenäußerung der Bundesregierung, Anlage zur BT-Drs. 18/10879, zu Nummer 4 (§ 78 Abs. 1 bis 3 WHG).

4. Restriktionen in Gebieten mit besonderen Anforderungen zum Hochwasserschutz

- 4.1. Restriktionen und Ausnahmemöglichkeiten in einem festgesetzten Überschwemmungsgebiet
 - 4.1.3. Restriktionen für die Bauleitplanung: Verbot der Ausweisung „neuer Baugebiete“ im Außenbereich
-

zelfall je nach örtlicher Situation **weitere Belange des Hochwasserschutzes** in der Abwägung zu berücksichtigen sind, wie es auch § 1 Abs. 6 Nummer 12 BauGB vorsieht. Eine Verkürzung des Abwägungsvorgangs ist mit dem Regierungsentwurf gerade nicht intendiert, sondern es soll vielmehr eine **erhöhte Begründung im Rahmen der bauplanerischen Abwägung** erfolgen.⁴⁷ (Hervorhebungen nicht im Original)

Es gilt also folgendes: Sämtliche Umplanungen oder die Änderung der Gebietsart eines bereits bestehenden **Baugebiets im unbeplanten Innenbereich (§ 34 BauGB)** oder mit einem Bebauungsplan **überplanten Gebiets (§ 30 BauGB)** – auch wenn hier noch keine Vorhaben errichtet worden sind – fallen ebenso wenig unter das strenge Verbot, wie eine mit einem Bebauungsplan angestrebte Nachverdichtung des Innenbereichs.⁴⁸

4.1.3.3. Hochwasserschutz als hervorgehobener Abwägungsbelang

Bauleitplanungen, die wegen der soeben erläuterten tatbestandlichen Einschränkung („neues Baugebiet im Außenbereich“) nicht unter das grundsätzliche Verbot der Ausweisung neuer Baugebiete fallen, werden durch § 78 Abs. 3 WHG erhöhten Abwägungsanforderungen unterworfen. Diese Anforderungen treten zusätzlich zu denen des § 1 Abs. 6, Abs. 7 BauGB.

Erhöhte Abwägungsanforderungen (§ 78 Abs. 3 WHG)

Das betrifft etwa Bauleitplanungen im Innenbereich, insbesondere Nachverdichtungen aber auch Änderungen bestehender Bebauungspläne. Diese können im Einzelfall auch zu einer signifikanten Erhöhung des Hochwasserrisikos führen. Daher regelt § 78 Abs. 3 WHG, dass insbesondere folgende **Anforderungen an die bauleitplanerische Abwägung nach § 1 Abs. 7 BauGB** – bei der Änderung von Bebauungsplänen nach § 30 Abs. 1 und 2 BauGB oder bei der Aufstellung von Bebauungsplänen im bisherigen Gebiet nach § 34 BauGB – zu berücksichtigen sind:

⁴⁷ Gegenäußerung der Bundesregierung, Anlage zur BT-Drs. 18/10879, zu Nr. 4 (§ 78 Abs. 1 bis 3 WHG).

⁴⁸ Hofmann, ZfW 2018, 1 (10).

4. Restriktionen in Gebieten mit besonderen Anforderungen zum Hochwasserschutz

- 4.1. Restriktionen und Ausnahmemöglichkeiten in einem festgesetzten Überschwemmungsgebiet
 - 4.1.3. Restriktionen für die Bauleitplanung: Verbot der Ausweisung „neuer Baugebiete“ im Außenbereich
-

- die Vermeidung nachteiliger Auswirkungen auf Ober- und Unterlieger,
- die Vermeidung einer Beeinträchtigung des bestehenden Hochwasserschutzes und
- die hochwasserangepasste Errichtung von Bauvorhaben.

Die Vorschrift konkretisiert das „allgemeine“ Abwägungsgebot und **verschärft** damit die Anforderungen an eine sachgerechte Bauleitplanung.⁴⁹

Hinweis:

Zwar wird der einfache Bebauungsplan nach § 30 Abs. 3 BauGB nicht ausdrücklich in § 78 Abs. 3 WHG erwähnt. Im Hinblick auf das Ziel, bei Planungen in hochwassersensiblen Bereichen bereits auf der Planungsebene einen größtmöglichen Schutz vor und zur Vorsorge gegen Hochwasser und die damit verbundenen Gefahren zu treffen, erscheint es sachgerecht, § 78 Abs. 3 WHG auch in denjenigen Fällen anzuwenden, in denen beispielsweise nur ein Baugebiet durch einen einfachen Bebauungsplan festgesetzt worden ist und dieses nun geändert oder ergänzt werden soll. Schließlich soll die konkretisierende Abwägungsklausel gerade für diejenigen Fälle greifen, die nicht vom Planungsverbot erfasst werden.⁵⁰

Das Wort „insbesondere“ in § 78 Abs. 3 WHG verdeutlicht aber, dass diese drei Belange *jedenfalls* in der Abwägung zu berücksichtigen sind. Im Einzelfall müssen aber auch weitere in § 78 WHG bei der Ausnahmeprüfung angesprochene Belange in der planerischen Abwägung berücksichtigt werden, soweit sie im konkreten Fall von Bedeutung sein können. Hier kommen vor allem die in § 78 Abs. 2 Nr. 3 bis 5 und 9 WHG (→ dazu unten 4.1.2.1.4.6.) genannten Belange⁵¹ in Betracht.

§ 78 Abs. 3 WHG nicht abschließend

⁴⁹ Hofmann, ZfW 2018, 1 (10); Mitschang, UPR 2018, 361, 365.

⁵⁰ Schrödter/Wahlhäuser, in: Schrödter, Komm. z. BauGB, 9. Auflage (2019), § 1, Rdnr. 540.

⁵¹ Begründung des Gesetzentwurfes, BT-Drs. 18/10879, B. Besonderer Teil, unter Art. 1 (Änderung des WHG), zu Nr. 5.

4. Restriktionen in Gebieten mit besonderen Anforderungen zum Hochwasserschutz

4.1. Restriktionen und Ausnahmemöglichkeiten in einem festgesetzten Überschwemmungsgebiet

4.1.4. Erteilung einer Ausnahme (§ 78 Abs. 2 WHG)

Beispiel

Eine Gemeinde plant in einem festgesetzten Überschwemmungsgebiet in einem bisher bereits durch Bebauung vorgeprägten Bereich (kein Außenbereich) die Errichtung mehrerer Sportplätze mittels Bebauungsplan. Der Bau dieser Sportplätze (speziell angefertigter Rasen, Tribüne, Technik, usw.) ist sehr teuer und es ist abzusehen, dass im Falle einer Überschwemmung die gesamten Anlagen zerstört werden. Die eintretenden Hochwasserschäden werden somit erheblich sein. Obwohl dieser Gesichtspunkt in § 78 Abs. 3 Satz 1 WHG nicht ausdrücklich erwähnt ist, ist er dennoch im Rahmen der Abwägung über § 78 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 (2. Alt.) WHG i. V. m. § 78 Abs. 3 WHG i. V. m. § 1 Abs. 7 BauGB zu berücksichtigen.

Hinweis

Neben den speziellen Abwägungsanforderungen des § 78 Abs. 3 WHG gelten die allgemeinen Abwägungsanforderungen des BauGB. Auf diese wird ausführlich in Kap. 5 (→ 5.1.1.) eingegangen.

4.1.4. Erteilung einer Ausnahme (§ 78 Abs. 2 WHG)

Möglichkeit der Erteilung einer Ausnahme (§ 78 Abs. 2 Satz 1 WHG):

„Die zuständige Behörde *kann* abweichend von Abs. 1 Satz 1 die Ausweisung neuer Baugebiete ausnahmsweise zulassen, wenn [... es folgen in den Ziffern 1-9 die Voraussetzungen für die Ausnahmeerteilung; dazu sogleich unten 4.1.5.]

4.1.4.1. Regelungsstruktur, Nachbarschutz und Grundsätzliches zur Vorgehensweise

Die Ausnahmeregelung des § 78 Abs. 2 WHG weist eine Normstruktur auf, die viele auslegungs- und wertungsoffene Rechtsbegriffe (z. B. „nachteilige Auswirkungen“) mit einem Ermessen („kann“) verbindet.

4. Restriktionen in Gebieten mit besonderen Anforderungen zum Hochwasserschutz

4.1. Restriktionen und Ausnahmemöglichkeiten in einem festgesetzten Überschwemmungsgebiet

4.1.4. Erteilung einer Ausnahme (§ 78 Abs. 2 WHG)

4.1.4.2. Ausnahmetatbestand

Die einzelnen Ausnahmeveraussetzungen des § 78 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 bis 9 WHG müssen kumulativ erfüllt sein⁵². Sie stehen nicht klar abgegrenzt nebeneinander, sondern überlagern sich teilweise. Im Genehmigungsverfahren trägt die antragstellende Gemeinde die **Darlegungslast** für das Vorliegen der Voraussetzungen⁵³ einer Ausnahme.

Ausnahmeveraussetzungen müssen kumulativ erfüllt sein

Die Frage, ob eine Versagung der Erteilung einer Ausnahme rechtmäßig war, kann zumindest von der Gemeinde, deren Bauleitplanung zur Ausnahme genehmigung vorlag, vor den Verwaltungsgerichten überprüft werden, da bei einer Versagung die kommunale Planungshoheit (Art. 28 Abs. 2 GG) berührt ist. Die einzelnen Ausnahmeveraussetzungen enthalten zwar unbestimmte und damit wertungsoffene Rechtsbegriffe. Ein der gerichtlichen Kontrolle entzogener sogenannter „Beurteilungsspielraum“ der Verwaltung ist allerdings für diese Fallgruppe nicht anerkannt.⁵⁴ Das bedeutet, dass die Anwendung des § 78 Abs. 2 WHG hinsichtlich der Ausnahmeveraussetzungen **der vollständigen verwaltungsgerichtlichen Kontrolle** unterliegt, sofern es sich nicht um eine behördliche Prognose handelt.⁵⁵

Vollständige verwaltungsgerichtliche Kontrolle

4.1.4.3. Ermessen

Die zuständige Behörde *kann* die Ausweisung neuer Baugebiete ausnahmsweise zulassen (Ermessen), wenn die Voraussetzungen vorliegen. Angesichts der neun (kumulativen) streng formulierten Voraussetzungen für die Ausnahmeerteilung bleibt praktisch kaum Raum für Ermessenserwägungen.

kaum Raum für Ermessenserwägungen bei Erfüllung der Voraussetzungen

Raum für Ermessenserwägungen, in deren Ergebnis auch die Versagung der Ausnahme stehen kann, besteht etwa in **besonders gelagerten Sonderkonstellationen**⁵⁶, in der eine neue Sachlage durch die verschiedenen in § 78 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1-9 WHG genannten Ausnahmeveraussetzungen nicht hinreichend abgebildet wird.

⁵² Kotulla, NVwZ 2006, 129 (131); Berendes, ZfW 2005, 197 (207).

⁵³ Zloch, in: Berendes/Frenz/Müggenborg, WHG, Komm., 2. Auflage (2017), § 74, Rdnr. 30.

⁵⁴ Hierzu Maurer/Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, 19. Auflage (2017), § 7, Rdnr. 26 ff.

⁵⁵ So bereits Breuer, NuR 2006, 614 (619) zur Vorgängervorschrift; Rossi, in: Sieder/Zeitler/Dahme/Knopp, Komm. z. WHG, Stand: Juni 2018, § 78, Rdnr. 23.

⁵⁶ Rossi, in: Sieder/Zeitler/Dahme/Knopp, Komm. z. WHG, Stand: Juni 2018, § 78 Rdnr. 23 - „Raum für Ermessenserwägungen ist besonders exzeptionell gelagerten Fällen vorbehalten“, m.w.Nachw.

4. Restriktionen in Gebieten mit besonderen Anforderungen zum Hochwasserschutz

4.1. Restriktionen und Ausnahmemöglichkeiten in einem festgesetzten Überschwemmungsgebiet

4.1.4. Erteilung einer Ausnahme (§ 78 Abs. 2 WHG)

4.1.4.4. Drittschutz (Nachbarschutz)

Wie § 78 Abs. 2 Satz 2 WHG jetzt klarstellt, sind bei der Prüfung der Voraussetzungen des § 78 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 bis 8 WHG, unter denen Ausnahmen vom planungsrechtlichen Bauverbot zugelassen werden können, auch die **Auswirkungen auf die Nachbarschaft** zu berücksichtigen.

Drittschutz (Nachbarschutz)

Hintergrund der Gewährung von Drittschutz:

Zum Regelungszweck der Gewährung von Drittschutz enthalten die Begründungsmaterialien des Gesetzgebers folgende Hinweise:

„Für diese Regelung sprechen zwingende Gründe, wobei jedenfalls die Gewährleistung eines schadlosen Wasserabflusses als Teilelement des Hochwasserschutzes auch dem Schutz von Individualinteressen, nämlich dem Schutz von Leben, Gesundheit und Eigentum der von dem jeweiligen Bauleitplan betroffenen Menschen dient. **Als Nachbarschaft sind dabei nicht nur die unmittelbaren Grundstücksnachbarn, sondern alle diejenigen anzusehen, deren verfassungsrechtliche Rechtsgüter durch die Erteilung einer Ausnahmege-
nehmigung mehr als nur geringfügig beeinträchtigt sein könnte.** Insbesondere im grenznahen Bereich können auch Bürgerinnen und Bürger aus anderen Staaten betroffen sein, weshalb auch diese von der Regelung erfasst werden.“⁵⁷ (Hervorhebung nicht im Original)

Die Diskussion dürfte sich in der Praxis auf die **Abgrenzung des Kreises der klagebefugten Nachbarschaft** verlagern. Im Rahmen von Nachbarrechtsbehelfen wird im Einzelnen zu ermitteln sein, ob und inwieweit die Rechtsgüter Leben, Gesundheit oder Eigentum der Nachbarschaft tatsächlich „**mehr als nur geringfügig**“ von der Ausnahmeerteilung – bzw. von dem Bebauungsplan bzw. der baulichen Anlage – beeinträchtigt sein können. Da es um die Bewertung möglicher Auswirkungen geht, liegt es nahe, zur Abgrenzung und Orientierung des Kreises der Betroffenen auf die Gefahren- und Risikokarten zurückzugreifen.⁵⁸

Abgrenzung des Kreises der Betroffenen

⁵⁷ Gesetzentwurf der Bundesregierung zum Hochwasserschutzgesetz II, BT-Drs. 18/10879, Besonderer Teil, Art. 1, Nr. 5; dazu auch *Berendes*, Komm. z. WHG, 2. Auflage (2018), § 78, Rdnr. 8; zum vorherigen Meinungsstand: etwa *Faßbender/Gläß*, NVwZ 2011, 1094 (1096 ff.), *Breuer/Gärditz*, Öffentliches und privates Wasserrecht, 4. Auflage (2017), Rdnr. 1366; *Hofmann*, ZfW 2018, 1 (9), *Rossi*, in: *Sieder/Zeitler/Dahme/Knopp*, Komm. z. WHG, Stand: Juni 2018, § 78, Rdnr. 36 ff., m.z.w.Nachw.

⁵⁸ *Hofmann*, ZfW 2018, 1 (9) unter Hinweis auf die Gegenäußerung der Bundesregierung zur Stellungnahme des Bundesrates, BT-Drs. 18/10879, S. 45; so auch *Czychowski/Reinhardt*, Komm. z. WHG, 12. Auflage (2019), § 78, Rdnr. 27.

4. Restriktionen in Gebieten mit besonderen Anforderungen zum Hochwasserschutz

4.1. Restriktionen und Ausnahmemöglichkeiten in einem festgesetzten Überschwemmungsgebiet

4.1.4. Erteilung einer Ausnahme (§ 78 Abs. 2 WHG)

Hinweis

Die Heranziehung der Gefahren- und Risikokarten zur Bestimmung des Kreises der Nachbarschaft erübrigt jedoch nicht **eine Prüfung der Situation im konkreten Einzelfall**. Hier ist nicht nur zu prüfen, ob die Nachbarn überhaupt beeinträchtigt, sondern auch, ob sie **mehr als nur geringfügig** beeinträchtigt werden können.

Mehr als nur geringfügige Beeinträchtigungen können sich z. B. durch für die Nachbarn ungünstige **Veränderungen der Hochwasserabflusswege**, Erhöhungen der **Fließgeschwindigkeiten** oder der **Wasserstände** ergeben. Hierfür lassen sich keine allgemein gültigen Maßstäbe vorgeben. Wenn man die vorliegende Rechtsprechung zu vergleichbaren Problemkonstellationen berücksichtigt, wird zu verlangen sein, dass sich konkrete messbare und potentiell schadensverursachende Effekte gerade wegen der Realisierung der Bauleitplanung ergeben werden.

Indikatoren für mehr als nur geringfügige Beeinträchtigungen

Hinweis

Allerdings belässt das Tatbestandsmerkmal des Berücksichtigens fachliche Spielräume, die nicht bei jeder nachteiligen Betroffenheit von Ober- und Unterliegern zu einer Versagung der Ausnahmezulassung zwingen.⁵⁹

Grundsätzlich wird auch die vorliegende Rechtsprechung zum wasserrechtlichen **Gebot der Rücksichtnahme**⁶⁰ von den Gerichten herangezogen, um den Kreis derjenigen sachgerecht zu bestimmen, die von einer Ausnahmeentscheidung betroffen sind. Dies ist aber auch eine komplexe tatsächliche Frage, die nur gewässerfachlich – unter Hinzuziehung von hydrodynamischen Modellen – beantwortet werden kann.

Wasserrechtliches Gebot der Rücksichtnahme

Beispiel

So hat der Bayerische Verwaltungsgerichtshof⁶¹ in einem Nachbarrechtsstreit um eine Ausnahmegenehmigung die qualifizierte Verschlechterung der Situation für den Nachbarn anhand hydraulischer Gutachten behandelt und darauf hingewiesen, dass Modellberechnungen zum Hochwasserstand und Hochwasserabfluss – trotz der dafür geltenden Pflicht zu methodisch korrekter Vorgehensweise – gewissen

⁵⁹ Czychowski/Reinhardt, Komm. z. WHG, 12. Auflage (2019), § 78, Rdnr. 26.

⁶⁰ Breuer/Gärditz, Öffentliches und privates Wasserrecht, 4. Auflage (2017), Rdnr. 636; aus der Rechtsprechung etwa VG Lüneburg, Beschl. v. 16.8.2013 - 6 B 31/13 -; dazu OVG Lüneburg, Beschl. v. 27.8.2019 - 13 ME 280/19, Rdnr. 15 ff. (zitiert nach juris).

⁶¹ BayVGh, Beschl. v. 7.5.2018 - 8 CS 18.455 -, NVwZ 2018, 1576 ff.

4. Restriktionen in Gebieten mit besonderen Anforderungen zum Hochwasserschutz

4.1. Restriktionen und Ausnahmemöglichkeiten in einem festgesetzten Überschwemmungsgebiet

4.1.4. Erteilung einer Ausnahme (§ 78 Abs. 2 WHG)

Ungenauigkeiten ausgesetzt ist. Der Nachweis von Wasserspiegeldifferenzen im Millimeterbereich sei deshalb gegebenenfalls unbeachtlich, da die prognosebedingten absoluten Unsicherheiten der Prognose im Bereich von mehreren Zentimetern lagen. Hinzu kam, dass der Vorhabenträger bestimmte, sich positiv auswirkende Begleitmaßnahmen realisierte und zudem der Nachbar selbst im Überschwemmungsgebiet Bauvorhaben realisiert hatte, die zu einer nicht unerheblichen Erhöhung des Wasserspiegels führten.

Für die über die Ausnahme entscheidende Behörde wird – wenn eine Rechtsgüterbetroffenheit Dritter anhand der Gefahren- und Risikokarten nicht von vornherein auszuschließen ist – eine Anhörung der im Einwirkungsbereich der Planung betroffenen Nachbarn empfohlen. Diese mag nicht zwingend geboten sein, erscheint jedoch zur Aufklärung des Sachverhalts sinnvoll.

Anhörung der konkret betroffenen Nachbarschaft sinnvoll

4.1.4.5. Zuständigkeit, Verfahren und „Prüftiefe“

Zuständig für die Erteilung der Ausnahme ist die **untere Wasserbehörde**. Formal ist die Zustimmung im Bebauungsplanverfahren über die Beteiligung der Wasserbehörde als Träger öffentlicher Belange einzuholen.

Zuständigkeit Ausnahmeverfahren

Hierbei handelt es sich um ein materielles Zustimmungserfordernis.⁶² Die Gemeinde kann sich also über ein „Nein“ der Unteren Wasserbehörden nicht im Rahmen der Abwägung nach § 1 Abs. 7 BauGB hinwegsetzen.

Materielles Zustimmungserfordernis; nicht durch Abwägung überwindbar

Generell bietet sich zur Darlegung der Tatbestandsvoraussetzungen der **Umweltbericht** (§ 2a BauGB) – der grundsätzlich bei allen Bauleitplänen erforderlich ist – an.

Umweltbericht

Vorgehensweise beim Flächennutzungsplan

Der Flächennutzungsplan ist ein Bauleitplan. Er unterfällt deshalb der Verbotsregelung des § 78 Abs. 1 WHG, wenn ein neues Baugebiet dargestellt wird (was möglich ist). Generell kann es sein, dass die Prüfung der einzelnen Voraussetzungen der Ausnahmeregelung – bedingt durch die Maßstäblichkeit des Flächennutzungsplans – schwieriger erscheint, als bei einem Bebauungsplan. Für den Fall, dass der Bebauungsplan in einem Parallelverfahren nach § 8 Abs. 3 BauGB aufgestellt wird, lässt

Ausnahmeprüfung bei Flächennutzungsplan

⁶² Hünnekens/Arnold, BauR 2006, 1232 (1235).

4. Restriktionen in Gebieten mit besonderen Anforderungen zum Hochwasserschutz

4.1. Restriktionen und Ausnahmemöglichkeiten in einem festgesetzten Überschwemmungsgebiet

4.1.5. Die Ausnahmegesetzungen im Einzelnen

sich ohne weiteres der parallel aufzustellende Bebauungsplan für die Prüfung heranziehen. Stellt allerdings zunächst nur der Flächennutzungsplan ein neues Baugebiet dar, muss die Begründung zum Flächennutzungsplan hinsichtlich der Ausnahmegesetzungen (§ 78 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2-9 WHG) eine Prognose zu den Auswirkungen der späteren, hieraus zu entwickelnden Bebauungsplanfestsetzungen enthalten. Des Weiteren sollte ein Hinweis aufgenommen werden, dass im Bebauungsplanverfahren die Tatbestandsmerkmale des § 78 Abs. 2 Nr. 1- 9 WHG erneut konkret zu prüfen bzw. gegenüber der Wasserbehörde nachzuweisen sind und dass andernfalls der Bebauungsplan nicht beschlossen werden kann.

4.1.5. Die Ausnahmegesetzungen im Einzelnen

Im Folgenden werden die Ausnahmegesetzungen – § 78 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1-9 WHG – im Einzelnen erläutert.

4.1.5.1. Keine andere Möglichkeit der Siedlungsentwicklung

Die Ausnahmegesetzungen sieht vor, dass neue Baugebiete zugelassen werden können, wenn **keine anderen Möglichkeiten der Siedlungsentwicklung** bestehen oder geschaffen werden können. Die Voraussetzung ist nur erfüllt, wenn eine Siedlungsbildung in der Gemeinde *ausschließlich* innerhalb von Überschwemmungsgebieten möglich ist. Die Alternativenprüfung ist für das gesamte Gemeindegebiet, nicht nur für einen anvisierten Ortsteil durchzuführen.⁶³ Dies dürfte die praktisch bedeutsamste Hürde sein, die eine planungswillige Gemeinde überwinden muss. Unter dem Gesichtspunkt der gesetzgeberischen Intention dürften bei der Frage der Alternativlosigkeit wirtschaftliche und städtebauliche Aspekte ausscheiden. So haben etwa Aspekte der objektiven oder subjektiven Wohnqualität oder gar der zu erwartenden lageabhängigen Grundstückspreise, oder der zivilrechtliche Gesichtspunkt der Möglichkeit der Grundstücksbeschaffung im Rahmen der Alternativenprüfung grundsätzlich keine Bedeutung.⁶⁴

Alternativenprüfung unter Einbeziehung des gesamten Gemeindegebiets

⁶³ Rossi, in: Sieder/Zeitler/Dahme/Knopp, Komm. z. WHG, Stand: Juni 2018, § 78, Rdnr. 26.

⁶⁴ Hünnekens, in: Landmann/Rohmer, Komm. z. WHG, Stand: August 2014, § 78, Rdnr. 24; Köck, in: Faßbender/Köck, Aktuelle Frage und Entwicklungen im Hochwasserschutzrecht, 1. Auflage (2017), 147 (159); Rossi, in: Sieder/Zeitler/Dahme/Knopp, Komm. z. WHG, Stand: Juni 2018, § 78, Rdnr. 26; Hünnekens/Arnold, BauR 2006, 1232 (1235).

4. Restriktionen in Gebieten mit besonderen Anforderungen zum Hochwasserschutz

4.1. Restriktionen und Ausnahmemöglichkeiten in einem festgesetzten Überschwemmungsgebiet

4.1.5. Die Ausnahmevoraussetzungen im Einzelnen

Siedlungsentwicklung ist im raumplanerischen und bauplanerischen Begriffsverständnis grundsätzlich die Schaffung von Wohnnutzungen und hiermit typischerweise verbundenen Folgeeinrichtungen (Einzelhandel, nicht störendes Gewerbe, soziale Infrastruktur). Dennoch darf der Begriff nicht formal in diesem Sinne interpretiert werden. Dem Gesetzgeber ging es in erster Linie darum, mit § 78 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 WHG eine nicht erforderliche Inanspruchnahme von Flächen in festgesetzten Überschwemmungsgebieten zu verhindern. Eine typisierende Reduzierung der für die Ausnahmeerteilung in Betracht kommenden Planungsziele lässt sich den Gesetzesmaterialien nicht entnehmen. In Betracht kommt also grundsätzlich auch die Schaffung eines Baugebiets für gewerbliche oder industrielle Nutzungen oder beispielsweise Windkraftanlagen.

Hinweis:

Wirtschaftliche Aspekte regelmäßig nicht erheblich

Teilweise wird die Auffassung vertreten, dass eine **alternativlose** Siedlungsentwicklung auch dann anzunehmen sei, wenn beispielsweise alternative Entwicklungsflächen durch die Eigentümer nicht zur Verfügung gestellt werden.⁶⁵ Diese Auffassung hat sich allerdings nicht durchgesetzt.⁶⁶

Bevor Überschwemmungsgebiete zur Siedlungsentwicklung in Betracht gezogen werden, ist die planende Gemeinde gehalten, alle sich ihr bietenden sonstigen Optionen auszuschöpfen. Hierzu gehört neben der Schließung noch vorhandener Baulücken (§ 34 BauGB) auch die Heranziehung von im Vergleich zu den Überschwemmungsgebietsarealen nach Zustand und Lage deutlich weniger attraktiveren höher gelegenen Gemeindeflächen; und zwar selbst dann, wenn deren Erschließung mit beträchtlichem finanziellen Aufwand verbunden wäre.⁶⁷ Zudem kommt es nicht darauf an, ob der konkrete Siedlungsbedarf der Gemeinde auf den zur Verfügung stehenden Flächen durch Ausweisung eines neuen Baugebietes befriedigt werden kann. Der Begriff der Siedlungsentwicklung ist nicht mit dem Begriff der konkreten Projekt- bzw. Vorhabenentwicklung gleichzusetzen. Es kommt also nicht darauf an, **ob ein ganz**

⁶⁵ Etwa *Schrödter*, in: *Schrödter, BauGB, Komm.*, 9. Auflage (2019), § 1, Rdnr. 522; in diese Richtung auch *Wienhues*, *NordÖR* 2016, 437 (439).

⁶⁶ Ablehnend etwa *Köck*, in: *Faßbender/Köck, Aktuelle Fragen und Entwicklungen im Hochwasserschutzrecht*, 1. Auflage (2017), 147 (159); weitere Nachweise auch bei *Rossi*, in: *Sieder/Zeidler/Dahme/Knopp, Komm. z. WHG*, Stand: Juni 2018, § 78, Rdnr. 26.

⁶⁷ *Kotulla*, *WHG, Komm.*, 2. Auflage (2011), § 78, Rdnr. 24.

4. Restriktionen in Gebieten mit besonderen Anforderungen zum Hochwasserschutz

4.1. Restriktionen und Ausnahmemöglichkeiten in einem festgesetzten Überschwemmungsgebiet

4.1.5. Die Ausnahmegesamtheiten im Einzelnen

konkretes Vorhaben an anderer Stelle im Gemeindegebiet zulässiger- und zumutbarerweise ausgeführt werden kann. Die Vorschrift lässt den Zugriff auf ein Überschwemmungsgebiet nicht schon dann zu, wenn sich für ein bestimmtes Vorhaben kein außerhalb gelegener Alternativstandort findet, sondern stellt ausdrücklich auf die Siedlungsentwicklung als solche ab.⁶⁸

Beispiel

Gibt es also – wie die Antragsgegnerin in der Entscheidung des Niedersächsischen Obergerichtes (Normenkontrolle gegen Bebauungsplan) vom 20. März 2014 ausführte – im Innenstadtbereich keine andere gleichermaßen städtebaulich akzeptable und zugleich verfügbare Fläche, auf der ein großflächiges Einzelhandelsvorhaben mit einer Gesamtverkaufsfläche von mehr als 7.600 m² zu realisieren ist, muss die Antragsgegnerin von dem so umrissenen Vorhaben Abstand nehmen und sich anderen Optionen der Einzelhandelsentwicklung – etwa der Realisierung eines kleineren Vorhabens am gegebenen Standort unter Verzicht auf die Inanspruchnahme von Überschwemmungsflächen oder aber mehrerer räumlich getrennter Vorhaben (auch) an anderer Stelle – zuwenden. Allenfalls dann, wenn eine Einzelhandelsentwicklung ohne die Inanspruchnahme des Überschwemmungsgebietes **insgesamt** nicht mehr möglich wäre, käme eine Überplanung in Frage.⁶⁹

Beispiel

Die Ausnahmegesamtheit kann vorliegen, wenn

- das gesamte Gemeindegebiet innerhalb von Überschwemmungsgebieten nach § 76 Abs. 2 WHG liegt,
- aus topografischen Gründen eine Siedlungsentwicklung nur innerhalb von Überschwemmungsgebieten in Betracht kommt,⁷⁰
- wenn ein vorhandener Betrieb sich erweitern möchte und die Erweiterung am vorhandenen Betriebsstandort vorgenommen werden muss, um den Betriebsablauf weiterhin zu gewährleisten, in

⁶⁸ NdsOVG, Beschl. v. 20.3.2014 - 1 MN 7/14 -, Rdnr. 53 (zitiert nach juris); ARGE BAU, Handlungsanleitung zur Hochwasservorsorge und zum Hochwasserschutz in der Raumordnungs- und Bauleitplanung sowie bei der Zulassung von Einzelvorhaben, Stand: 26. November 2018, Seite 14.

⁶⁹ NdsOVG, Beschl. v. 20.3.2014 - 1 MN 7/14 -, Rdnr. 53 (zitiert nach juris);

⁷⁰ Rossi, in: Sieder/Zeitler/Dahme/Knopp, Komm. z. WHG, Stand: Juni 2018, § 78, Rdnr. 26; NdsOVG, Beschl. v. 20.3.2014 - 1 MN 7/14 -, Rdnr. 51 (zitiert nach juris).

4. Restriktionen in Gebieten mit besonderen Anforderungen zum Hochwasserschutz

4.1. Restriktionen und Ausnahmemöglichkeiten in einem festgesetzten Überschwemmungsgebiet

4.1.5. Die Ausnahmevoraussetzungen im Einzelnen

diesem Fall kommt es ausnahmsweise auf den **konkreten** Siedlungsbedarf an⁷¹.

Nicht ausreichend ist es dagegen, wenn

- im Überschwemmungsgebiet in Gewässernähe hochwertigere, attraktivere Wohnbebauung realisiert werden könnte, als an anderen Standorten im Gemeindegebiet außerhalb des Überschwemmungsgebietes.

Die Ausnahmevoraussetzung fordert – wie dargelegt – eine Prüfung alternativer Standorte. Bei der Flächennutzungsplanung kann im Hinblick auf diese Alternativenprüfung auf die im Umweltbericht vorgenommene Alternativenprüfung zurückgegriffen werden (dazu Anlage 1 zum BauGB unter Nr. 2 d). Im Rahmen jener Alternativenprüfung wird – ähnlich der Alternativenprüfung nach § 78 Abs. 2 Nr. 1 WHG – das gesamte Gemeindegebiet betrachtet.

Rückgriff auf bereits
vorgenommene
Alternativenprüfungen

Hingegen wird bei der Aufstellung eines Bebauungsplanes grundsätzlich lediglich der Geltungsbereich des Bebauungsplanes für Alternativvorhaben – beispielsweise einer anderweitigen Anordnung der Gebäude innerhalb des Geltungsbereiches des Bebauungsplanes, usw. – in den Blick genommen. Anders ist dies, wenn bspw. aus naturschutzfachlicher Sicht – etwa bei der Natura 2000-Verträglichkeitsprüfung – ein weiträumiger Untersuchungsrahmen zu wählen ist, dann kann auch hier ggf. auf diese Untersuchung zurückgegriffen werden. Sonst ist die Gemeinde aus materieller – wasserrechtlicher – Sicht auch im Rahmen des Bebauungsplanverfahrens **nun bei der Ausweisung von neuen Baugebieten von vornherein gehalten, mit Blick auf § 78 Abs. 2 Nr. 1 WHG eine das gesamte Gemeindegebiet umfassende Alternativenprüfung vorzunehmen**. Diese dient dann der Darlegung der Voraussetzung des § 78 Abs. 2 Nr. 1 WHG gegenüber der Wasserbehörde.

4.1.5.2. Angrenzen an ein bestehendes Baugebiet

Zweite Voraussetzung ist, dass das neu auszuweisende Gebiet **unmittelbar** an ein bestehendes Baugebiet **angrenzt**. Der Zweck des sogenannten **Arrondierungsgebots** (§ 78 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 WHG) besteht darin, Bauleitplanungen, die neue selbstständige Siedlungsansätze im

Unmittelbare Nähe zu
bestehendem
Baugebiet (Arrondie-
rungsgrundsatz)

⁷¹ ARGE BAU, Handlungsanleitung zur Hochwasservorsorge und zum Hochwasserschutz in der Raumordnungs- und Bauleitplanung sowie bei der Zulassung von Einzelvorhaben, Stand: 26. November 2018, Seite 14; *Schrödter/Wahlhäuser*, in: Schrödter, Komm. z. BauGB, 9. Auflage (2019), § 1, Rdnr. 523.

4. Restriktionen in Gebieten mit besonderen Anforderungen zum Hochwasserschutz

4.1. Restriktionen und Ausnahmemöglichkeiten in einem festgesetzten Überschwemmungsgebiet

4.1.5. Die Ausnahmeveraussetzungen im Einzelnen

Überschwemmungsgebiet nach § 76 Abs. 2 WHG beinhalten, zu verhindern.⁷² Die Vorschrift steht in engem Zusammenhang mit § 78 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 WHG.

Dabei muss es sich **nicht** um ein bauplanungsrechtlich förmlich festgesetztes Baugebiet im Sinne der BauNVO handeln⁷³. Ein „bestehendes Baugebiet“ kann deshalb auch der **tatsächlich vorhandene** - und nicht zwingend ein planbedingter - **Bestand** sein.⁷⁴ Das neue Baugebiet kann an einen Innenbereich nach § 34 Abs. 1 oder § 34 Abs. 2 BauGB angrenzen. Allerdings gibt es im planerischen **Außenbereich** (§ 35 BauGB) keine „Baugebiete“. Eine Bauleitplanung, mit der der bisherige Außenbereich erstmals überplant werden soll, wird im festgesetzten Überschwemmungsgebiet unzulässig sein.

„bestehendes Baugebiet“ untechnisch zu verstehen

Hinweis:

Bei der Bauleitplanung zur Schaffung der planerischen Voraussetzungen für Windkraftanlagen stellt sich das Problem, dass man zwar vertreten könnte, dass diese – als technische Bauwerke zur Energieerzeugung – nicht geeignet sind, die Tendenz zu unerwünschten Siedlungsansätzen im Außenbereich zu verstärken. Die Planung von Bauflächen für Windkraftanlagen dürfte aber – selbst wenn die Voraussetzung des § 78 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 WHG noch als erfüllt angesehen würde – an der Voraussetzung nach § 78 Abs. 2 Nr. 2 WHG scheitern, da regelmäßig entsprechende Abstände (u. a. mit Blick auf die Lärmimmissionen) von der vorhandenen Bebauung einzuhalten sind. Zudem ist zu prüfen, ob in einem Raumordnungsplan Konzentrationsflächenzonen für die Windenergieerzeugung festgelegt sind, oder umgekehrt sogar ein Ausschluss dieser Nutzung raumordnerisch vorgegeben ist. Überschwemmungsgebiete stehen einer Konzentrationsflächenzone für die Windenergienutzung regelmäßig entgegen.

Windkraftanlagen

⁷² Handlungsanleitung zur Hochwasservorsorge und zum Hochwasserschutz in der Raumordnungs- und Bauleitplanung sowie bei der Zulassung von Einzelvorhaben der ARGE BAU, Stand: 26. November 2018, S. 14.

⁷³ Zloch, in: Berendes/Frenz/Müggenborg, WHG, 2. Auflage (2017), § 78, Rdnr. 32.

⁷⁴ Czychowski/Reinhardt, Komm. z. WHG, 12. Auflage (2019), § 78, Rdnr. 16; Hünnekens, in: Landmann/Rohmer, Komm. zum WHG, Stand: April 2014, § 78, Rdnr. 25.

4. Restriktionen in Gebieten mit besonderen Anforderungen zum Hochwasserschutz

4.1. Restriktionen und Ausnahmemöglichkeiten in einem festgesetzten Überschwemmungsgebiet

4.1.5. Die Ausnahmeveraussetzungen im Einzelnen

4.1.5.3. Keine Gefährdung von Leben, Gesundheit oder zu erwartende erhebliche Sachschäden

Die Ausweisung des Baugebietes ist ausnahmsweise möglich, sofern eine Gefährdung von **Leben, Gesundheit oder erhebliche Sachschäden** nicht zu erwarten ist (§ 78 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 WHG).

Für diese Vorschrift wird die allgemeine Verpflichtung, bei der Aufstellung der Bauleitpläne die allgemeinen Anforderungen an gesunde Wohn- und Arbeitsverhältnisse und die Sicherheit der Wohn- und Arbeitsbevölkerung zu berücksichtigen (§ 1 Abs. 6 Nr. 1 BauGB), konkretisiert. Dabei ist zum einen die Sicherheit für die Grundstücke und ihre Bewohner im Baugebiet selbst und zum anderen die Sicherheit für Ober- und Unterlieger des Baugebietes in den Blick zu nehmen.

Sicherheit für Grundstücke und ihre Bewohner sowie Ober- und Unterlieger

Dies setzt eine **Prognose** voraus. „Zu erwarten“ sind die in Nr. 3 genannten Auswirkungen dann, wenn nach den konkreten Umständen des Einzelfalls mit hinreichender Gewissheit hiermit zu rechnen ist.⁷⁵ In der Kommentarliteratur ist darauf hingewiesen worden, dass es ohnehin kaum möglich sein wird, den konkreten Verlauf eines Hochwasserereignisses und dessen Intensität sicher vorherzusagen. Aus diesem Grunde bereitet die Bestimmung des Merkmals „erheblich“ Schwierigkeiten. Die Erheblichkeit verlangt das Erwarten von Sachschäden von hinreichendem Gewicht, geringfügige Beeinträchtigungen genügen nicht.⁷⁶

Prognose

Im Zuge des Hochwasserschutzgesetzes II wurde der Gesetzestext geändert, sodass die Gefährdung der Schutzgüter „Leben und Gesundheit“ ausreicht, während für das Schutzgut „Sachen“ weiterhin eine erhebliche Gefährdung notwendig ist.

Den Anforderungen aus der Nr. 3 wird die Gemeinde im Regelfall wegen der hohen Bedeutung der Schutzgüter Leben und Gesundheit nur dann entsprechen können, wenn die vorgesehenen Schadensvermeidungs- oder Schadensverminderungsmaßnahmen gerade in Bezug auf die neue Baugebietsausweisung so wirkungsvoll sind, dass im Hochwasserfall keine Lebens- oder Gesundheitsgefährdung für sich dort aufhaltende Menschen, sondern allenfalls unwesentliche Sachschäden zu erwarten sind. Konkret muss der Planungsträger dafür unter Zugrundelegung der

⁷⁵ VG Neustadt (Weinstr.), NVwZ-RR 2012, 713 (716); Rossi, in: Sieder/Zeitler/Dahme/Knopp, Komm. z. WHG, Stand: Juni 2018, § 78, Rdnr. 28.

⁷⁶ Vgl. nur Rossi, in: Sieder/Zeitler/Dahme/Knopp, Komm. z. WHG, Stand: Juni 2018, § 78, Rdnr. 28 m.w.Nachw.

4. Restriktionen in Gebieten mit besonderen Anforderungen zum Hochwasserschutz

4.1. Restriktionen und Ausnahmemöglichkeiten in einem festgesetzten Überschwemmungsgebiet

4.1.5. Die Ausnahmeveraussetzungen im Einzelnen

von ihm herbeigeführten neuen bauleitplanerischen Situation zumindest Ermittlungen zur Häufigkeit von Überschwemmungen und den voraussichtlich zu erwartenden Hochwasserständen anstellen.

Beispiel

Wenn beispielsweise der **Rettungszugriff** von Feuerwehr, THW oder anderen Nothelfern für ein Baugebiet gefährdet ist, weil die Zuwegungen überschwemmt und nicht oder nicht sicher benutzbar sein werden, liegt die Prognose einer **Gefährdung von Leben oder Gesundheit** nahe und muss von der planenden Gemeinde plausibel widerlegt werden.

Ähnlich wird mit prognostizierten **Sachschäden** verfahren werden müssen: Auch wenn insoweit die Erheblichkeit dieser Schäden zu prognostizieren ist (unerhebliche Schäden werden hingenommen), muss die Gemeinde plausibilisieren, dass unter realistischen Umständen im Hochwasserfall Schäden nur in geringfügigem Ausmaß zu erwarten sind. Diesen Nachweis zu führen, ist sehr schwierig.

4.1.5.4. Keine nachteilige Beeinflussung des Hochwasserabflusses und der Höhe des Wasserstandes

In der in § 78 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 WHG enthaltenen Maßgabe, dass der **Hochwasserabfluss** und die **Höhe des Wasserstandes** nicht **nachteilig beeinflusst** werden dürfen, liegt für die Praxis ggf. ein erhebliches Ausnahmehindernis.

Der *Begriff des „Hochwasserabflusses“* umfasst dabei die gesamte Abflussmenge eines Einzugsgebietes pro Zeiteinheit (l/s, m³/s) während der Dauer eines Hochwassers, d. h. sowohl die Hochwasserwelle an sich als auch das bereits angestaute Wasser.⁷⁷ Der Abfluss kann im Überschwemmungsgebiet je nach betrachtetem Profil von sehr gering bis sehr hoch sein. Große Wassermengen entfalten zusammen mit hoher Geschwindigkeiten besonders zerstörerische Kraft. Im flachen Brandenburg werden die Fließgeschwindigkeiten jedoch ganz überwiegend gering sein. Der *Wasserstand* ist die Höhe der Wasseroberfläche über einem bestimmten Niveau.⁷⁸ Unter *Beeinflussung* versteht man allgemein

Begriffsdefinitionen

⁷⁷ Hünnekens, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, Kommentar WHG, Stand: Sep. 2019, § 78, Rdnr. 20.

⁷⁸ Hünnekens, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, Kommentar WHG, Stand: Sep. 2019, § 78, Rdnr. 20.

4. Restriktionen in Gebieten mit besonderen Anforderungen zum Hochwasserschutz

4.1. Restriktionen und Ausnahmemöglichkeiten in einem festgesetzten Überschwemmungsgebiet

4.1.5. Die Ausnahmegesamtheiten im Einzelnen

die durch ein Ereignis bewirkte, zumindest vorübergehende oder zeitweise Abweichung von den bisherigen Verhältnissen. Ob diese beiden Größen nachteilig beeinflusst sind, kann nur prognostiziert werden und zeigt sich erst im Ernstfall, sodass ex ante eine nachteilige Beeinflussung vorliegt, **wenn diese im Wege einer tatsachenbasierten Prognose nicht von der Hand zu weisen ist.**⁷⁹ Der Vergleich ist mit der bisherigen – vor der Planung bestehenden - Situation anzustellen.

Hinweis:

Unter einer nachteiligen Beeinflussung des Hochwasserabflusses ist eine **Verzögerung** oder ungünstige Strömungsbeeinflussung zu verstehen. Ziel ist, eine Verzögerung des Hochwasserabflusses zu verhindern. Da eine plangemäÙe Bebauung in einem Überschwemmungsgebiet regelmäßig mit der Existenz von Baukörpern verbunden ist, kann sich diese für den Hochwasserabfluss als nachteilig erweisen.

Baukörper als Abflusshindernisse

Beispiele

Eine Beeinflussung des Hochwasserabflusses und der Höhe des Wasserstandes liegt vor, wenn eine Einengung des Abflussquerschnittes erfolgt oder das geplante Vorhaben durch seinen Baukörper ein Abflusshindernis bildet.

4.1.5.5. Keine Beeinträchtigung der Hochwasserrückhaltung

Gemäß § 78 Abs. 2 Satz 1 Nr. 5 WHG ist nachzuweisen, dass die Hochwasserrückhaltung nicht beeinträchtigt und der **Verlust von Rückhalteraum** umfang-, funktions- und zeitgleich **ausgeglichen** wird.

Hochwasserrückhaltung

Mit Hochwasserrückhaltung ist die prinzipielle Eigenschaft der Fläche gemeint, für das in ihm auftretende Hochwasser einen Raum zur Ausbreitung zu bieten, der den Hochwasserabfluss wirksam verlangsamt, damit der Hochwasserscheitel abflacht und auf diese Weise zu einer Entspannung der Hochwassersituation insgesamt beiträgt. Diese Eigenschaft darf nicht beeinträchtigt, also nicht verschlechtert werden. Damit enthält die Nr. 5 ein **absolutes Verschlechterungsverbot**.

Nr. 5 – absolutes Verschlechterungsverbot

⁷⁹ Rossi, in: Sieder/Zeitler/Dahme/Knopp, Komm. z. WHG, Stand: Juni 2018, § 78, Rdnr. 29 m.w.Nachw.; Czychowski/Reinhardt, Komm. z. WHG, 12. Auflage (2019), § 78, Rdnr. 18; Hünnekens, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, Kommentar WHG, Stand: Sep. 2019, § 78, Rdnr. 20.

Umfangs-, funktions- und zeitgleicher Ausgleich

4. Restriktionen in Gebieten mit besonderen Anforderungen zum Hochwasserschutz

4.1. Restriktionen und Ausnahmemöglichkeiten in einem festgesetzten Überschwemmungsgebiet

4.1.5. Die Ausnahmegesetzungen im Einzelnen

Der Ausgleich für beseitigten Rückhalteraum hat **umfang-, funktions- und zeitgleich** zu erfolgen. Er ist nur gelungen, sofern eine wesentliche Schmälerung der Leistungsfähigkeit des Hochwasserrückhaltevermögens an dem betroffenen Gewässerabschnitt ausbleibt. Bloße Ersatzmaßnahmen im Sinne des § 15 Abs. 2 BNatSchG oder die Erhebung einer Ersatzzahlung genügen daher den Ausgleichserfordernissen nicht.

Die in § 77 Abs. 1 Satz 3 Nr. 2 WHG ermöglichte **gleichzeitige Verwertung** von naturschutzrechtlichen Ausgleichs- oder Ersatzmaßnahmen im Sinne des § 15 BNatSchG bzw. die Nutzung der **Bevorratung** im Rahmen von Ökokonten nach § 16 Abs. 1 BNatSchG⁸⁰ gilt allerdings direkt nur für den Ausgleich von Rückhalteflächen in Überschwemmungsgebieten nach §§ 76, 77 WHG.⁸¹ Da es sich nach der Gesetzesbegründung bei der Neuregelung des § 77 Abs. 1 Satz 3 WHG bzgl. der Doppelverwendung und der Bevorratung nur um eine Klarstellung handele, die keine neuen Vorgaben begründe, könnte man diese aber auch hier grundsätzlich anwenden.⁸² Voraussetzung dafür ist selbstverständlich, dass auch der funktionale Zusammenhang zum beeinträchtigten Überschwemmungsgebiet gewahrt ist, und dass die Gemeinde den Ausgangszustand dokumentiert und auch in sonstiger Weise nachweist, dass die Maßnahme der späteren „Abbuchung“ dienen soll.⁸³

Beispiel

Ein im Umfang entsprechender Ausgleich ist beispielsweise dann gegeben, wenn an die Stelle einer bisher der Hochwasserrückhaltung dienenden ausgedehnten Wiesen- oder Weidefläche ein in seiner flächenhaften Ausdehnung erheblich kleineres, aber in seiner Rückhaltefunktion gleichwertiges Hochwasserrückhaltebecken tritt. Es können aber auch frühere Überschwemmungsgebiete wieder diesem Zweck zugeführt werden. Auch der Rückbau von Gebäuden kann selbstverständlich einen Ausgleich bewirken.

Die **Funktionsgleichheit** des neu geschaffenen mit derjenigen des weggefallenen Rückhalteraus gibt Zweckidentität zwischen beiden Rückhalteräumen. Dementsprechend muss der künftige ebenso wie der

Zweckidentität zwischen beiden Rückhalteräumen

⁸⁰ Dazu Hofmann, ZfW 2018, 1 (19).

⁸¹ Mitschang, ZfBR 2018, 329 (336); für eine entsprechende Anwendung im Ergebnis Rossi, in Sieder/Zeitler/Dahme/Knopp, WHG, Komm., § 78, Rdnr. 31; Köck, in Faßbender/Köck, Aktuelle Fragen und Entwicklungen im Hochwasserschutzrecht, 1. Auflage (2017), S. 147 (160).

⁸² Vgl. zum Vorstehenden: Begründung des Gesetzentwurfes, BT-Drs. 18/10879, B. Besonderer Teil, Nr. 3, Buchst. c.

⁸³ Köck, in Faßbender/Köck, Aktuelle Fragen und Entwicklungen im Hochwasserschutzrecht, 1. Auflage (2017), 147 (160).

4. Restriktionen in Gebieten mit besonderen Anforderungen zum Hochwasserschutz

4.1. Restriktionen und Ausnahmemöglichkeiten in einem festgesetzten Überschwemmungsgebiet

4.1.5. Die Ausnahmegesetzungen im Einzelnen

weggefallene Rückhalteraum seiner Bestimmung nach in erster Linie der Hochwasseraufnahme und -rückhaltung dienen.

Die Flächen für Maßnahmen zum Ausgleich sind in den Bauleitplänen so festzusetzen bzw. darzustellen, wie es bspw. auch für die Ausgleichs- und Ersatzmaßnahmen der Eingriffsregelung im Bebauungsplan durch die Festsetzungen gemäß **§ 9 Abs. 1 Nr. 20 BauGB** geschieht. Darüber hinaus ist sicherzustellen, dass die Durchführung der Maßnahmen vor der Umsetzung der Festsetzungen des Bebauungsplanes – also zumindest zeitgleich – erfolgt. Dies bedeutet, dass unmittelbar einhergehend mit dem Verlust des einen Rückhalterausms der neue zur Verfügung steht. Insoweit können die Gemeinden sich auch des Instruments einer **bedingten Festsetzung** (§ 9 Abs. 2 BauGB) bedienen, d. h. die Baugebietsfestsetzung an die vorherige Durchführung von Maßnahmen zur Schaffung eines ausreichenden Rückhaltevolumens knüpfen.

Eine solche Ausgleichsverpflichtung kann auch durch einen entsprechenden öffentlich-rechtlichen Vertrag auf den Vorhabenträger verlagert werden (vgl. § 11 Abs. 1 Nr. 1 BauGB). Die Gemeinde hat selbstverständlich auch die Möglichkeit, den Ausgleich selber zu realisieren und lediglich die Kosten auf den Vorhabenträger umzulegen (vgl. § 11 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 BauGB).

Beispiele

Eine Beeinträchtigung der Hochwasserrückhaltung wird insbesondere durch die Reduzierung des Rückhalterausms durch eine Bebauung bewirkt.

Ausgleichsmaßnahmen stellen bspw. dar:

- Bau von zentralen oder dezentralen Rückhaltebecken zur Wiederherstellung von Rückhalteflächen,
- Gewässerausbau einerseits zur Abflussverlangsamung (außerhalb bebauter Gebiete), andererseits zur Beschleunigung und zur Senkung der Wasserspiegel (innerhalb bebauter Gebiete),
- Tieferlegung der Auenflächen bzw. Beseitigung von Aufschüttungen zur Vergrößerung der Retentionsräume,
- Aufweiten des Gewässerbettes,
- Planung bzw. Bau von zu flutenden Tiefgaragen, hierbei ist aber im Einzelfall die Vorwarnzeit zu bewerten und besonders darauf zu achten, dass im Hochwasserfall auch sichergestellt ist, dass

4. Restriktionen in Gebieten mit besonderen Anforderungen zum Hochwasserschutz

4.1. Restriktionen und Ausnahmemöglichkeiten in einem festgesetzten Überschwemmungsgebiet

4.1.5. Die Ausnahmegesamtvoraussetzungen im Einzelnen

die Fahrzeuge beseitigt und die Flutung erfolgen kann, dies lässt sich durch Nebenbestimmungen regeln.

4.1.5.6. Keine Beeinträchtigung des bestehenden Hochwasserschutzes

Eine Beeinträchtigung des bestehenden Hochwasserschutzes i. S. d. § 78 Abs. 2 Nr. 6 WHG darf durch die Ausweisung des neuen Baugebietes nicht herbeigeführt werden, z. B. durch

- geplante Errichtung von Bauwerken zu dicht an vorhandenen Deichen oder
- die Beeinträchtigung der Deichverteidigung,
- Beeinträchtigung der Bedienung von Hochwasserschutzanlagen.

Von **keiner** Beeinträchtigung des bestehenden Hochwasserschutzes darf daher nur ausgegangen werden, wenn der Schutz vor hochwasserbedingten Beeinträchtigungen durch die Baugebietsausweisung im Vergleich zu dem bisherigen Schutz insgesamt nicht abgesenkt wird.

Keine Annahme v. Beeinträchtigungen, wenn bisheriger Schutz nicht herabgesetzt wird

4.1.5.7. Keine Auswirkungen auf Unter- bzw. Oberlieger

Zudem dürfen keine nachteiligen Auswirkungen auf Oberlieger und Unterlieger zu erwarten sein. Oberlieger liegen von einem ausgewählten/definierten Punkt am Gewässer flussaufwärts, Unterlieger liegen flussabwärts.⁸⁴

**Oberlieger/
Unterlieger**

Es ist zu untersuchen, ob durch das neue Baugebiet ein entsprechender Rückstau des Hochwassers auf oberliegende Grundstücke entsteht (mit der Folge der Wasserstandserhöhung) oder in Folge des Baugebietes die Auswirkungen des Hochwassers bei den Unterliegern verstärkt werden. Auf diese Weise wird verhindert, dass die Baugebietsausweisung einschließlich der Ausgleichsmaßnahmen lediglich zu einer örtlichen Verlagerung der durch Auftreten des Hochwassers entstehenden Gefahren und Risiken führt. Angesichts der mit Nr. 7 intendierten Verhinde-

⁸⁴ Rossi, in Sieder/Zeitler/Dahme/Knopp, WHG, Komm., Stand: Juni 2018, § 78, Rdnr. 33.

4. Restriktionen in Gebieten mit besonderen Anforderungen zum Hochwasserschutz

4.1. Restriktionen und Ausnahmemöglichkeiten in einem festgesetzten Überschwemmungsgebiet

4.1.5. Die Ausnahmegesetzungen im Einzelnen

Die Verlagerung der Risikoverlagerung zu Lasten Dritter muss hier ein weites Verständnis von Ober-/Unterlieger zu Grunde gelegt werden.

Prognose

Aus den Wörtern „zu erwarten“ folgt, dass keine tatsächliche Gewissheit gegeben sein muss, sondern eine **Prognose**, mit einer für das Nichteintreten nachteiliger Auswirkungen hinreichenden Wahrscheinlichkeit.

Beispiele

Auswirkungen auf den Unterlieger können durch die baubedingte Verringerung von Retentionsräumen eintreten. Die natürlichen Rückhalte-räume stehen für eine Ausuferung des Flusses nicht mehr zur Verfügung. Die fehlenden natürlichen Überschwemmungsflächen führen zu einer Beschleunigung der ablaufenden Hochwasserwelle, sodass für die flussabwärts gelegenen Gemeinden (Unterlieger) die Hochwassergefahr steigt.

Durch den Bau von künstlichen Hindernissen im Gewässer- oder Uferbereich kann das Abflussprofil versperrt bzw. verengt werden. Dadurch kann es zu einem Rückstau und zu einer Beeinträchtigung der Oberlieger kommen.

4.1.5.8. Beachtung der Belange der Hochwasservorsorge

§ 78 Abs. 2 Satz 1 Nr. 8 WHG, der vorsieht, dass die Belange der Hochwasservorsorge zu beachten sind, betrifft den **Schutz der Bewohner des zukünftigen Baugebietes** selbst.

Beispiele

Durch bauliche Schutz- und Vorsorgemaßnahmen können Gefahren durch Hochwasser minimiert werden. Derartige Maßnahmen stellen bspw. dar⁸⁵:

Hochwasserangepasste Bebauung:

- Errichtung von Gebäuden auf Stelzen, oder auf einer geplanten Aufschüttung,
- Errichtung der Oberkante der Rohdecke über HQ₁₀₀, keine wohnliche Nutzung des Erdgeschosses,
- Errichtung eines Evakuierungsdecks,

⁸⁵ Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz, Bau und Reaktorsicherheit, Hochwasserschutzfibel, Objektschutz und bauliche Vorsorge, 7. Auflage, August 2016.

4. Restriktionen in Gebieten mit besonderen Anforderungen zum Hochwasserschutz

4.1. Restriktionen und Ausnahmemöglichkeiten in einem festgesetzten Überschwemmungsgebiet

4.1.5. Die Ausnahmevoraussetzungen im Einzelnen

- Gewährleistung der Gebäudestandsicherheit durch eine ausreichende Gebäudelast bzw. Wand-/ Sohlendimensionierung zur Vermeidung von Schäden durch Auftriebskräfte,
- Verankerung der Gebäudesohle zur Verhinderung des Aufschwimmens eines Gebäudes,
- Verwendung wasserbeständiger Materialien,
- Bau der Fundamentunterkante des Gebäudes 1 m tiefer als die zu erwartende Erosionsbasis; Planung einer vorgesetzten Betonwand zur Vermeidung von Schäden durch Unterspülungen und Setzungen bei erosionsgefährdeten Böden,
- „Schwarze“ und „Weiße Wanne“ bzw. Innendichtung
- planmäßige Flutung von nicht wasserempfindlichen Räumen,
- Wohn-, Schlaf- und Fluchräume müssen sich über der HQ-100 Wasserspiegellinie befinden,
- Gebäudetechnik muss an die Überflutungshöhe angepasst sein (z.B. durch eine elektrische Sicherung, Installation von Heizungsanlagen, Elektrik, usw. in den Obergeschossen),
- Ausschluss von Gefahren durch wassergefährdende Stoffe (z.B. Ölheizung, Absicherung des Öltanks mit allen Anschlüssen und Öffnungen, damit von außen kein Wasser eindringen kann.)

Hochwasserschutzanlagen:

- Hochwasserschutzwände und -elemente sofern ein ausreichender Schutz gegenüber eindringendem Grundwasser und Rückstauwasser aus der Kanalisation besteht, diese können auch in mobiler Form errichtet werden,
- Einfassung und Umschließung des Grundstücks mit Mauern oder kleinen Erdwällen sofern nur geringe Wasserstände zu erwarten sind,
- Verwendung von Abdichtungssystemen (z. B. zugeschnittene Einselemente für Eingangs- oder Fensteröffnungen) zum Schutz vor Wassereintritt,
- Abdichtungsmaßnahmen am Gebäude z. B. durch entsprechende Außenverkleidungen (z. B. Zementputz),
- Rückstauanlagen im Kanalnetz (Rückstauklappen, Absperrschieber, Abwasserhebeanlagen).

Für die zulässigen baulichen Anlagen sind bauplanungsrechtlich hinreichende Anforderungen festzusetzen, um die Bebauung größtmöglich vor den Überschwemmungsfolgen zu schützen. Zudem darf auch die vor

4. Restriktionen in Gebieten mit besonderen Anforderungen zum Hochwasserschutz

4.1. Restriktionen und Ausnahmemöglichkeiten in einem festgesetzten Überschwemmungsgebiet

4.1.5. Die Ausnahmeveraussetzungen im Einzelnen

handene bauliche Nutzung nicht mehr als bisher gefährdet werden. Hierbei geht es letztlich um eine Eliminierung von Hochwassergefahren und die Minimierung von Hochwasserschäden. Hierunter wird man alle einer hochwasserbedingten Schadens- und Gefahrvermeidung bzw. -minimierung dienenden Maßnahmen zählen können. Dies folgt teilweise auch aus der insoweit präziseren Regelung des § 78 Abs. 2 Satz 1 Nr. 9 (dazu sogleich), **die allerdings lediglich bauliche Schäden im Blick hat.**

4.1.5.9. Bauliche Schäden

§ 78 Abs. 2 Satz 1 Nr. 9 WHG konkretisiert die allgemeine Sorgfaltspflicht des § 5 Abs. 2 WHG für die Bauausführung indem geregelt wird, dass die Bauvorhaben so errichtet werden, dass bei dem Bemessungshochwasser, das der Festsetzung des Überschwemmungsgebietes zugrunde gelegt wurde, keine baulichen Schäden zu erwarten sind. Ziel der Regelung ist die Verhinderung baulicher Schäden im zukünftigen Planungsgebiet im Bereich des Bemessungshochwassers nach § 78 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 WHG (HQ₁₀₀).⁸⁶

**Verhinderung
baulicher Schäden**

Geeignete Festsetzungen im Bebauungsplan müssen diese Anforderung sicherstellen. In Betracht kommt etwa die Festsetzung über die überbaubaren Grundstücksflächen oder die Festsetzung der Höhenlage. Die Anforderungen an eine hochwasserangepasste Ausführung sind in die Festsetzungen des Bebauungsplanes aufzunehmen. In diesem Zusammenhang können Hochwasserschutzanlagen genauso von Relevanz sein, wie eine hochwasserangepasste Bebauung (vgl. Beispiele unter 5.1.1.2.).

Festsetzungsbeispiele

⁸⁶ Czychowski/Reinhardt, Komm. z. WHG, 12. Auflage (2019), § 78, Rdnr. 23;

4. Restriktionen in Gebieten mit besonderen Anforderungen zum Hochwasserschutz

4.1. Restriktionen und Ausnahmemöglichkeiten in einem festgesetzten Überschwemmungsgebiet

4.1.6. Zulassung von Einzelvorhaben in festgesetzten Überschwemmungsgebieten

4.1.6. Zulassung von Einzelvorhaben in festgesetzten Überschwemmungsgebieten

4.1.6.1. Grundanforderungen

Im vorstehenden Kapitel wurden die Anforderungen an die **Bauleitplanung** behandelt. Im Folgenden werden die Voraussetzungen für die Zulassung von **Einzelvorhaben** betrachtet.

4.1.6.2. Verbot der Errichtung baulicher Anlagen nach §§ 30, 33, 34, 35 BauGB

Nach § 78 Abs. 4 Satz 1 WHG ist in festgesetzten Überschwemmungsgebieten die **Errichtung oder Erweiterung baulicher Anlagen** nach den §§ 30, 33, 34 und 35 BauGB untersagt.

Verbot der Errichtung bzw. Erweiterung baulicher Anlagen in Überschwemmungsgebieten

Die Vorschrift umfasst alle beplanten und unbeplanten Bereiche, auch während der Aufstellung eines Bebauungsplanes (§ 33 BauGB), da in § 30 BauGB sowohl die qualifizierten Bebauungspläne (§ 30 Abs. 1 BauGB), die Bereiche der vorhabenbezogenen Bebauungspläne (§ 30 Abs. 2 i. V. m. § 12 BauGB) sowie die einfachen Bebauungspläne (§ 30 Abs. 3 BauGB) geregelt sind. Die Vorschrift gilt auch für die Innenbereiche nach § 34 BauGB und die Außenbereiche nach § 35 BauGB.

4.1.6.3. Bereichsausnahme Verkehrsinfrastrukturmaßnahmen

Diese Vorschrift erfasst aber nicht Vorhaben, die nicht unter das Baurecht fallen, die also nicht Gegenstand eines Bauleitplans sein können bzw. nicht nach §§ 34, 35 BauGB beurteilt werden.⁸⁷ Hierbei geht es um **Maßnahmen der Verkehrsinfrastruktur**, die in Planfeststellungs- oder Plangenehmigungsverfahren zugelassen werden, etwa Straßen, Brückenbauwerke usw.⁸⁸ Dies sind Vorhaben, für die generell das Bauplanungsrecht (§§ 29 bis 37 BauGB) nach § 38 BauGB nicht gilt. Darunter

Bereichsausnahme Maßnahmen der Verkehrsinfrastruktur

⁸⁷ Hünnekens, in: Landmann/Rohmer, Komm. zum WHG, Stand: Sep. 2019, § 78, Rdnr. 58.

⁸⁸ Rossi, in: Sieder/Zeitler/Dahme/Knopp, Komm. z. WHG, Stand: Juni 2018, § 78, Rdnr. 80; Begründung des Gesetzesentwurfs der Bundesregierung, zum Hochwasserschutzgesetz II, Drucksache Bundestag, 18/10879, S. 28.

4. Restriktionen in Gebieten mit besonderen Anforderungen zum Hochwasserschutz

- 4.1. Restriktionen und Ausnahmemöglichkeiten in einem festgesetzten Überschwemmungsgebiet
- 4.1.6. Zulassung von Einzelvorhaben in festgesetzten Überschwemmungsgebieten

fallen insbesondere Bundesfernstraßen (Bundesautobahnen und Bundesstraßen i. S. d. § 1 FStrG) und Landes- Kreis- und Gemeindestraßen nach näherer Maßgabe des Landesrechts sowie Schienenwegen als Anlage der Eisenbahninfrastruktur i.S.d. § 2 Abs. 3,6 AEG.⁸⁹ Nicht hingegen gilt die Bestimmung für sonstige Infrastruktureinrichtungen, z. B. der Energie- oder Telekommunikation.⁹⁰

Für diese Vorhaben ist jetzt eine Regelung in § 78 Abs. 7 WHG enthalten. Anlagen der Verkehrsinfrastruktur unterliegen mit Blick auf ihre gesamtgesellschaftliche Bedeutung nach Abs. 7 **keinem Grundsatzverbot aus Gründen des Hochwasserschutzes**, sondern bleiben allgemein zulässig. Immerhin enthält § 78 Abs. 7 WHG folgende materielle Anforderung: Bauliche Anlagen der Verkehrsinfrastruktur, die nicht unter Absatz 4 fallen, **dürfen nur hochwasserangepasst errichtet oder erweitert werden**. Diese Voraussetzung entspricht etwa der Voraussetzung des § 78 Abs. 5 Nr. 1 d) WHG.

**Kein Grundsatzverbot,
Hochwasserangepasste
Bauweise**

Zudem ist es auch so, dass im Rahmen der spezialgesetzlichen Zulassung (also etwa der Planfeststellung nach dem Bundesfernstraßengesetz) als – in diesem Verfahren zu untersuchende – „sonstige öffentliche Belange“ auch hochwasserschutzrechtliche Vorschriften Anwendung finden. Über diesen Weg wird dem Hochwasserschutz hinreichend Rechnung getragen.⁹¹

Für eine Brückenbaumaßnahme ist zu differenzieren:

Für nicht planfeststellungs- oder plangenehmigungsbedürftige Verkehrsinfrastrukturvorhaben gilt – wie auch für Bauvorhaben allgemein – § 78 Abs. 4, 5 WHG, d. h. sie werden wie andere bauliche Anlagen behandelt. So wäre etwa das unter §§ 36 WHG, 87 BbgWG fallende private Vorhaben „Errichtung einer Brücke über ein Gewässer“ an den Voraussetzungen des § 78 Abs. 4 WHG zu messen, während die unter Straßenrecht planfeststellungs- oder plangenehmigungspflichtige Errichtung einer Brücke mit Verkehrsfunktion unter § 78 Abs. 7 WHG fällt.

Brückenbau

⁸⁹ Czychowski/Reinhardt, Komm. z. WHG, 12. Auflage (2019), § 78, Rdnr. 76.

⁹⁰ Czychowski/Reinhardt, Komm. z. WHG, 12. Auflage (2019), § 78, Rdnr. 76.

⁹¹ Czychowski/Reinhardt, Komm. z. WHG, 12. Auflage (2019), § 78, Rdnr. 76; unter Bezugnahme auf Entscheidung des BVerwG zur A 20, Nord-West-Umfahrung Hamburg, BVerwG, Urt. v. 28.4.2016 – 9 A 9/15 -, Rdnr. 162 f (zitiert nach juris).

4. Restriktionen in Gebieten mit besonderen Anforderungen zum Hochwasserschutz

4.1. Restriktionen und Ausnahmemöglichkeiten in einem festgesetzten Überschwemmungsgebiet

4.1.6. Zulassung von Einzelvorhaben in festgesetzten Überschwemmungsgebieten

Beispiel

Im Außenbereich in einem vorläufig gesicherten Überschwemmungsgebiet (§ 76 Abs. 3 WHG) wird ein Planfeststellungsverfahren für eine Ortsumgehung (Straßenbau) geführt. Die Frage ist, ob die Wasserbehörde in diesem Fall im Zuge des Planfeststellungsverfahrens nach § 77 WHG entsprechende Ausgleichsmaßnahmen fordern kann.

Zum einen werden überwiegende Gründe des Wohls der Allgemeinheit im Sinne des § 77 WHG anzunehmen sein. § 77 WHG gilt auch grundsätzlich in festgesetzten und vorläufig gesicherten Überschwemmungsgebieten, weil §§ 78, 78a WHG die allgemeinen planungsrechtlichen Optimierungsgebote des § 77 WHG nur konkretisiert, nicht hingegen vollständig verdrängt.⁹² Ob allerdings eine entsprechende **zwingende** Verpflichtung zur Schaffung von notwendigen Ausgleichsmaßnahmen i. S. d. § 77 WHG im vorliegenden Fall besteht, ist in der Rechtsprechung noch nicht geklärt. Es handelt sich hier um ein vorläufig gesichertes Überschwemmungsgebiet, sodass § 78 Abs. 7 WHG möglicherweise in diesem Falle die spezialgesetzliche Regelung ist. Die Planung des Verkehrsinfrastrukturvorhabens durch Planfeststellungsverfahren führt dazu, dass § 78 Abs. 4 WHG (Bauverbot) und damit auch § 78 Abs. 5 WHG (Ausnahme) keine Anwendung finden. Dies ergibt sich aus § 78 Abs. 7 WHG. Dort ist geregelt, dass bauliche Anlagen der Verkehrsinfrastruktur nur hochwasserangepasst errichtet oder erweitert werden dürfen. Dieser Rechtsgedanke ist zu berücksichtigen und würde möglicherweise übergangen, wenn man nun über § 77 WHG die Ausgleichsmaßnahmen **zwingend** fordern würde.

Allerdings ist im Rahmen des Planfeststellungsverfahrens im Rahmen der allgemeinen Abwägungsgrundsätze zu prüfen und zu ermitteln, ob für diesen Eingriff in das Überschwemmungsgebiet nicht eine entsprechende Ausgleichsmaßnahme **in Anlehnung bzw. mit Blick auf den Rechtsgedanken der §§ 77 ff. WHG erforderlich ist**. Die Wasserbehörde sollte sich – wenn es fachlich begründbar ist - in diesem Verfahren für eine entsprechende Ausgleichsmaßnahme – entweder in direkter Anwendung nach § 77 WHG oder mit Blick auf den Rechtsgedanken des § 77 WHG - einsetzen.

⁹² Rossi, in Siedler/Zeitler/Dahme/Knopp, Komm. z. WHG, Stand: Juni 2018, § 77, Rdnr. 6, der allerdings auch ausführt, dass praktisch § 77 WHG in den festgesetzten Ü-Gebieten ohne Bedeutung bleiben wird.; Czychowski/Reinhardt, Komm. z. WHG, 12. Auflage (2019), § 78, Rdnr 1.

4. Restriktionen in Gebieten mit besonderen Anforderungen zum Hochwasserschutz

4.1. Restriktionen und Ausnahmemöglichkeiten in einem festgesetzten Überschwemmungsgebiet

4.1.7. Ausnahmegenehmigungen

4.1.7. Ausnahmegenehmigungen

§ 78 Abs. 5 Satz 1 WHG sieht vor, dass die zuständige Behörde abweichend vom grundsätzlichen Bauverbot die *Errichtung* oder *Erweiterung* einer baulichen Anlage im Einzelfall durch Erteilung einer **Ausnahme** genehmigen kann.

Erteilung einer Ausnahme

Diese Genehmigung darf nur unter bestimmten Voraussetzungen erteilt werden, wenn:

Voraussetzungen

1. das Vorhaben

- die Hochwasserrückhaltung nicht oder nur unwesentlich beeinträchtigt und der Verlust von verlorengelassenem Rückhalteraum umfang-, funktions- und zeitgleich ausgeglichen wird,
- den Wasserstand und den Abfluss bei Hochwasser nicht nachteilig verändert,
- der bestehende Hochwasserschutz nicht beeinträchtigt und
- hochwasserangepasst ausgeführt wird

oder

2. die nachteiligen Auswirkungen durch Nebenbestimmungen ausgeglichen werden können.

4.1.7.1. Allgemeines

Wie bei den Ausnahmegenehmigungen des § 78 Abs. 2 WHG sind die Voraussetzungen des § 78 Abs. 5 Satz 1 WHG **kumulativ** zu erfüllen. Die Voraussetzungen sind jedoch weniger umfangreich und auch weniger streng.

Ausnahmegenehmigungen müssen kumulativ erfüllt sein

Bei *baugenehmigungsfreien* Vorhaben entscheidet die zuständige Untere Wasserbehörde über die Genehmigung gegenüber dem Bauherrn. Bei *baugenehmigungspflichtigen* Vorhaben prüft die Bauaufsichtsbehörde nicht nur die Zulässigkeit nach den Vorschriften des Baurechts,

Verfahren und Verankerung im Prüfprogramm der Bauaufsichtsbehörde

4. Restriktionen in Gebieten mit besonderen Anforderungen zum Hochwasserschutz

4.1. Restriktionen und Ausnahmemöglichkeiten in einem festgesetzten Überschwemmungsgebiet

4.1.7. Ausnahmegesetzungen

sondern auch **andere öffentlich-rechtliche Vorschriften**, soweit diese für das Vorhaben beachtlich sind (§§ 63 und 64 BbgBO). Der Prüfungsumfang im Baugenehmigungsverfahren umfasst somit auch **die wasserrechtlichen Vorschriften**.⁹³ Die Zuständigkeit der fachgesetzlich an sich zur Entscheidung berufenen Behörde ist zu Gunsten der Bauaufsichtsbehörde verdrängt, die aber zwingend zu beteiligen ist (dazu § 64 Nr. 3, § 63 Abs. 3 Nr. 2, § 63 Abs. 1, § 72 Abs. 1 Satz 2 BbgBO). Die Darlegungs- und Beweislast für die Voraussetzungen obliegt dem Bauherrn. Gelingt ihm der Nachweis nicht vollständig, muss dies noch nicht zwingend zur Genehmigungsversagung führen. Für diesen Fall sieht § 78 Abs. 5 Satz 1 Nr. 2 WHG die Möglichkeit der Kompensation der fehlenden Erfordernisse durch den Erlass von Nebenbestimmungen vor.

Erweiterung des Prüfprogramms

Auch wenn die systematische Hervorhebung der auch im früheren Gesetzeswortlaut bereits enthaltenen Möglichkeit der Erteilung von Nebenbestimmungen darauf hindeutet, dass beide Varianten (Ziffern 1 und 2) gleichwertig sein könnten, ist ein solches Verständnis abzulehnen. In den Gesetzesmaterialien ist kein Hinweis darauf enthalten, dass der Gesetzgeber die Variante „Nebenbestimmungen“ aufwerten oder gar als eine gleichwertige Alternative ansehen wollte. Dies würde die detaillierten Vorgaben der Nummer 1 entwerten und deren Umgehung Vorschub leisten⁹⁴.

Die wasserrechtlichen Vorschriften über die Freihaltung von Überschwemmungsgebieten – und damit auch über die Möglichkeit der Erteilung von Ausnahmen – entfalten **drittschützende Wirkung**. Gemäß § 78 Abs. 5 Satz 2 WHG sind bei der Prüfung der Voraussetzungen des § 78 Abs. 5 Satz 1 WHG auch die „Auswirkungen auf die Nachbarschaft zu berücksichtigen“. Damit wird die nachbarschützende Wirkung der zu erfüllenden Genehmigungsvoraussetzungen festgestellt.

Drittschützende Wirkung des § 78 Abs. 4, 5 WHG

Gemäß § 78 Abs. 5 Satz 1 WHG *kann* die zuständige Behörde abweichend von § 78 Abs. 4 Satz 1 WHG die Errichtung oder Erweiterung ei-

Ermessen im Rahmen des § 78 Abs. 5 WHG

⁹³ Reimus/Semtner/Langer, Die neue Brandenburgische Bauordnung, Komm., 3. Auflage (2009), § 56, Rdnr. 3 f.

⁹⁴ Die andere Sichtweise von Czychowski/Reinhardt, Komm. z. WHG, 12. Auflage (2019), § 78, Rdnr. 63 ist deshalb abzulehnen.

4. Restriktionen in Gebieten mit besonderen Anforderungen zum Hochwasserschutz

4.1. Restriktionen und Ausnahmemöglichkeiten in einem festgesetzten Überschwemmungsgebiet

4.1.7. Ausnahmegenehmigungen

ner baulichen Anlage im Einzelfall genehmigen. Der Behörde kommt daher ein Ermessensspielraum zu. Bei Erfüllung der Genehmigungsvoraussetzungen wird allerdings aus Gründen des grundgesetzlichen Eigentumsschutzes wenig Raum für ein Versagermessen bleiben.⁹⁵

4.1.7.2. Voraussetzungen für die Genehmigung im Einzelnen

Zu den Ausnahmegenehmigungen gemäß § 78 Abs. 5 WHG im Einzelnen:

4.1.7.2.1. Keine oder unwesentliche Beeinträchtigung der Hochwasserrückhaltung

Voraussetzung für eine Ausnahmegenehmigung ist nach § 78 Abs. 5 Satz 1 Nr. 1 WHG, dass das Vorhaben die Hochwasserrückhaltung **nicht oder nur unwesentlich beeinträchtigt und der Verlust von verlorengelassenem Rückhalteraum umfang-, funktions- und zeitgleich ausgeglichen wird.**

Genehmigungsanforderung zum Teil schwächer als bei Planungsverböten

Hier ist zu berücksichtigen, dass auch bei einer „**unwesentlichen**“ **Beeinträchtigung der Hochwasserrückhaltung ein Ausgleich zu erfolgen hat.** Die Regelung ist nach Sinn und Zweck so zu verstehen, dass **jeder** Verlust von verlorengelassenem Rückhalteraum vollständig – also zu 100 % - auszugleichen ist. Unabhängig davon nimmt der Gesetzgeber es (anders als bei § 78 Abs. 2 Nr. 5 WHG) hin, dass die „Hochwasserrückhaltung“ unwesentlich beeinträchtigt bleiben bzw. sein kann. Es erfolgt also eine Differenzierung zwischen dem Begriff „Hochwasserrückhaltung“ und dem Begriff „Rückhalteraum“. Die unwesentliche Beeinträchtigung der Hochwasserrückhaltung wird im Rahmen des § 78 Abs. 5 Nr. 1a WHG hingenommen, eine wesentliche Beeinträchtigung der Hochwasserrückhaltung hingegen

⁹⁵ So exemplarisch *Kotulla*, WHG, Komm., 2. Auflage (2011), § 78, Rdnr. 53; *Czychowski/Reinhardt*, WHG, 12. Auflage (2019), § 78, Rdnr. 57; *Rolfen*, Öffentliche Hochwasservorsorge vor dem Hintergrund von tatsächlichen und rechtlichen Grundvorgaben, 1. Auflage (2013), S. 215; *Rossi*, in: *Sieder/Zeitler/Dahme/Knopp*, Komm. z. WHG, Stand: Juni 2018, § 78, Rdnr. 68; *Hünnekens*, in: *Landmann/Rohmer*, Komm. z. WHG, Stand: Sep. 2019, § 78, Rdnr. 44.

4. Restriktionen in Gebieten mit besonderen Anforderungen zum Hochwasserschutz

4.1. Restriktionen und Ausnahmemöglichkeiten in einem festgesetzten Überschwemmungsgebiet

4.1.7. Ausnahmegesetzungen

nicht, auch dann nicht, wenn der Verlust von Rückhalteraum - auch in diesem Fall - vollständig ausgeglichen wird.⁹⁶

Die Anforderungen an einen **umfangs-, funktions- und zeitgleichen Ausgleich**⁹⁷ sind relativ hoch, so dass **im Einzelnen** zu prüfen ist, ob und inwieweit bereits im Vorfeld geschaffene Rückhalteräume hier verwendet und angerechnet werden können. Die Betrachtung ist im Rahmen des § 78 Abs. 5 Satz 1 Nr. 1a WHG deutlich lokaler als im Rahmen des § 77 Abs. 1 WHG, wo der Gesetzgeber nun ausdrücklich die Bevorratung von Rückhalteflächen geregelt hat. Dies spricht dafür, dass bei § 78 Abs. 5 Satz 1 Nr. 1a WHG auf im Vorfeld geschaffene Rückhalteräume nicht ohne Weiteres zurückgegriffen werden kann, da der umfangs- und funktionsgleiche Ausgleich im Regelfall nicht gegeben sein wird.⁹⁸

Wird an Stelle des verloren gegangenen Rückhalterausms ein unzureichender Ausgleich geschaffen, der weder von seiner Rückhaltekapazität noch von seiner Rückhaltefunktion einen angemessenen Ersatz für die preisgegebene Retentionsfläche bietet, kann von einem Ausgleich im Sinne dieser Regelung nicht gesprochen werden.⁹⁹

Zum Ausgleich des Rückhalterausms eignen sich Vertiefungen, Beseitigung von Hindernissen und dergleichen mehr.¹⁰⁰

Hinweis

Durch eine Berechnung ist im Einzelnen nachzuweisen, dass genauso viel Rückhalteraum ausgeglichen wird, wie durch die bauliche Anlage in Anspruch genommen wird. Es ist ein Vergleich anzustellen zwischen der Situation vorher und nachher, d. h. nach Errichtung der neuen baulichen Anlage. Die Voraussetzung wird für den Bauherrn leichter zu erfüllen sein, wenn das Grundstück bereits bebaut ist, als wenn es sich um ein völlig unbebautes Grundstück handelt, da es im ersten Fall bereits vorbelastet ist.

⁹⁶ Anders und entgegen des Wortlauts wohl *Hünnekens*, in: Landmann/Rohmer, Komm. z. WHG, Stand: Sep. 2019, § 78, Rdnr. 46.

⁹⁷ Die Forderung nach einem umfangs- und funktionsgleichen Retentionsausgleich ist war erst durch das Hochwasserschutzgesetz II eingefügt worden, galt aber nach allgemeiner Auffassung auch schon nach bisheriger Rechtslage, *Hünnekens*, in: Landmann/Rohmer, Komm. z. WHG, Stand: Sep. 2019, § 78, Rdnr. 46.

⁹⁸ Anders *Rossi*, in: Sieder/Zeitler/Dahme/Knopp, Komm. z. WHG, Stand: Juni 2018, § 78, Rdnr. 64.

⁹⁹ *Czychowski/Reinhardt*, Komm. z. WHG, 12. Auflage (2019), § 78, Rdnr. 59.

¹⁰⁰ *Rossi*, in: Sieder/Zeitler/Dahme/Knopp, Komm. z. WHG, Stand: Juli 2018, § 78, Rdnr. 107.

4. Restriktionen in Gebieten mit besonderen Anforderungen zum Hochwasserschutz

4.1. Restriktionen und Ausnahmemöglichkeiten in einem festgesetzten Überschwemmungsgebiet

4.1.7. Ausnahmeveraussetzungen

Wird der verlorengelassene Retentionsraum bereits im Rahmen der Genehmigung für die Ausweisung neuer Baugebiete nach § 78 Abs. 2 Satz 1 Nr. 5 WHG durch die Gemeinde ausgeglichen, ist zwar eine Ausnahmegenehmigung nach § 78 Abs. 5 Satz 1 Nr. 1a WHG erforderlich. Die Genehmigung ist aber in diesem Fall – sofern die übrigen Voraussetzungen vorliegen - zu erteilen. Schließlich liegt bei einem vorherigen Ausgleich kein Verlust mehr vor, der später ausgeglichen werden müsste.

Die nachteiligen Auswirkungen können durch Nebenbestimmungen ausgeglichen werden.

4.1.7.2.2. Keine nachteilige Veränderung des Wasserstandes und des Abflusses bei Hochwasser

In Bezug auf die Ausnahmeregelung, dass durch das Vorhaben der Wasserstand und der Abfluss bei Hochwasser nicht nachteilig verändert werden dürfen, kann auf die Erläuterungen zu § 78 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 WHG verwiesen werden (vgl. oben 4.1.5.4.). Es ist nicht erkennbar, weswegen der Gesetzgeber hier die Voraussetzungen vertauscht und diese auch sprachlich etwas anders gefasst hat. Inhaltliche Änderungen ergeben sich daraus nicht.

Entspricht
§ 78 Abs. 2 Satz 1 Nr.
4 WHG

4.1.7.2.3. Keine Beeinträchtigung des Hochwasserschutzes

Der Ausnahmetatbestand, dass durch das Vorhaben der **bestehende Hochwasserschutz nicht beeinträchtigt** werden darf, entspricht der Voraussetzung des § 78 Abs. 2 Satz 1 Nr. 6 WHG (vgl. oben 4.1.5.6.). Diese Vorschrift sichert – wie dort – den bislang erreichten Stand aller Hochwasserschutzmaßnahmen gegen die Beeinträchtigung durch neue bauliche Maßnahmen.

Entspricht
§ 78 Abs. 2 Satz 1 Nr.
6 WHG

4. Restriktionen in Gebieten mit besonderen Anforderungen zum Hochwasserschutz

4.1. Restriktionen und Ausnahmemöglichkeiten in einem festgesetzten Überschwemmungsgebiet

4.1.7. Ausnahmeveraussetzungen

4.1.7.2.4. Hochwasserangepasste Ausführung des Vorhabens

Eine weitere Ausnahmeveraussetzung sieht vor, dass das Vorhaben **hochwasserangepasst** ausgeführt werden muss. Diese Regelung entspricht der planungsbezogenen Anforderungen des § 78 Abs. 2 Nr. 9 WHG (vgl. oben 4.1.5.9.)

Entspricht
§ 78 Abs. 2 Nr. 9
WHG

Hinweis

Bei der Prüfung der Voraussetzungen nach § 78 Abs. 5 Nr. 1c) WHG ist **nur die bauliche Anlage** an sich in den Blick zu nehmen, **nicht auch die Erschließungswege**. Es kann im Einzelfall sein, dass etwa ein Wohnvorhaben auf einem Grundstück errichtet werden soll, welches aufgrund seiner Höhenlage nicht im Überschwemmungsgebiet liegt, die dahinführenden Erschließungswege jedoch vom Überschwemmungsgebiet erfasst sind. Dies ist kein Fall des § 78 Abs. 4 WHG. Dieser Umstand wäre allenfalls mit Blick auf § 34 Abs. 1 Satz 2 BauGB – die gesunden Wohn- und Arbeitsverhältnisse müssen gewahrt bleiben – relevant. Es ist bauplanungsrechtlich auch der Havariefall in die Betrachtung einzustellen.

In diesem Zusammenhang ist auch § 101 BbgWG zu prüfen.

§ 101 BbgWG

§ 101 BbgWG

Danach sind in Überschwemmungsgebieten Anlagen so zu errichten und zu betreiben, dass keine Gefahr der Verunreinigung von abfließendem Hochwasser besteht. Anlagen zur öffentlichen Wasserversorgung, Abwasserentsorgung und sonstige bauliche Anlagen sind gegen Auftrieb zu sichern. Das für die Wasserwirtschaft zuständige Mitglied der Landesregierung wird ermächtigt, durch Rechtsverordnung weitere Maßnahmen zu bestimmen und Vorschriften zu erlassen, soweit dies in einzelnen Überschwemmungsgebieten gemäß § 78 Abs. 5 WHG erforderlich ist.

4. Restriktionen in Gebieten mit besonderen Anforderungen zum Hochwasserschutz

4.1. Restriktionen und Ausnahmemöglichkeiten in einem festgesetzten Überschwemmungsgebiet

4.1.7. Ausnahmenvoraussetzungen

4.1.7.2.5. Ausgleich nachteiliger Auswirkungen durch Nebenbestimmungen

Alternativ zu dem Vorliegen der Voraussetzungen des § 78 Abs. 5 Satz 1 Nr. 1a bis 1d WHG kann eine Ausnahme nach § 78 Abs. 5 Nr. 2 WHG erteilt werden, sofern die nachteiligen Auswirkungen durch Nebenbestimmungen im Sinne des § 36 Abs. 2 VwVfG zur Baugenehmigung ausgeglichen werden können. Der Begriff der nachteiligen Auswirkungen ist in diesem Zusammenhang im Sinne eines weitreichenden Hochwasserschutzes zu verstehen.

**§ 78 Abs. 5 Satz 1
Nr. 1 bis 4 WHG:
Ausgleich durch
Nebenbestimmungen**

Der Gesetzgeber intendierte mit der Neustrukturierung des § 78 Abs. 5 Satz 1 WHG keine inhaltlichen Änderungen (dazu bereit unter 4.1.7.1.). In § 78 Abs. 3 WHG a. F. war es so, dass nach der Nennung der vier Voraussetzungen der Halbsatz folgte „oder wenn die nachteiligen Ausführungen durch Nebenbestimmungen ausgeglichen werden können.“ Nunmehr sind die Voraussetzungen unter einer eigenen Nummer (Nr. 1) genannt und unter Nr. 2 steht dann, dass die nachteiligen Auswirkungen durch Nebenbestimmungen ausgeglichen werden können. Der Gesetzgeber führt in der Gesetzesbegründung dazu Folgendes aus:

„Abs. 5 enthält die bisherigen Ausnahmeregelungen des Abs. 3 vom Bauverbot. Ergänzt wurde eine Regelung in Satz 2, die auch die nachbarschützende Wirkung des Bauverbotes vergleichbar wie in Absatz 2 Satz 2 festschreibt.“¹⁰¹

Daraus kann entnommen werden, dass der Gesetzgeber mit der Umstrukturierung keine inhaltlichen Änderungen verfolgte, sonst hätte er an dieser Stelle der Gesetzesbegründung eine Aussage getroffen.

Selbstverständlich kann der Nachweis der Einhaltung der Voraussetzungen durch Nebenbestimmungen geregelt und sichergestellt werden. Dies ist generell möglich. Die Gesetzesfassung, die den Anschein gibt, es handele sich um zwei unabhängig voneinander vorliegende Alternativen, ist insofern redaktionell missglückt. Es ist also vorrangig die Nr. 1 zu prüfen. Sollten die Voraussetzungen der Nummer 1 durch Nebenbestimmungen abgesichert werden, dürfen diese aber nicht hinter den Anforderungen der Nummer 1 zurückbleiben.

¹⁰¹ Begründung des Gesetzesentwurfes zum Hochwasserschutzgesetz II, BT-Drs. 18/10879, B. Besonderer Teil, Nr. 5 zu Abs. 5.

4. Restriktionen in Gebieten mit besonderen Anforderungen zum Hochwasserschutz

4.1. Restriktionen und Ausnahmemöglichkeiten in einem festgesetzten Überschwemmungsgebiet

4.1.8. Verbot weiterer Einzelmaßnahmen

4.1.8. Verbot weiterer Einzelmaßnahmen, § 78a WHG

Der Gesetzgeber hat in § 78a Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 bis 8 WHG **weitere Maßnahmen** in festgesetzten Überschwemmungsgebieten zu untersagt.

Weitere Verbote nach § 78a Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 bis 8 WHG

So sind folgende Maßnahmen verboten:

- die Errichtung von Mauern, Wällen oder ähnlichen Anlagen, die den Wasserabfluss behindern können,

Hinweis

Die Untersagung von Querbauten dient der Verhinderung von nachteiligen Beeinträchtigungen des Abflussverhaltens eines Hochwassers.

- das Aufbringen und Ablagern von wassergefährdenden Stoffen auf dem Boden, es sei denn, die Stoffe dürfen im Rahmen einer ordnungsgemäßen Land- und Forstwirtschaft eingesetzt werden,

Hinweis

Wassergefährdende Stoffe sind gemäß § 62 Abs. 3 WHG feste, flüssige und gasförmige Stoffe, die geeignet sind, dauernd oder in einem nicht nur unerheblichen Ausmaß nachteilige Veränderungen der Wasserbeschaffenheit herbeizuführen. Hierzu ist die Verordnung über Anlagen zum Umgang mit wassergefährdenden Stoffen (AwSV) ergangen. Schutzzweck der Vorschrift ist die Verhinderung von stofflichen Einträgen in das hochwasserführende Gewässer und in die überfluteten Flächen. Während das Aufbringen den Einsatz des Stoffs auf den Boden zwecks Einwirkung meint, betrifft das Ablagern nicht die Einwirkung, sondern das endgültige Entledigen des Stoffs.¹⁰² Die Vorschrift hat vor allem den Düngemittel- und Pflanzenschutzmitteleinsatz bei Gärtnerei, Land- und Forstwirtschaft im Auge. Ordnungsgemäß ist die Land- und Forstwirtschaft dann, wenn sie der guten fachlichen Praxis entspricht.¹⁰³

¹⁰² Rossi, in: Sieder/Zeitler/Dahme/Knopp, Komm. z. WHG., Stand: Juni 2018, § 78a, Rdnr. 10.

¹⁰³ Rossi, in: Sieder/Zeitler/Dahme/Knopp, Komm. z. WHG., Stand: Juni 2018, § 78a, Rdnr. 10, mit weiteren Hinweisen.

4. Restriktionen in Gebieten mit besonderen Anforderungen zum Hochwasserschutz

4.1. Restriktionen und Ausnahmemöglichkeiten in einem festgesetzten Überschwemmungsgebiet

4.1.8. Verbot weiterer Einzelmaßnahmen

- die Lagerung von wassergefährdenden Stoffen außerhalb von Anlagen,

Hinweis

Nr. 3 verbietet nur die Lagerung von wassergefährdenden Stoffen *außerhalb* von Anlagen und stellt damit klar, dass im Übrigen die Verordnung über Anlagen zum Umgang mit wassergefährdenden Stoffen (AwSV) gilt.¹⁰⁴

Die Neuregelung ist als Ergänzung zu § 50 Abs. 1 AwSV anzusehen, der die Anforderungen an Anlagen im Sinne von § 2 Abs. 9 AwSV in festgesetzten und vorläufig gesicherten Überschwemmungsgebieten festlegt.¹⁰⁵

- das Ablagern und das nicht nur kurzfristige Lagern von Gegenständen, die den Wasserabfluss behindern können oder die fortgeschwemmt werden können,

Hinweis

Es wird also nicht das „kurzfristige“, sondern das „nicht nur kurzfristige“ Lagern untersagt. Dies ist darauf zurückzuführen, dass das kurzfristige Lagern in einigen Fällen aus (arbeits-)technischer Sicht unvermeidbar ist und der Wortlaut diesem Umstand Rechnung trägt. Abgrenzungsschwierigkeiten können sich zu § 78a Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 WHG und § 78 Abs. 4 Satz 1 WHG ergeben, da das Lagern bzw. Ablagern von Gegenständen auch baurechtlich als Anlage erfasst werden kann, sofern es zumindest einen Zeitraum von mehr als drei Monaten umfasst.¹⁰⁶

Beispiel¹⁰⁷

Die **kurzfristige** Lagerung von Strohballen oder Baumstämmen im ÜSG kurz nach der Ernte bzw. Fällung fällt nicht unter das Verbot des § 78a Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 WHG. Diese sind nach § 78a

¹⁰⁴ Dazu Hofmann, ZfW 2018, 1 (12); Rossi, in: Sieder/Zeitler/Dahme/Knopp, Komm. z. WHG., Stand: Juni 2018, § 78a, Rdnr. 12.

¹⁰⁵ Rossi, in: Sieder/Zeitler/Dahme/Knopp, Komm. z. WHG., Stand: Juni 2018, § 78a, Rdnr. 13.

¹⁰⁶ Rossi, in: Sieder/Zeitler/Dahme/Knopp, Komm. z. WHG., Stand: Juni 2018, § 78a, Rdnr. 16.

¹⁰⁷ Nach BT-Drs. 18/12404, S. 16 (Einzelbegründung zu § 78a Abs. 3 WHG).

4. Restriktionen in Gebieten mit besonderen Anforderungen zum Hochwasserschutz

4.1. Restriktionen und Ausnahmemöglichkeiten in einem festgesetzten Überschwemmungsgebiet

4.1.8. Verbot weiterer Einzelmaßnahmen

Abs. 3 WHG im Fall unmittelbar bevorstehender Hochwassergefahr allerdings unverzüglich durch den Besitzer aus dem Gefahrenbereich zu entfernen. Auf eine Klärung der Eigentumslage kommt es nach dem eindeutigen Wortlaut der Norm dabei nicht an. Die Norm ist in § 103 Abs. 1 Nr. 17 WHG mit einem Ordnungswidrigkeitentatbestand hinterlegt.

- das Erhöhen oder Vertiefen der Erdoberfläche,

Hinweis

Eingriffe in die Geländetopografie durch Aufschüttungen oder Abgrabungen im Überschwemmungsgebiet bedingen gleichfalls Einschränkungen des Abflusses durch Verringerung des Abflussquerschnittes oder bergen durch Beeinträchtigungen der oberen Bodenschichten die Gefahr schädlicher Erosionen.¹⁰⁸

- das Anlegen von Baum- und Strauchpflanzungen, soweit diese den Zielen des vorsorgenden Hochwasserschutzes gemäß § 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. 6 WHG (Gewährleistung natürlicher und schadloser Abflussverhältnisse) und § 75 Abs. 2 WHG (Verringerung nachteiliger Hochwasserfolgen) entgegenstehen,

Hinweis

Das Pflanzen eines einzelnen Gehölzes wird vom Wortlaut und Schutzzweck der Norm nicht erfasst. Im Einzelfall ist abzuwägen, wie sich die geplante Vegetation auf den prognostizierten Hochwasserverlauf auswirkt und inwieweit sie mit den gesetzlichen Zielen des vorsorgenden Hochwasserschutzes vereinbar ist.¹⁰⁹

- die Umwandlung von Grünland in Ackerland,

¹⁰⁸ Czychowski/Reinhardt, Komm. z. WHG, 12. Auflage (2019), § 78a, Rdnr. 11.

¹⁰⁹ Czychowski/Reinhardt, Komm. z. WHG, 12. Auflage (2019), § 78a, Rdnr. 12.

4. Restriktionen in Gebieten mit besonderen Anforderungen zum Hochwasserschutz

4.1. Restriktionen und Ausnahmemöglichkeiten in einem festgesetzten Überschwemmungsgebiet

4.1.8. Verbot weiterer Einzelmaßnahmen

Hinweis

Dieses Verbot trägt der Erosionsneigung von Ackerböden Rechnung und soll einer Ausweitung entsprechend anfälliger Flächen entgegenwirken. Dem Umkehrschluss zu § 78a Abs. 5 Satz 4 (Gewährung einer Ausgleichsleistung unter Bezugnahme des § 52 Abs. 5 WHG) ist zu entnehmen, dass für das Verbot der ackerbaulichen Nutzung ein gesetzlicher Ausgleichsanspruch nicht besteht. Unerheblich ist auch, ob die Fläche vor dem aktuellen Grünlandcharakter früher schon ackerbaulich genutzt worden war.¹¹⁰

- die Umwandlung von Auwald in eine andere Nutzungsart.

Hinweis

Die besondere Bedeutung der Auenwälder rechtfertigt das Verbot ihrer Umwandlung in jeder anderen Nutzungsart. Auen leisten einen die nachteiligen Auswirkungen des Hochwassers begrenzenden Beitrag als natürliche Rückhalteräume für eine schadlose Ausbreitung des Wassers, indem sie insbesondere die Abflussspitzen flussabwärts vermindern.¹¹¹

Hinweis

Die Verbote des § 78a Abs. 1 Satz 1 Nr. 1-8 WHG sind unmittelbar geltendes Recht und für die jeweils angesprochenen Adressaten, Kommunen, Bauaufsichtsbehörden, Grundstückseigentümer, usw. ohne behördliche Konkretisierung verbindlich. Die Gewässeraufsicht kann Verstößen auf der Grundlage des § 100 Abs. 1 Satz 1 mit sonderordnungsrechtlichem Einschreiten begegnen.

Diese Verbote gelten nicht für Maßnahmen des Gewässerausbaus, des Baus von Deichen und Dämmen, der Gewässer- und Deichunterhaltung, des Hochwasserschutzes, einschließlich Maßnahmen zur Verbesserung oder Wiederherstellung des Wasserzuflusses oder des Wasserabflusses auf Rückhalteflächen, für Maßnahmen des Messwesens sowie für Handlungen, die für den Betrieb von zugelassenen Anlagen oder im Rahmen zugelassener Gewässerbenutzungen erforderlich sind (§ 78a Abs. 1 Satz 2 WHG).

¹¹⁰ Czychowski/Reinhardt, Komm. z. WHG, 12. Auflage (2019), § 78a, Rdnr. 13.

¹¹¹ Czychowski/Reinhardt, Komm. z. WHG, 12. Auflage (2019), § 78a, Rdnr. 14.

4. Restriktionen in Gebieten mit besonderen Anforderungen zum Hochwasserschutz

4.1. Restriktionen und Ausnahmemöglichkeiten in einem festgesetzten Überschwemmungsgebiet

4.1.8. Verbot weiterer Einzelmaßnahmen

Hinweis

Erfasst werden hier solche Verhaltensweisen und Zustände, die wesensmäßig mit den Belangen des Hochwasserschutzes in Einklang stehen und deren Vereinbarkeit mit den hochwasserrechtlichen Bestimmungen und Zielsetzungen im Rahmen eines wasserbehördlichen Zulassungsverfahrens geprüft und positiv festgestellt worden ist.¹¹² Diese Vorschrift hat die gleichen Intentionen wie § 78 Abs. 4 Satz 2 WHG.

Die Ausnahme nach § 78a Abs. 1 Satz 2 WHG für Handlungen, die für den Betrieb von zugelassenen Anlagen oder im Rahmen zugelassener Gewässerbenutzungen erforderlich sind, rechtfertigt sich daraus, dass im Rahmen jener Zulassungen auch die Vereinbarkeit mit den hochwasserschutzrechtlichen Vorschriften tatbestandlich zu prüfen ist oder über die allgemeine Formulierung der „öffentlich-rechtlichen Vorschriften“. Der Inhaber der Gestattung wird durch den behördlichen Zulassungsakt berechtigt, das Unternehmen oder die Benutzung ins Werk zu setzen. Dem steht nicht entgegen, dass die Behörde im Hochwasserfall auf ordnungsrechtlicher Grundlage (§ 100 Abs. 1 Satz 2 WHG) die Einstellung bestimmter Handlungen verlangen kann.¹¹³

Gemäß § 78a Abs. 2 WHG ist – wie bei der Bauleitplanung und der Zulassung baulicher Einzelmaßnahmen – auch bei den sonstigen Maßnahmen die **Erteilung einer Ausnahme** vorgesehen. Eine Ausnahme kann erteilt werden, wenn

Ausnahme und Voraussetzungen für Ausnahme

- Belange des Wohls der Allgemeinheit dem nicht entgegenstehen,

Hinweis

Der Begriff ist in diesem Regelungskontext allgemein zu verstehen und nicht auf dessen hochwasserspezifische Elemente zu reduzieren.

- der Hochwasserabfluss und die Hochwasserrückhaltung nicht wesentlich beeinträchtigt werden und

¹¹² Czychowski/Reinhardt, Komm. z. WHG, 12. Auflage (2019), § 78a, Rdnr. 16.

¹¹³ Czychowski/Reinhardt, Komm. z. WHG, 12. Auflage (2019), § 78a, Rdnr. 28; Rossi, in: Sieder/Zeidler/Dahme/Knopp, Komm. z. WHG., Stand: Juni 2018, § 78a, Rdnr. 16.

4. Restriktionen in Gebieten mit besonderen Anforderungen zum Hochwasserschutz

4.1. Restriktionen und Ausnahmemöglichkeiten in einem festgesetzten Überschwemmungsgebiet

4.1.8. Verbot weiterer Einzelmaßnahmen

Hinweis

Die Voraussetzung, dass der Hochwasserabfluss und die Hochwasserrückhaltung nicht wesentlich beeinträchtigt werden, entspricht inhaltlich der Regelung des § 78 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 und 5 WHG.

- eine Gefährdung von Leben oder Gesundheit oder erhebliche Sachschäden nicht zu befürchten sind

Hinweis

Diese Regelung greift sachlich die Regelungen des § 78 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 WHG auf. Die sprachlichen Abweichungen dürften keine inhaltlichen Änderungen zur Folge haben.

oder

- wenn die nachteiligen Auswirkungen durch Nebenbestimmungen ausgeglichen werden können (dazu bereits unter 4.1.7.2.5.).

Die Zulassung kann – auch nachträglich – mit Nebenbestimmungen versehen oder widerrufen werden. Bei der Prüfung der Voraussetzungen „keine wesentliche Beeinträchtigung von Hochwasserabfluss bzw. Hochwasserrückhaltung“ und „Gefährdung von Leben Gesundheit oder erhebliche Sachschäden“ sind auch die **Auswirkungen auf die Nachbarschaft zu berücksichtigen**. Insoweit besteht Drittschutz (dazu bereits unter 4.1.7.1. und unter 4.1.4.4.). Die Berücksichtigungspflicht ist jedoch insoweit beschränkt, als sie lediglich für die Prüfung der Voraussetzungen des § 78a Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 und 3 WHG gilt. Dies ist sachgerecht, da die nach Satz 1 Nr. 1 zu prüfenden Belange des Wohls der Allgemeinheit schon ihrem Wesen nach keinen hinreichenden Anknüpfungspunkt für die Annahme subjektiver Rechte des Einzelnen bieten.¹¹⁴ Durch die Bezugnahme auf den Hochwasserabfluss und die Hochwasserrückhaltung nach Satz 1 Nr. 2 wird die Prognose des Überschwemmungsverhaltens in der betroffenen Fläche sowie eine konkrete Zuordnung zu den hiervon betroffenen Grundstücken möglich und damit eine

Drittschutz

¹¹⁴ § 78a Nr. 34: Die Bezugnahme des Satzes 3 auf den Satz 1 Nr. 2 und 3 ermöglicht eine präzise Eingrenzung des Nachbarschutzes als dies im Rahmen der allgemein gehaltenen Drittschutzklausel des § 78 WHG der Fall ist.

4. Restriktionen in Gebieten mit besonderen Anforderungen zum Hochwasserschutz

4.1. Restriktionen und Ausnahmemöglichkeiten in einem festgesetzten Überschwemmungsgebiet

4.1.8. Verbot weiterer Einzelmaßnahmen

Identifizierung des insoweit zu schützenden Nachbarn erleichtert. Zudem knüpfen die Ziele des § 78a Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 WHG an bestimmte grundrechtliche Schutzpflichten, die den individuellen Grundrechtsträgern zuzuordnen sind.¹¹⁵ Zudem wird eine Erheblichkeitsschwelle normiert, die den Drittschutz im Rahmen des Satzes 1 Nr. 2 nur bei wesentlichen Beeinträchtigungen begründet und im Rahmen des Satzes 1 Nr. 3 lediglich erhebliche Sachschäden in den Schutzrahmen aufnimmt.¹¹⁶

§ 78a Abs. 3 WHG regelt im Hinblick auf das nach § 78a Abs. 1 Nr. 4 WHG unter engen Voraussetzungen zulässige *kurzfristige* Lagern von Gegenständen, dass diese *unverzüglich* aus dem Gefahrenbereich entfernt werden müssen. Dadurch sollen insbesondere **kurzfristige Lagerungen**, die z. B. **aus arbeitstechnischen Gründen erforderlich** sind, grundsätzlich ermöglicht werden.

Kurzfristiges Lagern von Gegenständen und Entfernungspflicht

Für den Gefahrenbegriff ist nicht eine nur abstrakte Gefahr ausreichend, sondern die im Einzelfall hinreichende Wahrscheinlichkeit, dass die Grundstücke, auf denen die Gegenstände gelagert oder abgelagert sind, kurzfristig überflutet zu werden drohen. Eine genaue zeitliche Vorgabe besteht nicht, doch ist nach dem Sinn der Regelung so rechtzeitig mit der Bergung der Gegenstände zu beginnen, dass diese bei Eintreffen des Wassers vollständig entfernt sind.

Die Notpflicht trifft den Besitzer, d. h. den Inhaber der tatsächlichen Sachherrschaft über die zu entfernenden Gegenstände, der als Verursacher der Gefahr gesetzlich verantwortlich gemacht wird. In Betracht kommt nach allgemeinen gefahrabwehrrechtlichen Maßstäben aber auch die Inanspruchnahme des Grundstückseigentümers, ggf. auch weiterer unbeteiligter Personen als Zustands- oder Nichtstörer. Die Verpflichtung besteht unmittelbar von Gesetzes wegen und bedarf daher nicht erst der konstitutiven Anordnung durch die zuständige Behörde. Bei Weigerung ist sonderordnungsbehördliches Vorgehen gegen die Besitzer einschließlich der Durchsetzung mittels Verwaltungszwangs zulässig.¹¹⁷

¹¹⁵ Czychowski/Reinhardt, Komm. z. WHG, 12. Auflage (2019), § 78a, Rdnr. 35.

¹¹⁶ Czychowski/Reinhardt, Komm. z. WHG, 12. Auflage (2019), § 78a, Rdnr. 36.

¹¹⁷ Czychowski/Reinhardt, Komm. z. WHG, 12. Auflage (2019), § 78a, Rdnr. 40.

- 4. **Restriktionen in Gebieten mit besonderen Anforderungen zum Hochwasserschutz**
 - 4.1. Restriktionen und Ausnahmemöglichkeiten in einem festgesetzten Überschwemmungsgebiet
 - 4.1.9. Spezielle Regelungen für Heizölverbraucheranlagen in festgesetzten Überschwemmungsgebieten (§ 78c Abs. 1, 3 WHG)
-

4.1.9. Spezielle Regelungen für Heizölverbraucheranlagen in festgesetzten Überschwemmungsgebieten (§ 78c Abs. 1, 3 WHG)

Neu in das WHG eingefügt ist § 78c WHG¹¹⁸. Diese Vorschrift normiert Regelungen zu Heizölverbraucheranlagen in festgesetzten oder vorläufig gesicherten Überschwemmungsgebieten und in Risikogebieten außerhalb festgesetzter Überschwemmungsgebiete. § 78c WHG ergänzt die besonderen Hochwasserschutzvorschriften der §§ 78 ff. WHG um den speziellen Aspekt von Heizölverbraucheranlagen.

Heizölverbraucheranlagen

Der Gesetzgeber hat den Begriff der Heizölverbraucheranlage in § 78c WHG nicht näher definiert. Im Sinne eines einheitlichen Verständnisses der Begriffe im Wasserrecht ist der Begriff der Heizölverbraucheranlage in § 78c WHG i. S. d. § 2 Abs. 11 der Verordnung über Anlagen zum Umgang mit wassergefährdenden Stoffen (AwSV) zu verstehen. Danach sind der Brenner und der zugehörige Heizöltank jeweils als Anlage anzusehen (siehe § 2 Abs. 11 AwSV: „Heizölverbraucheranlagen sind *Lageranlagen* und *Verwendungsanlagen* (...)*“*. Der Begriff „Heizölverbraucheranlage“ umfasst damit alle Heizöltanks sowie in bestimmten Bereichen zusätzlich auch die Brenner. Da § 62 Abs. 1 WHG nur für Verwendungsanlagen im Bereich der gewerblichen Wirtschaft und öffentlicher Einrichtungen Anwendung findet, sind die privaten Brenner aus der Begriffsbestimmung „Heizölverbraucheranlagen“ in § 2 Abs. 11 AwSV ausgenommen. Dies gilt somit auch für § 78c WHG.¹¹⁹

Hinweis

Das Bundesministerium für Umwelt hat hierzu „Hinweise zur Anwendung der Regelungen des Hochwasserschutzgesetzes II zu Heizölverbraucheranlagen (§ 78c WHG)“ vom 12.4.2018 herausgegeben¹²⁰. Diese enthalten weiterführende Vollzugshinweise.

Begriffsklärung

¹¹⁸ Näher dazu auch die Hinweise des BMU zur Anwendung der Regelungen des Hochwasserschutzgesetzes II zu Heizölverbraucheranlagen (§ 78c WHG) vom 12.4.2018; https://www.bmu.de/fileadmin/Daten_BMU/Download_PDF/Binnengewasser/hochwasserschutzgesetz_ii_heizolverbraucheranlagen_bf.pdf.

¹¹⁹ Hinweise des BMU zur Anwendung der Regelungen des Hochwasserschutzgesetzes II zu Heizölverbraucheranlagen (§ 78c WHG) vom 12.4.2018, S. 3; https://www.bmu.de/fileadmin/Daten_BMU/Download_PDF/Binnengewasser/hochwasserschutzgesetz_ii_heizolverbraucheranlagen_bf.pdf.

¹²⁰ Unter https://www.bmu.de/fileadmin/Daten_BMU/Download_PDF/Binnengewasser/hochwasserschutzgesetz_ii_heizolverbraucheranlagen_bf.pdf abrufbar.

- 4. Restriktionen in Gebieten mit besonderen Anforderungen zum Hochwasserschutz**
- 4.1. Restriktionen und Ausnahmemöglichkeiten in einem festgesetzten Überschwemmungsgebiet
- 4.1.9. Spezielle Regelungen für Heizölverbraucheranlagen in festgesetzten Überschwemmungsgebieten (§ 78c Abs. 1, 3 WHG)
-

Grundsätzlich ist zwischen *neuen* und *bestehenden* Anlagen zu unterscheiden, wobei das Gesetz – abhängig von der Belegenheit des Grundstücks – differenzierende Regelungen bzw. Stichtage enthält. Zudem sind „wesentliche Änderungen“ zu betrachten.

4.1.9.1. Neue Anlagen

Die Errichtung neuer Heizölverbraucheranlagen in festgesetzten und vorläufig gesicherten **Überschwemmungsgebieten** ist *verboten*. Es handelt sich um ein repressives Verbot. Dieses geht der Regelung in § 50 AwSV¹²¹ vor, die nur für Überschwemmungsgebiete gilt.¹²² „Neu“ in diesem Sinne ist eine Heizölverbraucheranlage auch dann, wenn sie eine „alte“ Bestandsanlage ersetzt.¹²³

Verbot der Errichtung neuer Anlagen

Die zuständige Behörde kann aber auf Antrag **Ausnahmen** von dem Verbot zulassen, wenn keine anderen weniger wassergefährdenden Energieträger zu wirtschaftlich vertretbaren Kosten zur Verfügung stehen und die Heizölverbraucheranlage außerdem hochwassersicher errichtet wird. Bei dem wirtschaftlichen Kostenvergleich ist ein objektiver Maßstab anzulegen¹²⁴; auf den konkreten Nutzer kommt es nicht an.

Ausnahmen

Gegenüber dem Einsatz von Heizöl sind zum Beispiel die Nutzung der Sonnen- oder Windenergie, Erdgas bzw. Flüssiggas oder Holzpellets weniger wassergefährdende Energieträger.¹²⁵ Bei dem Begriff der „wirtschaftlich vertretbaren Kosten“ ist **nicht auf die persönliche Leistungsfähigkeit, sondern auf die Leistungsfähigkeit eines Durchschnittsmenschen** abzustellen. Es handelt sich um eine rein objektbezogene Betrachtungsweise, bei der auch der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu beachten ist.¹²⁶

¹²¹ § 50 Abs. 1 AwSV: „Anlagen dürfen in festgesetzten und vorläufig gesicherten Überschwemmungsgebieten im Sinne des § 76 des Wasserhaushaltsgesetzes oder nach landesrechtlichen Vorschriften nur errichtet und betrieben werden, wenn wassergefährdende Stoffe durch Hochwasser nicht abgeschwemmt oder freigesetzt werden und auch nicht auf eine andere Weise in ein Gewässer oder eine Abwasserbehandlungsanlage gelangen können.“

¹²² Hofmann, ZfW 2018, 1 ff. (15).

¹²³ Hofmann, ZfW 2018, 1 ff. (15).

¹²⁴ Hofmann, ZfW 2018, 1 ff. (15).

¹²⁵ Hinweise des BMU zur Anwendung der Regelungen des Hochwasserschutzgesetzes II zu Heizölverbraucheranlagen (§ 78c WHG, unter 3.).

¹²⁶ Hinweise des Bundesministeriums für Umwelt, Naturschutz und nukleare Sicherheit vom 12.4.2018,

4. Restriktionen in Gebieten mit besonderen Anforderungen zum Hochwasserschutz

- 4.1. Restriktionen und Ausnahmemöglichkeiten in einem festgesetzten Überschwemmungsgebiet
 - 4.1.9. Spezielle Regelungen für Heizölverbraucheranlagen in festgesetzten Überschwemmungsgebieten (§ 78c Abs. 1, 3 WHG)
-

Zudem wird der Behörde, die über den Antrag entscheidet, ein Versagungsermessen („kann“) eingeräumt. Angesichts der engen tatbestandlichen Voraussetzungen, die für eine hochwassersichere Ausführung der Heizölverbraucheranlage Sorge tragen, und der eigentumsrelevanten Wirkung ist der praktische administrative Entscheidungsspielraum allerdings vergleichsweise gering.¹²⁷

Versagungsermessen seitens der Behörde

4.1.9.2. Bestandsanlagen

Heizölverbraucheranlagen, die am **5. Januar 2018** in festgesetzten oder in vorläufig gesicherten **Überschwemmungsgebieten** vorhanden sind, sind gemäß § 78c Abs. 3 Satz 1 WHG vom Betreiber bis zum 5. Januar 2023 nach den allgemein anerkannten Regeln der Technik hochwassersicher nachzurüsten. Eine Ausnahmeregelung ist hierfür nicht gesetzlich vorgesehen.

Nachrüstung von Bestandsanlagen

Durch § 103 Abs. 1 Nr. 18, 19 WHG sind die Bestimmungen über Heizölverbraucheranlagen auch mit einem **Ordnungswidrigkeitentatbestand** hinterlegt.

4.1.9.3. Wesentliche Änderungen von vorhandenen Anlagen

Den Begriff der wesentlichen Änderungen in § 78c Abs. 3 Satz 3 WHG hat der Gesetzgeber nicht definiert. Hierzu kann auf die Hinweise des Bundesministeriums für Umwelt, Naturschutz und nukleare Sicherheit zur Anwendung der Regelungen des Hochwasserschutzgesetzes II zu Heizölverbraucheranlagen (§ 78a WHG) zurückgegriffen werden. Entsprechend den Überlegungen zum Begriff „Heizölverbraucheranlage“ ist danach auch hier die Begriffsbestimmung aus der AwSV heranzuziehen. Nach § 2 Abs. 31 AwSV sind „Wesentliche Änderungen“ einer Anlage „Maßnahmen, die die baulichen oder sicherheitstechnischen Merkmale der Anlage verändern.“ Maßnahme der Instandhaltung und der Instandsetzung stellen damit grundsätzlich keine wesentlichen Änderungen dar. Eine wesentliche Änderung liegt bei Heizölverbraucheranlagen insbesondere vor, wenn ein oberirdischer Tank durch einen nicht bau- oder

unter 3; Rossi, in: Sieder/Zeitler/Dahme/Knopp, Komm. z. WHG, Stand: Juli 2018, § 78c, Rdnr. 12; anders Czychowski/Reinhardt, Komm. zum WHG, 12. Auflage (2019), § 78c, Rdnr. 10.
¹²⁷ Czychowski/Reinhardt, Komm. zum WHG, 12. Auflage (2019), § 78c, Rdnr. 13.

4. Restriktionen in Gebieten mit besonderen Anforderungen zum Hochwasserschutz

- 4.1. Restriktionen und Ausnahmemöglichkeiten in einem festgesetzten Überschwemmungsgebiet
 - 4.1.9. Spezielle Regelungen für Heizölverbraucheranlagen in festgesetzten Überschwemmungsgebieten (§ 78c Abs. 1, 3 WHG)
-

typengleichen oberirdischen Tank ersetzt wird. Wird dagegen ein oberirdischer Tank durch einen bau- oder typengleichen Tank ersetzt, handelt es sich zwar um die Änderung einer Anlage, die aber nicht wesentlich ist, da weder ein bauliches, noch ein sicherheitstechnisches Merkmal verändert worden ist.

Wird bei einer bis zum 1. August 2017 bereits errichteten Heizölverbraucheranlage ein alter Tank gegen einen neuen baugleichen ausgetauscht, muss der neue Tank ohnehin nach § 68 Abs. 7 AwSV in vollem Umfang den Anforderungen der AwSV und damit auch den Anforderungen an die Hochwassersicherheit von Anlagen in festgesetzten und vorläufig gesicherten Überschwemmungsgebieten nach § 50 AwSV entsprechen. Der Ersatz eines sanierungsbedürftigen, nicht hochwassersicheren Tanks gegen einen neuen, der wiederum nicht hochwassersicher ist, ist damit nicht möglich.¹²⁸

¹²⁸ Hinweise des BMU zur Anwendung der Regelungen des Hochwasserschutzgesetzes II zu Heizölverbraucheranlagen (§ 78c WHG, unter 3.), mit weiteren Erläuterungen.

4. Restriktionen in Gebieten mit besonderen Anforderungen zum Hochwasserschutz

4.2. Überschwemmungsgebiete nach § 76 Abs. 1 WHG

4.2.1. Lage der Fläche im Überschwemmungsgebiet nach § 76 Abs. 1 WHG

4.2. Überschwemmungsgebiete nach § 76 Abs. 1 WHG

Für Flächen in den sonstigen Überschwemmungsgebieten – also solchen nach § 76 Abs. 1 WHG, die nicht oder noch nicht nach § 76 Abs. 2 WHG festgesetzt oder vorläufig gesichert sind – gelten die strengen Planungs- und Bau- und Maßnahmenverbote nach § 78, 78a WHG nicht. Hier ist allerdings **§ 77 WHG** zu beachten.

Rückhalteflächen, Bevorratung

„(1) Überschwemmungsgebiete im Sinne des § 76 sind in ihrer Funktion als Rückhalteflächen zu erhalten. Soweit überwiegende Gründe des Wohls der Allgemeinheit dem entgegenstehen, sind rechtzeitig die notwendigen Ausgleichsmaßnahmen zu treffen. Ausgleichsmaßnahmen nach Satz 2 können auch Maßnahmen mit dem Ziel des Küstenschutzes oder des Schutzes vor Hochwasser sein,

1. die zum Zweck des Ausgleichs künftiger Verluste an Rückhalteflächen getroffen werden oder
2. zugleich als Ausgleichs- oder Ersatzmaßnahme nach § 15 Absatz 2 des Bundesnaturschutzgesetzes dienen oder nach § 16 Absatz 1 des Bundesnaturschutzgesetzes anzuerkennen sind.

(2) Frühere Überschwemmungsgebiete, die als Rückhalteflächen geeignet sind, sollen so weit wie möglich wiederhergestellt werden, wenn überwiegende Gründe des Wohls der Allgemeinheit dem nicht entgegenstehen.“

4.2.1. Lage der Fläche im Überschwemmungsgebiet nach § 76 Abs. 1 WHG

Die zuständige Wasserbehörde hat zunächst zu ermitteln, ob es sich bei der Fläche um ein (nicht oder noch nicht festgesetztes bzw. vorläufig gesichertes) Überschwemmungsgebiet gemäß § 76 Abs. 1 WHG handelt. Hierzu wird auf die Ausführungen in Kap. 3, unter 3.2.3. verwiesen.

4. Restriktionen in Gebieten mit besonderen Anforderungen zum Hochwasserschutz

4.2. Überschwemmungsgebiete nach § 76 Abs. 1 WHG

4.2.2. Restriktionen in Überschwemmungsgebieten nach § 76 Abs. 1 WHG

4.2.2. Restriktionen in Überschwemmungsgebieten nach § 76 Abs. 1 WHG

Ausgangspunkt der Anwendung des § 77 WHG ist der Begriff „Rückhaltefläche“.

Begriff „Rückhaltefläche“

Was sind Rückhalteflächen?

Rückhalteflächen sind alle Räume eines Überschwemmungsgebiets (§ 76 Abs. 1 WHG), die bei Überschwemmungen aufgrund ihrer topographischen Beschaffenheit Wasser zurückhalten, sammeln oder schadlos abfließen lassen, unabhängig davon, ob sie durch die natürliche Geländetopographie oder durch bauliche oder sonstige Maßnahmen entstanden sind. Sie sollen dem Hochwasser den nötigen Raum zur Ausbreitung geben, so dass bebaute Flächen von Hochwasser verschont werden. Die Charakterisierung einer Rückhaltefläche knüpft allein an die objektive Eignung, nicht hingegen an eine subjektive Bestimmung an. Konkret sind es regelmäßig die tieferliegenden und deshalb überschwemmbareren Grundstücke, sofern sie frei von Bebauung sind. Einzelne bauliche Anlagen stehen der Eignung von Überschwemmungsgebieten als Rückhalteflächen allerdings nicht per se entgegen.¹²⁹

Rückhalteflächen sollen dem Hochwasser den nötigen Raum zur Ausbreitung geben, sodass bebaute Flächen von Hochwasser verschont bleiben.¹³⁰ Die Begriffsdefinition knüpft an die objektive Eignung der Fläche, nicht an die subjektive Zwecksetzung an.

Objektive Eignung maßgeblich

Hinweis

Die räumliche Ausdehnung der Rückhaltefläche lässt sich am ehesten aus den Hochwassergefahrenkarten erkennen, die in der Regel auf hydraulischen Modellen basieren.

Insofern stellt sich die Frage, ob hier auf Extremereignisse abzustellen ist oder auf mittlere bzw. niedrigere Wiederkehrwahrscheinlichkeiten. Eine bindende gesetzliche Vorgabe hierzu gibt es nicht. Entscheidend für die Beantwortung dieser Frage **ist die Sicherungsfunktion**. In der

Räumliche Abgrenzung grundsätzlich durch HQ₁₀₀

¹²⁹ Definition bei *Rossi*, in: Sieder/Zeitler/Dahme/Knopp, Komm. z. WHG, Stand: Juli 2018, § 77, Rdnr. 7.

¹³⁰ VG Hannover, Beschl. v. 10.1.2012 - 4 B 5078/11 -, Rdnr. 46 (zitiert nach juris).

4. Restriktionen in Gebieten mit besonderen Anforderungen zum Hochwasserschutz

4.2. Überschwemmungsgebiete nach § 76 Abs. 1 WHG

4.2.2. Restriktionen in Überschwemmungsgebieten nach § 76 Abs. 1 WHG

Kommentarliteratur wird die – überzeugende – Auffassung vertreten, bei der räumlichen Erstreckung der Rückhalteflächen **grundsätzlich auf HQ₁₀₀ abzustellen**.¹³¹ HQ₁₀₀ ist der Mindestmaßstab, nach dem der Gesetzgeber Gebiete gemäß § 76 Abs. 2 WHG als besonders schützenswert angesehen hat. Dass der Hochwasserabfluss im Einzelfall – etwa bei Extremereignissen – auch höher ausfallen kann und deshalb ein größeres Gebiet mit Rückhaltefunktion betroffen sein kann, bleibt bei § 76 Abs. 2 Satz 1 WHG wie bei § 77 WHG außer Betracht, da von der Sicherungsvorschrift (§ 77 WHG) grundsätzlich¹³² kein weiterer Schutz verlangt werden könne, als von der zu sichernden Bestimmung (§ 76 Abs. 2 WHG).¹³³ Somit ist § 77 WHG systematisch, d. h. auch mit Blick auf § 76 Abs. 2 WHG auszulegen.

Hinweis

Die grundsätzliche Rückführung der Reichweite des § 77 WHG auf ein Hochwasserereignis HQ₁₀₀ führt zu dem Ergebnis, dass die in Kap. 3, 3.2.2. aufgezeigte Weite des § 76 Abs. 1 WHG auf eine praktikable und verhältnismäßige Bestimmung der räumlichen Auswirkung dieser Vorschrift zurückgeführt wird. Der Begriff der „Rückhaltefläche“ ermöglicht dies innerhalb der Systematik der §§ 76 Abs. 1, 77 WHG. Eine Schutzlücke besteht nicht, da nun durch § 78b WHG (Risikogebiete außerhalb von Überschwemmungsgebieten) eine Schutzkategorie zur Verfügung steht, die sowohl eine Rückbindung an HQ₂₀₀ aufweist als auch materielle Schutzstandards. Dennoch ist darauf hinzuweisen, dass die Rechtsprechung sich hierzu noch nicht eindeutig positioniert hat.

Beispiel

Der *Bayerische Verwaltungsgerichtshof* hat in einer Entscheidung vom 14. Dezember 2016, in der es um einen Normenkontrollantrag gegen einen Bebauungsplan ging, folgendes ausgeführt: „Ein sonstiger Ermittlungsfehler (§ 2 Abs. 3 BauGB) oder Abwägungsfehler (§ 1 Abs. 7 BauGB) ist in Bezug auf die Belange des Hochwasserschutzes nicht ersichtlich. Bei der Abwägung mit den Belangen des Hochwasserschutzes gemäß § 1 Abs. 7, § 1 Abs. 6 Nr. 12 BauGB sind primär die

¹³¹ Rossi, in: Sieder/Zeitler/Dahme/Knopp, Komm. z. WHG, Stand: Juli 2018, § 77, Rdnr. 8; Czychowski/Reinhardt, Komm. z. WHG, 12. Auflage (2019), § 77, Rdnr. 3.

¹³² Wegen des Gleichlaufs beider Vorschriften soll nach dieser Auffassung aber ausnahmsweise ein größeres Gebiet in Anspruch genommen werden können, wenn – wie bei § 76 Abs. 2 Nr. 2 WHG – die Fläche gerade als Entlastungsraum bei Extremereignissen benötigt wird; vgl. Rossi, in: Sieder/Zeitler/Dahme/Knopp, Komm. z. WHG, Stand: Juli 2008, § 77, Rdnr. 8.

¹³³ Rossi, in: Sieder/Zeitler/Dahme/Knopp, Komm. z. WHG, Stand: Juli 2018, § 77, Rdnr. 8.

4. Restriktionen in Gebieten mit besonderen Anforderungen zum Hochwasserschutz

4.2. Überschwemmungsgebiete nach § 76 Abs. 1 WHG

4.2.2. Restriktionen in Überschwemmungsgebieten nach § 76 Abs. 1 WHG

aus der fachlichen Praxis hervorgegangenen gesetzlichen Wertungen, wonach auf ein Hochwasserereignis abzustellen ist, das statistisch in einmal in 100 Jahren zu erwarten ist, in den Blick zu nehmen. Soweit es bei Umsetzung eines Bebauungsplanes nicht zu einem Verlust von Rückhalteflächen bei einem hundertjährlichen Hochwasserereignis kommt, darf die planende Gemeinde ohne weitere Ermittlungs- bzw. Berücksichtigungsobliegenheiten abwägungsfehlerfrei davon ausgehen, dass der Planung keine Belange des Hochwasserschutzes gemäß § 1 Abs. 6 Nr. 12 BauGB, § 77 i. V. m. § 76 WHG entgegenstehen. [...] Es ist daher sachgerecht, dass sich die Antragsgegnerin bei der Abwägung ausschließlich auf die Betrachtung und Bewertung eines hundertjährlichen Hochwassers (HQ₁₀₀) beschränkt hat. Es ist weder geboten ein HQ_{extrem} (sog. Jahrtausendhochwasser) noch eine Hochwasserlage zwischen HQ₁₀₀ und HQ_{extrem} vertieft in die Abwägung einzustellen. [...] ¹³⁴

4.2.2.1. Bauleitplanung

Neben allgemeinen planungsrechtlichen Grundsätzen (→ vgl. Kap. 5, 5.1.1.) ist in Überschwemmungsgebieten § 77 WHG (**Erhaltungsgebot**) zu berücksichtigen. Nach § 77 WHG sind Überschwemmungsgebiete in ihrer Funktion als **Rückhalteflächen** zu erhalten. Frühere Überschwemmungsgebiete, die als Rückhalteflächen geeignet sind, *sollen* so weit wie möglich wiederhergestellt werden, wenn überwiegende Gründe des Wohls der Allgemeinheit nicht entgegenstehen.

Erhaltungs- und Wiederherstellungsgebot

4.2.2.1.1. Abwägung

Ausnahmsweise kann eine Funktionsminderung oder gar ein Funktionsverlust gerechtfertigt sein, wenn dem Erhalt **überwiegende Gründe des Wohls der Allgemeinheit** entgegenstehen. Überwiegende Allgemeinwohlgründe sind solche öffentlichen Belange, die wegen ihrer zentralen Bedeutung für das jeweilige Gebiet, diejenigen des Hochwasserschutzes an Wichtigkeit noch übertreffen. Solche Belange können z.B. Wohnbesiedlung, Industrieansiedlung, Entstehung von Verkehrsinfrastruktur sowie die Sicherung und Schaffung von Arbeitsplätzen sein, wobei anhand der jeweiligen konkreten Gegebenheiten geprüft werden

Ausnahme (Gründe des Wohls der Allgemeinheit überwiegen)

¹³⁴ BayVGh, Urt. v. 14.12.2016 – 15 N 15.1201 -, Rdnr. 54 (zitiert nach juris).

4. Restriktionen in Gebieten mit besonderen Anforderungen zum Hochwasserschutz

4.2. Überschwemmungsgebiete nach § 76 Abs. 1 WHG

4.2.2. Restriktionen in Überschwemmungsgebieten nach § 76 Abs. 1 WHG

muss, ob diese Belange den wichtigen Belang des Hochwasserschutzes tatsächlich überwiegen.

Hinweis

Die Gewichtigkeit des Belangs „Hochwasserschutz“ kann dadurch verstärkt sein, dass anhand der vorliegenden fachlichen Hintergrunddokumente zu erwarten ist, dass das Überschwemmungsgebiet zukünftig als Überschwemmungsgebiet gemäß § 76 Abs. 2 WHG, § 100 BbgWG festgesetzt werden wird.

Für ein Überwiegen der Gründe des Allgemeinwohls ist aber nicht erforderlich, dass das Vorhaben, zu dessen Vorteil die Rückhalteflächen beeinträchtigt oder beseitigt werden sollen, nur an diesem Standort verwirklicht werden kann. Alternativlosigkeit ist nicht gefordert. Andererseits müssen die der Erhaltung des Überschwemmungsgebietes nach § 76 Abs. 1 WHG entgegenstehenden Gründe des Allgemeinwohls das Bestandsinteresse nicht nur leicht, sondern **deutlich überwiegen**.¹³⁵ Die Gründe müssen im Ergebnis so sein, dass sie diejenigen des Hochwasserschutzes an Bedeutung deutlich übertreffen¹³⁶. Überschwemmungsgebiete dürfen nicht schon dann in ihrer Funktion beseitigt werden, wenn andernfalls das Wohl der Allgemeinheit **beeinträchtigt** ist, sondern nur dann, wenn einem Erhalt des Überschwemmungsgebietes überwiegende Gründe des Wohls der Allgemeinheit **entgegenstehen**.¹³⁷ Damit hat der Gesetzgeber ersichtlich auf die Vorschrift des § 35 Abs. 1 BauGB Bezug genommen, wo dieser Begriff das deutliche Übergewicht des konkurrierenden Belanges verlangt.¹³⁸

Keine Alternativlosigkeit, aber hohe Anforderungen an das relative Gewicht des Allgemeinwohlgrundes

Die Gewichtigkeit des erforderlichen Gemeinwohlgrundes muss zudem von dem Ausmaß abhängig gemacht werden, in dem die Rückhaltefläche in ihrer Funktion gemindert oder gar beseitigt werden soll. In erster Linie werden aber solche Gründe in Betracht kommen, die nach § 1 Abs. 6 und § 1a BauGB bei der Bauleitplanung in die planerische Abwägung einzustellen sind.

Maß der Flächeninanspruchnahme

¹³⁵ Nds.OVG, Urt. v. 23.4.2008 – 1 KN 113/06 –, Rdnr. 45, (zitiert nach juris); *Hünnekens*, in Landmann/Rohmer, Komm. z. WHG, Stand: Sep. 2019, § 77, Rdnr. 9.

¹³⁶ BayVGh, Urt. v. 27.4.2004 – 26 N 02.2437 –, NuR 2005, 109; BayVGh, Beschl. v. 29.9.2004 – 15 ZB 02.2958 –, DÖV 2005, 164; BayVGh, Beschl. v. 10.10.2016 – 1 NE 16.1765 –, Rdnr. 9 (zitiert nach juris);

¹³⁷ BayVGh, Beschl. v. 29.9.2004, – 15 ZB 02.2958 –, DÖV 2005, 164, NVwZ-RR 2005, 171; *Czychowski/Reinhardt*, Komm. z. WHG, 12. Auflage (2019), § 77, Rdnr. 4.

¹³⁸ Dazu *Battis/Krautzberger/Löhr*, BauGB-Komm., 14. Auflage (2019), § 35, Rdnr. 6; zu der Übertragbarkeit auf § 35 Abs. 6, NdsOVG, Urt. v. 23.4.2008 – 1 KN 113/06 –, Rdnr. 45 (zitiert nach juris).

4. Restriktionen in Gebieten mit besonderen Anforderungen zum Hochwasserschutz

4.2. Überschwemmungsgebiete nach § 76 Abs. 1 WHG

4.2.2. Restriktionen in Überschwemmungsgebieten nach § 76 Abs. 1 WHG

Das Erhaltungsgebot muss sich also mithin bei der planerischen Abwägung nicht stets durchsetzen. Vielmehr sind in der Abwägung die materiellen Vorgaben des § 78 Abs. 2 WHG – auch wenn diese in Überschwemmungsgebieten nach § 76 Abs. 1 WHG nicht unmittelbar gelten – wertend zu berücksichtigen. Im Umkehrschluss gilt jedenfalls: Sofern danach ausnahmsweise in *festgesetzten* Überschwemmungsgebieten die Ausweisung neuer Baugebiete zulässig ist, gilt dies auch für Überschwemmungsgebiete nach § 76 Abs. 1 WHG und ihre Sicherung nach § 77 WHG.¹³⁹

Hinweis

Wird das Erhaltungsgebot nicht beachtet, stellt dieses einen beachtlichen **Abwägungsmangel** dar, der zur Rechtswidrigkeit der Bauleitplanung führt.

Fallbeispiel: Beseitigung einer Fläche mit Rückhaltefunktion sowie Schaffung von Ausgleichsflächen¹⁴⁰

Ausgangslage: Der Bebauungsplan einer Gemeinde sieht im **Überschwemmungsgebiet** nach § 76 Abs. 1 WHG Bauflächen vor, auf denen ca. 20 Bauplätze für Einzel- und Doppelhäuser geschaffen werden sollten. Der für innerstadtnahe Wohnnutzung vorgesehene Teilbereich A liegt wenige hundert Meter westlich eines Flusses und war bisher bewusst von Bebauung freigehalten worden. Große Teile des Planbereiches waren zum Zeitpunkt des Planaufstellungs- und Satzungsbeschlusses als **Überschwemmungsgebiet** nach § 76 Abs. 1 Satz 1 WHG (damals: § 31b Abs. 1 WHG) anzusehen. Der Bebauungsplan sieht in einem Teilbereich B (Hochwasserrückhaltung) eine Fläche vor, die nicht bebaut werden kann. Die Gemeinde verteidigt die Ausweisung des Baugebietes unter anderem mit dem Argument, die Beseitigung der Fläche mit Rückhaltefunktion sei vertretbar, da der Verlust an Retentionsflächen durch Schaffung gewässeraufwärts gelegener Retentionsflächen – im Teilbereich B – kompensiert seien. Es komme deshalb nicht mehr darauf an, ob gewichtige Gründe des Allgemeinwohls die Planung des Baugebietes in einem Überschwemmungsgebiet nach § 76 Abs. 1 WHG ermöglichen.

**Unzulässige
Kompensation in
einem Überschwem-
mungsgebiet nach § 76
Abs. 1 WHG**

¹³⁹ Rossi, in Sieder/Zeitler/Dahme/Knopp, Komm. z. WHG, Stand: Juni 2018, § 77, Rdnr. 17 ff.

¹⁴⁰ Nach NdsOVG, Urt. v. 23.4.2008 – 1 KN 113/06 –, (zitiert nach juris).

4. Restriktionen in Gebieten mit besonderen Anforderungen zum Hochwasserschutz

4.2. Überschwemmungsgebiete nach § 76 Abs. 1 WHG

4.2.2. Restriktionen in Überschwemmungsgebieten nach § 76 Abs. 1 WHG

Lösung: Der Bebauungsplan ist rechtswidrig. Er steht im Widerspruch zu § 1 Abs. 7 BauGB und § 77 WHG.

Allein die Schaffung von Wohnbauflächen in attraktiver Lage rechtfertigt die Ausweisung von Bauflächen in einem Überschwemmungsgebiet nach § 76 Abs. 1 WHG nicht. Die Frage, ob dem Erhalt des Überschwemmungsgebietes **überwiegende Gründe** entgegenstehen, ist im Rahmen der planerischen **Abwägung** sachgerecht zu erfassen. Im vorliegenden Fall wird zum einen das Überschwemmungsgebiet in diesem Bereich durch Bauflächen fast vollständig in Anspruch genommen.

Zum anderen hat die Gemeinde es unterlassen, das Interesse am Schaffen von Wohnraum ins Verhältnis zu dem Umfang zu setzen, in dem sie dadurch das Überschwemmungsgebiet beeinträchtigt. Außerhalb von der Ausnahmesituation der Wohnungsnot, kommt die Annahme, der Bedarf an Wohnbauflächen solle sich gegen gesetzliche Überschwemmungsgebiete durchsetzen können, in aller Regel erst dann in Betracht, wenn das Fehlen von Wohnraum Auswirkungen hat, welche in gravierender Weise auf die Allgemeinheit ausstrahlen.¹⁴¹ Im vorliegenden Fall bestand kein dringender Wohnraumbedarf im Ortsgebiet.¹⁴² Die attraktive Lage eines Wohngebiets ist insbesondere kein Grund des Allgemeinwohls, der die Beseitigung eines Überschwemmungsgebietes rechtfertigen könnte. Eine Anerkennung dieses Grundes würde Sinn und Zweck des § 77 WHG (§ 31 b Abs. 6 WHG a.F.) zuwiderlaufen¹⁴³.

Die **Kompensation** eines Verlustes des Überschwemmungsgebietes durch Schaffung von Retentionsflächen an anderer Stelle (hier: gewässeraufwärts) kann die von § 77 WHG geforderte Abwägung gerade nicht ersetzen. Die Kompensationspflicht setzt vielmehr *erst dann* ein, wenn es der planenden Gemeinde gelungen ist, einen ausreichenden

¹⁴¹ NdsOVG, Urte. v. 23.4.2008 – 1 KN 113/06 –, Rdnr. 59 (zitiert nach juris).

¹⁴² BayVGh, Urte. v. 27.4.2004 – 26 N 02.2437 –, NuR 2005, 109, etwas weniger eindeutig NdsOVG, a.a.O., Rdnr. 53 (zitiert nach juris) mit dem Hinweis, die zentrumsnahe Lage eines Wohngebiets könne in Einzel-/Ausnahmefällen zu einer Verkehrsvermeidung führen, deren Gewicht schwerer wiegt als die Beseitigung eines Überschwemmungsgebietes. Bei kleineren Wohngebieten wird dies praktisch allerdings selten der Fall sein.

¹⁴³ So auch NdsOVG, Urte. v. 23.4.2008 – 1 KN 113/06 –, Rdnr. 55 zu § 32 Abs. 2 WHG a.F.

4. Restriktionen in Gebieten mit besonderen Anforderungen zum Hochwasserschutz

4.2. Überschwemmungsgebiete nach § 76 Abs. 1 WHG

4.2.2. Restriktionen in Überschwemmungsgebieten nach § 76 Abs. 1 WHG

Allgemeinwohlgrund zu finden und darzutun, weshalb dieser das Interesse an uneingeschränktem Erhalt des Überschwemmungsgebietes **überwiegt**.¹⁴⁴

Hinweis

Überwiegende Gründe des Wohls der Allgemeinheit werden meist aus Bereichen außerhalb der Wasserwirtschaft stammen, z. B. zunehmende Besiedlung, der Ansiedlung von Gewerbe- und Industrieunternehmen mit einer größeren Zahl von Arbeitsplätzen, der Verlegung von Eisenbahn- oder Straßentrassen.¹⁴⁵

4.2.2.1.2. Ausgleichsmaßnahmen

Selbst wenn überwiegende Gründe des Wohls der Allgemeinheit zugunsten der Ausweisung des neuen Baugebietes vorhanden ist, sind rechtzeitig – und zwingend – die notwendigen Ausgleichsmaßnahmen zu treffen.

Die Ausgleichsmaßnahmen müssen

- in einem möglichst sachlich-funktionellen Zusammenhang (funktional von gleicher Qualität),
- in einem räumlichen Bezug zu dem Überschwemmungsgebiet stehen,
- sie müssen rechtzeitig getroffen werden (der Ausgleich muss geeignet sein, das verlorengegangene Rückhaltevolumen zeitgleich und vollständig zu ersetzen) und
- es muss sichergestellt sein, dass es zu keinem Zeitpunkt zu einer Erhöhung der Hochwassergefahr kommen kann.

**Anforderungen an
Ausgleichsmaßnahmen**

¹⁴⁴ NdsOVG, Urt. v. 23.4.2008 – 1 KN 113/06 –, Rdnr. 56; ähnlich ARGE BAU, Handlungsanleitung, Ziff. 2.1., S. 10, Anmerkung: Der Begriff „notwendige Ausgleichsmaßnahmen“ hatte nicht zwingend zur Folge, dass identische Flächen wiederhergestellt werden müssten. Allerdings muss der Ausgleich funktional von gleicher Qualität sein, d. h. geeignet sein, das verlorengegangene Rückhaltevolumen zumindest zeitgleich und vollständig zu ersetzen (ARGE BAU, Handlungsanleitung zur Hochwasservorsorge und zum Hochwasserschutz in der Raumordnungs- und Bauleitplanung sowie bei der Zulassung von Einzelvorhaben, Stand: 26. November 2018, unter 2.1, Seite 10).

¹⁴⁵ Czychowski/Reinhardt, Komm. z. WHG, 12. Auflage (2019), § 77, Rdnr. 5.

4. Restriktionen in Gebieten mit besonderen Anforderungen zum Hochwasserschutz

4.2. Überschwemmungsgebiete nach § 76 Abs. 1 WHG

4.2.2. Restriktionen in Überschwemmungsgebieten nach § 76 Abs. 1 WHG

Der Begriff „notwendige Ausgleichsmaßnahme“ hat nicht zwingend zur Folge, dass die gleichen Flächen wiederhergestellt werden müssen. Der Ausgleich muss vielmehr **funktional** von gleicher Qualität sein, d. h. der Ausgleich muss geeignet sein, das verlorengegangene Rückhaltevolumen **zumindest zeitgleich** und **vollständig** zu ersetzen. Dabei ist die konkrete Einzelfallsituation maßgeblich heranzuziehen. Eine Ausgleichsmaßnahme erfolgt nur dann „rechtzeitig“, wenn auch sichergestellt ist, dass es zu keinem Zeitpunkt zu einer Erhöhung der Hochwassergefahr kommt.¹⁴⁶ Der Ausgleich muss also **spätestens** (eine vorgezogene Ausgleichsmaßnahme ist nun ausdrücklich zugelassen in § 77 Abs. 1 Satz 3 Nr. 1 WHG) bei Inkrafttreten des Bebauungsplans oder bei Beginn der Bautätigkeit eines Einzelvorhabens realisiert sein.¹⁴⁷ Lassen sich Ausgleichsmaßnahmen nicht rechtzeitig in diesem Sinne durchführen, ist die Ausgleichbarkeit gescheitert.¹⁴⁸ Bloße Ersatzmaßnahmen oder Ausgleichszahlungen genügen nicht, da sich die Hochwassersituation in dem betroffenen Gewässerabschnitt regelmäßig verschlechtern würde.

umfang-, funktions- und zeitgleich

Ausgleichsmaßnahmen können auch Maßnahmen mit dem Ziel des Schutzes vor Hochwasser sein, die

Bevorratende Ausgleichsmaßnahmen

- zum Zweck des Ausgleichs künftiger Verluste an Rückhalteflächen getroffen werden (**vorsorgliche Bevorratung**) oder
- zugleich als Ausgleichs- oder Ersatzmaßnahme nach § 15 Abs. 2 BNatSchG dienen oder nach § 16 Abs. 1 BNatSchG (**Doppelverwendung**) anzuerkennen sind.

Diese beiden Regelungen sind durch das „Hochwasserschutzgesetz II“ neu geschaffen worden: § 77 Abs. 1 Satz 3 Nr. 1 WHG schafft die Voraussetzungen für die Möglichkeit einer **vorsorglichen Bevorratung von Rückhalteflächen**. Des Weiteren stellt § 77 Abs. 1 Satz 3 Nr. 2 WHG ausdrücklich klar, dass eine Ausgleichs- und Ersatzmaßnahme nach § 16 Abs. 1 BNatSchG zugleich Ausgleichsmaßnahme i.S.d. § 77 Abs. 1 Satz 2 (neu) WHG sein kann, um eine Doppelung bei

¹⁴⁶ Hünnekens, in Landmann/Rohmer, Komm. z. WHG, Stand: Sep. 2019, § 77, Rdnr. 11.

¹⁴⁷ Hofmann, ZfW 2018, 1 (8).

¹⁴⁸ Kotulla, WHG, Komm., 2. Auflage (2011), § 77, Rdnr. 9; Hünnekens, in Landmann/Rohmer, Komm. z. WHG, Stand: Sep. 2019, § 77, Rdnr. 11.

4. Restriktionen in Gebieten mit besonderen Anforderungen zum Hochwasserschutz

4.2. Überschwemmungsgebiete nach § 76 Abs. 1 WHG

4.2.2. Restriktionen in Überschwemmungsgebieten nach § 76 Abs. 1 WHG

der Bevorratung zu vermeiden. Dies gilt ebenso für Ausgleichs- und Ersatzmaßnahmen nach § 15 Abs. 2 BNatSchG. Ziel der Ausgleichsmaßnahmen muss jedoch auch der Hochwasserschutz sein.

Insbesondere den Kommunen soll dadurch die Möglichkeit der vorsorglichen und vorausschauenden Bevorratung von Rückhalteflächen und hierdurch eine insgesamt größere **Planungsflexibilität** eingeräumt werden; es soll ein Anreiz geschaffen werden, möglichst frühzeitig die erforderlichen Maßnahmen zum Retentionsausgleich zu treffen. Dabei ist auch ein **Zusammenschluss mehrerer Gemeinden** zur Schaffung präventiven Retentionsausgleichs möglich.¹⁴⁹

Durch eine parallele Änderung von § 16 BNatSchG wurde generell die Schaffung von „**Hochwasserökokonten**“ erleichtert. Nach bisheriger Rechtslage war es so, dass positive Überschüsse, die im Rahmen von Hochwasserschutzmaßnahmen erbracht wurden, nicht für spätere Maßnahmen in Ansatz gebracht werden konnten, wenn – was der Regelfall sein dürfte – diese Hochwasserschutzmaßnahmen mit öffentlichen Fördermitteln durchgeführt worden waren. Mit der Änderung wird unter den in § 16 Abs. 1 Satz 2 BNatSchG genannten Voraussetzungen auf diesen Ausschlussgrund verzichtet.

Parallele Änderung des § 16 BNatSchG („Hochwasserökokonten“)

Beispiel

Ein Beispiel für eine Ausgleichsmaßnahme, die den Zwecken des Naturschutz und des Hochwasserschutzes dienen kann, ist etwa die Wiederherstellung von Auenflächen.¹⁵⁰

Hinweis

Bisher noch nicht – insbesondere von der Rechtsprechung – geklärt ist die Frage, ob Ausgleichsmaßnahmen auch bei Deichbaumaßnahmen zu treffen sind. Hier geht bekanntlich besonders viel Rückhalteraum verloren. Zunächst ist zu prüfen, ob § 77 WHG auf solche Maßnahmen überhaupt Anwendung findet. *Rossi* im Kommentar Sieder/Zeitler/Dahme/Knopp ((Stand: Juni 2018), § 77, Rdnr. 9) bejaht dies offensichtlich. Er führt aus, dass ein solcher Funktionsverlust oder eine solche Funktionsminderung namentlich von Eindeichungen verursacht wird. Allerdings kann man mit Blick auf die Rechtsgedanken der §§ 78

¹⁴⁹ *Hünnekens*, in Landmann/Rohmer, Komm. z. WHG, Stand: Sep. 2019, § 77, Rdnr. 12.

¹⁵⁰ *Hoffmann*, ZfW 2018, 1, (8); *Rossi*, in Sieder/Zeitler/Dahme/Knopp, Komm. z. WHG, Stand: Juni 2018, § 77, Rdnr. 23 ff.

4. Restriktionen in Gebieten mit besonderen Anforderungen zum Hochwasserschutz

4.2. Überschwemmungsgebiete nach § 76 Abs. 1 WHG

4.2.2. Restriktionen in Überschwemmungsgebieten nach § 76 Abs. 1 WHG

Abs. 4 Satz 2 und 78a Abs. 1 Satz 2 WHG aus systematischen Gründen und mit Blick auf den Sinn und Zweck der Regelungen auch anderer Auffassung sein. Danach fallen Verhaltensweisen und Zustände nicht unter die Verbote, die wesensmäßig mit den Belangen des Hochwasserschutzes in Einklang stehen und deren Vereinbarkeit mit den hochwasserrechtlichen Bestimmungen und Zielsetzungen im Rahmen eines wasserbehördlichen Zulassungsverfahrens geprüft und positiv festgestellt worden ist.

Sollten diese Maßnahmen generell unter § 77 WHG fallen, werden regelmäßig überwiegende Gründe des Wohls der Allgemeinheit für sie streiten, sodass dann die notwendigen Ausgleichsmaßnahmen zu treffen wären. Es bleibt abzuwarten, wie diese Frage in der Rechtsprechung beantwortet wird.

4.2.2.1.3. Drittschutz

Ob § 77 WHG einem privaten Dritten - etwa im Normenkontrollverfahren gegen den Bebauungsplan - Drittschutz vermittelt, ist in der Rechtsprechung und Literatur noch nicht geklärt. Es lässt sich argumentieren, einen Drittschutz vermittelt § 77 WHG gerade deshalb nicht, da der Gesetzgeber diesen mit dem „Hochwasserschutzgesetz II“ nur in § 78 Abs. 2, 5 und § 78a Abs. 2 Satz 3 WHG ausdrücklich geregelt hat und bei § 77 WHG eine vergleichbare Regelung nicht vorgenommen hat.

**Vermittelt § 77 WHG
Drittschutz?**

Das *Bundesverwaltungsgericht* hatte in einer älteren Entscheidung eine nachbarschützende Wirkung der (seinerzeit geltenden) wasserrechtlichen Vorschriften ausdrücklich verneint und zur Begründung angeführt, dass im Wasserhaushaltsrecht nur diejenigen Vorschriften nachbarschützende Wirkung entfalten, die ausdrücklich die Interessen Drittbetroffener berücksichtigen.¹⁵¹ Solche Normen, die erkennbar allein dem Allgemeinwohl dienen und nicht auch bestimmte Nachbarn schützen, sind nicht drittschützend.¹⁵²

Nichts anderes gilt in diesem Sinne auch für § 77 WHG¹⁵³, der ausschließlich dem *öffentlichen Interesse* des vorbeugenden Hochwasserschutzes dient. Zudem spricht auch der Wortlaut der Norm gegen einen

¹⁵¹ BVerwG, Beschl. v. 17.8.1972 - IV B 162.71.

¹⁵² BVerwG, Beschl. v. 17.8.1972 - IV B 162.71.

¹⁵³ VG Würzburg, Urt. v. 8.10.2013 - 4 K 13.143 - m.w.Nachw.

4. Restriktionen in Gebieten mit besonderen Anforderungen zum Hochwasserschutz

4.2. Überschwemmungsgebiete nach § 76 Abs. 1 WHG

4.2.2. Restriktionen in Überschwemmungsgebieten nach § 76 Abs. 1 WHG

Drittschutz, denn die Bestimmung knüpft nicht an eine konkrete Gefahrenlage an – wie der § 78 Abs. 2 und 5 WHG – sondern dient in erster Linie der vorsorgenden Risikovermeidung, weshalb es bereits an einem bestimmbareren Personenkreis mangelt, dessen Interessen durch die Vorschrift geschützt werden sollen.

4.2.2.2. Vorhabenzulassung in Überschwemmungsgebieten nach § 76 Abs. 1 WHG

Nach herrschender Meinung gilt § 77 WHG sowohl für die Bauleitplanung als auch für die Vorhabenzulassung.¹⁵⁴ Die Verpflichtung aus § 77 WHG bindet nicht nur die Wasserbehörden, sondern auch alle Planungsträger und Nutzer, die mit ihrem Vorhaben die Funktionsfähigkeit der Gebiete beeinträchtigen können. § 77 WHG ist unmittelbar geltendes Recht. Die Vorschrift konkretisiert die Pflicht des § 5 Abs. 1 Nr. 4 WHG, bei Maßnahmen, mit denen Einwirkungen auf ein Gewässer verbunden sein können, die nach den Umständen erforderliche Sorgfalt anzuwenden, „um eine Vergrößerung und Beschleunigung des Wasserflusses zu vermeiden“ und die allgemeine Sorgfaltspflicht des § 5 Abs. 2 WHG.¹⁵⁵ Dass es nicht nur um Vorgaben für die Bauleitplanung sondern auch für die Vorhabenzulassung geht, zeigt bereits der Verweis auf die Regelungen der § 15 Abs. 2 und § 16 Abs. 1 BNatSchG, die gerade bei Einzelvorhaben Anwendung finden.

§ 77 WHG als projektbezogene Zulässigkeitsanforderung

Im **unbeplanten Innenbereich (§ 34 BauGB)** existiert – definitionsgemäß – bereits eine Bebauung von hinreichendem Gewicht (Ortsteil), die organisch gewachsen ist und in die das zu beurteilende Vorhabengrundstück eingebunden sein muss (Bebauungszusammenhang). Die hier von § 34 BauGB geforderte reale bauliche Situation in der näheren Umgebung steht regelmäßig der **Eignung der Fläche als Rückhaltefläche** i.S.d. § 77 WHG (→ dazu

Innenbereich

¹⁵⁴ Rossi, in Sieder/Zeitler/Dahme/Knopp, Komm. z. WHG, Stand: Juni 2018, § 77, Rdnr. 10 mit ausführlichen Nachweisen zum Meinungsstand, BayVGh, Beschl. v. 31.8.2009 – 8 ZB 09.1618 -, Rdnr. 7 (zitiert nach juris); Hofmann, Zeitschrift für Wasserrecht, Heft 1/2018, Seite 1, 8; Berendes, in: Komm. z. WHG, 2. Aufl. 2018, § 77, Rdnr. 2; nach einer anderen Auffassung gilt § 77 WHG nur für die Ausweisung von Baugebieten als Maßgabe für die Bauleitplanung und nicht für die projektbezogene Zulassung von Bauvorhaben, dazu Schmidt/Gärtner, NVwZ 2018, 534 (536); Hünnekens, in: Landmann/Rohmer, Komm. z. WHG, 91 EL, Stad: Sep. 2019, § 77, Rdnr. 7; BayVGh, Beschl. v. 26.1.2009 – 1 B 07.151 -, Rdnr. 4 ff., (zitiert nach juris), dies wird unter anderem damit begründet, dass dem § 78 Abs. 5 WHG entsprechende Ausnahmeregelungen in § 77 WHG fehlen, zudem fehle es an der notwendigen Bestimmtheit und ihrer Festlegung, sodass unmittelbare Zulässigkeitschranken für konkrete Baumaßnahmen schon aus rechtsstaatlichen Gründen nicht daran geknüpft werden könnten.

¹⁵⁵ Czychowski/Reinhardt, Komm. z. WHG, 12. Aufl. 2019, § 77, Rdnr. 3; Berendes, in: Komm. z. WHG, 2. Aufl. 2018, § 77, Rdnr. 2.

4. Restriktionen in Gebieten mit besonderen Anforderungen zum Hochwasserschutz

4.2. Überschwemmungsgebiete nach § 76 Abs. 1 WHG

4.2.2. Restriktionen in Überschwemmungsgebieten nach § 76 Abs. 1 WHG

oben 4.2.2.) entgegen.¹⁵⁶ Allerdings können im Innenbereich auch größere Baulücken noch die Funktion als Rückhaltefläche erfüllen, insbesondere, wenn sie an einem Gewässer liegen. Es ist also auch im Innenbereich stets im Einzelfall die konkrete Situation vor Ort zu betrachten.¹⁵⁷

Praktisch relevant wird § 77 WHG wohl allerdings vor allem bei der Vorhabenzulassung im **Außenbereich (§ 35 BauGB)** werden.¹⁵⁸ Dort existiert mit § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 6 BauGB („Gefährdung des Hochwasserschutzes“) allerdings bereits eine materielle Regelung, die der Vorhabenzulassung sowohl von privilegierten als auch nicht privilegierten Vorhaben durchgreifend entgegengehalten werden kann.

Außenbereich

Dagegen sind Rückhalteflächen im **überplanten Bereich (§ 30 BauGB)** durchaus denkbar, etwa wenn der Bebauungsplan Festsetzungen nach § 9 Abs. 1 Nr. 10 BauGB (von der Bebauung freizuhaltende Flächen), § 9 Abs. 1 Nr. 15 BauGB (öffentliche und private Grünflächen) oder § 9 Abs. 1 Nr. 16 BauGB (Wasserflächen und Flächen mit wasserwirtschaftlicher Zwecksetzung) enthält oder größere – bisher noch unbebaute und objektiv zur Rückhaltung geeignete - Flächen zur Bebauung – etwa über eine Befreiung nach § 31 Abs. 2 BauGB - anstehen.

**Überplanter Bereich
(§ 30 BauGB)**

Für die Anwendung des § 77 WHG durch die Wasserbehörde wird empfohlen – **unabhängig von der bauplanungsrechtlichen Gebietseinordnung** – § 78 Abs. 5 WHG in die Betrachtung mit einzubeziehen. Diese Norm betrifft zwar die Ausnahmeerteilung in Bezug auf Bauvorhaben in *festgesetzten* Überschwemmungsgebieten. Man kann ihr aber eine materielle Gewichtungsvorgabe dahingehend entnehmen, dass ein Verstoß gegen § 77 WHG *jedenfalls dann nicht vorliegt*, wenn die **Ausnahmevoraussetzungen nach § 78 Abs. 5 WHG** vorliegen. In Überschwemmungsgebieten nach § 76 Abs. 1 WHG sollte kein strengerer Schutz gelten als in den festgesetzten Überschwemmungsgebieten.¹⁵⁹

**Orientierung an § 78
Abs. 5 WHG möglich**

Liegen die Voraussetzungen für die Ausnahmeerteilung nicht sicher vor, sind vor allem die Anforderungen nach § 78 Abs. 5 Satz 1 Nr. 1 a und b WHG (Hochwasserrückhaltung nicht oder nur unwesentlich beeinträchtigt und

¹⁵⁶ Rossi, in Sieder/Zeitler/Dahme/Knopp, Komm. z. WHG, Stand: Juni 2018, § 77, Rdnr. 10.

¹⁵⁷ Rossi, in Sieder/Zeitler/Dahme/Knopp, Komm. z. WHG, Stand: Juni 2018, § 77, Rdnr. 10.

¹⁵⁸ Rossi, in Sieder/Zeitler/Dahme/Knopp, Komm. z. WHG, Stand: Juni 2018, § 77, Rdnr. 10.

¹⁵⁹ Rossi, in Sieder/Zeitler/Dahme/Knopp, Komm. z. WHG, Stand: Juni 2018, § 77, Rdnr. 11.

4. Restriktionen in Gebieten mit besonderen Anforderungen zum Hochwasserschutz

4.3. Risikogebiete außerhalb von festgesetzten Überschwemmungsgebieten, „§ 78b-Gebiete“

4.3.1. Lage in einem Risikogebiet außerhalb eines festgesetzten Überschwemmungsgebiets

Ausgleich des verloren gegangenen Rückhalterausms sowie keine nachteilige Veränderung von Wasserstand bzw. Hochwasserabfluss) entsprechend anzuwenden und sorgfältig zu prüfen. Hierzu kann auf die Ausführungen zu § 78 Abs. 5 WHG in dieser Arbeitshilfe Bezug genommen werden (unter 4.1.7.2.1. und 4.1.7.2.2).

4.3. Risikogebiete außerhalb von festgesetzten Überschwemmungsgebieten, „§ 78b-Gebiete“

§ 78b WHG legt besondere Anforderungen an die Bauleitplanung und Vorhabenzulassung in den Teilen von Risikogebieten fest, die **nicht** nach § 76 Abs. 2 WHG i. V. m. § 100 Abs. 1-3 BbgWG als Überschwemmungsgebiet festgesetzt bzw. gemäß § 76 Abs. 3 WHG i.V.m. § 100 Abs. 7 BbgWG vorläufig gesichert worden sind.

Risikogebiete außerhalb von Überschwemmungsgebieten

4.3.1. Lage in einem Risikogebiet außerhalb eines festgesetzten Überschwemmungsgebiets

Gebietsbestimmung und Abgrenzung zu festgesetzten Überschwemmungsgebieten

Da in festgesetzten und vorläufig gesicherten Überschwemmungsgebieten (→ dazu Kap. 3., 3.2.3. und 3.2.3.3.) strengere Anforderungen an die Bauleitplanung und Vorhabenzulassung gelten (§§ 78, 78a WHG; → dazu oben 4.1.), ist zunächst zu prüfen, ob die zu beurteilende Fläche in einem festgesetzten Überschwemmungsgebiet liegt, oder in einem Risikogebiet außerhalb eines festgesetzten Überschwemmungsgebiets. Unerheblich ist dabei, aus welchem Grunde das betreffende Risikogebiet nicht als Überschwemmungsgebiet festgesetzt oder vorläufig gesichert worden ist. Dies kann zum Beispiel daran liegen, dass die Festsetzungsvoraussetzungen des § 76 WHG nicht vorliegen, dass sich eine Festsetzung als unwirksam erweist oder dass die Festsetzung bisher noch nicht erfolgt ist. Insoweit hat § 78b WHG die Funktion einer Auffangnorm.¹⁶⁰ Zur Bestimmung eines Risikogebiets außerhalb von Überschwemmungsgebieten kann zunächst auf die Darstellung (Kap. 3, 3.2.4.) verwiesen werden. Für die Risikogebiete außerhalb von festgesetzten Überschwemmungsgebieten existiert zurzeit kein offizieller Kartensatz. Die Grenzen dieser Gebiete lassen sich aber ermitteln, indem die in der „Auskunftsplattform Wasser“¹⁶¹ dargestellten, bei HQ_{extrem} überschwemmten Flächen mit den festgesetzten Überschwemmungsgebieten überlagert werden. Eine spezielle rechtsförmliche Ausweisung ist

¹⁶⁰ Hünnekens, in: Landmann/Rohmer, Komm. z. WHG, Stand: September 2019, § 78b, Rdnr.6

¹⁶¹ www.apw.brandenburg.de.

4. Restriktionen in Gebieten mit besonderen Anforderungen zum Hochwasserschutz

4.3. Risikogebiete außerhalb von festgesetzten Überschwemmungsgebieten, „§ 78b-Gebiete“

4.3.2. Restriktionen und Spielräume

für Risikogebiete außerhalb von Überschwemmungsgebieten nicht vorgesehen.

4.3.2. Restriktionen und Spielräume

Mit dem „Hochwasserschutzgesetz II“ sind im Bundesrecht sowohl für die Bauleitplanung als auch für die Vorhabenzulassung spezielle Regelungen getroffen worden. Diese treten neben die allgemeinen bauplanungsrechtlichen Regelungen, etwa für die Bauleitplanung § 1 Abs. 6 Nr. 12 BauGB (→ dazu Kap. 5, 5.1.1.2.).¹⁶²

§ 78b Abs. 1 Satz 2 WHG regelt nur Mindestschutz; ergänzend hierzu BauGB u.a.

Die Systematik des § 78b Abs. 1 Satz 2 WHG ist – trotz wenig geglückter Formulierung „außerhalb der von Nummer 1 erfassten Gebiete“ – so, dass die *Nummer 1* Anforderungen an die Bauleitplanung richtet und *Nummer 2* die Anlagenzulassung („bauliche Anlagen“) betrifft. Diese Deutung ist schon deshalb geboten, da der Gesetzgeber auch bei den übrigen Vorschriften (§ 78 Abs. 1 (Bauleitplanung), § 78 Abs. 4 (Vorhabenzulassung); § 78 d Abs. 4 WHG (Vorhabenzulassung), § 78 d Abs. 6 WHG (Bauleitplanung)) so vorgegangen ist. Allerdings ist folgender Hintergrund zu berücksichtigen: Die ursprüngliche Gesetzesfassung regelte in § 78 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 WHG die Anforderungen an alle bauliche Anlagen. Dies erschien dem Bundestag sowie dem Bundesrat zu weitgehend, weswegen die Einschränkungen in § 78b Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 WHG erfolgte. In der Beschlussempfehlung des Ausschusses für Umwelt-, Naturschutz, Bau und Reaktorsicherheit (16. Ausschuss) zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung (Drs. 18/10879) heißt es hierzu wie folgt:

Systematik der Norm

„Durch die Änderungen in § 78b Absatz 1 Nummer 2 Satz 1 werden die Vorgaben nach Nummer 2 auf die Gebiete beschränkt, die nicht von Nummer 1 erfasst werden. In nach BauGB „beplanten“ Bereichen (Nr. 1) ist es Sache der Kommunen, im Rahmen der Abwägung den Hochwasserschutz sicherzustellen. Insbesondere sind, soweit erforderlich, in bestimmten Gebieten auch Anforderungen an das hochwasserangepasste Bauen auf Grund der erweiterten Möglichkeiten im Baurecht (s. Artikel 2 Nummer 3 des Gesetzesentwurfes mit den Änderungen in § 9 Absatz 1 Nummer 16 BauGB) zu stellen. In den „unbeplanten Bereichen“ oder im Bereich ohne Satzungen nach § 34 Absatz 4 und § 35 Absatz 6 BauGB

¹⁶² Rossi, in Siedler/Zeitler/Dahme/Knopp, Komm. z. WHG, Stand: Juni 2018, § 78b, Rdnr. 18.

4. Restriktionen in Gebieten mit besonderen Anforderungen zum Hochwasserschutz

4.3. Risikogebiete außerhalb von festgesetzten Überschwemmungsgebieten, „§ 78b-Gebiete“

4.3.2. Restriktionen und Spielräume

gelten im Regelfall die Anforderungen nach § 78b Absatz 1 Nummer 2.¹⁶³

Somit bezieht sich die Nummer 2 sowohl auf Innenbereiche nach § 34 BauGB, als auch auf Außenbereiche nach § 35 BauGB und auch auf Vorhaben, die auf der Basis eines Bebauungsplanes realisiert werden sollen, der nicht nach den Anforderungen des § 78b Absatz 1 Satz 2 Nummer 1 WHG aufgestellt worden ist.¹⁶⁴ Bei Nummer 1 geht es also um die Aufstellung von Bauleitplänen in allen bauplanungsrechtlichen Gebieten und in Nummer 2 um die Vorhabenzulassung.¹⁶⁵

Hinweis

Zwar wird der einfache Bebauungsplan nach § 30 Abs. 3 BauGB nicht ausdrücklich in § 78b Satz 2 Nr. 1 WHG erwähnt. Im Hinblick auf das Ziel, bei Planungen in hochwassersensiblen Bereichen bereits auf der Planungsebene einen größtmöglichen Schutz vor und zur Vorsorge gegen Hochwasser und die damit verbundenen Gefahren zu treffen, erscheint es sachgerecht, § 78b Satz 2 Nr. 1 WHG auch in denjenigen Fällen anzuwenden, in denen beispielsweise nur ein Baugebiet durch einen einfachen Bebauungsplan festgesetzt wird. Schließlich soll die konkretisierende Abwägungsklausel gerade für diejenigen Fälle greifen, die nicht vom Planungsverbot erfasst werden.¹⁶⁶

Anders als § 78a WHG werden in § 78b WHG aber keine Anforderungen an sonstige Maßnahmen formuliert.

In beiden Fallgruppen ist das **Prognoserisiko** zu berücksichtigen.

Prognoserisiko

¹⁶³ Schlussempfehlung des Ausschusses für Umwelt, Naturschutz, Bau- und Reaktorsicherheit, 16. Ausschuss, BT-Drs. 18/12404 zu Buchstabe g) (§ 78a Abs. 1 Satz 2, Abs. 4 und 7, § 78 b Abs. 1, § 78c, § 78d Abs. 1 und 2 WHG).

¹⁶⁴ Berendes, Komm. z. WHG, 2. Auflage (2018), § 78b, Rdnr. 4, anders bzgl. der § 34 BauGB-Gebiete Hünnekens, in Landmann/Rohmer, Komm. z. WHG, Stand: Sep. 2019, § 78b, Rdnr. 11 und Czychowski/Reinhardt, Komm. z. WHG, 12. Auflage (2019), § 78b, Rdnr. 14, die vertreten, dass die Nummer 2 hier nicht gelte.

¹⁶⁵ So auch: Rossi, in Siedler/Zeitler/Dahme/Knopp, Komm. z. WHG, Stand: Juni 2018, § 78b, Rdnr. 19; anders Czychowski/Reinhardt, Komm. z. WHG, 12. Auflage (2019), § 78b, Rdnr. 15.

¹⁶⁶ Schrödter/Wahlhäuser, in: Schrödter, Komm. z. BauGB, 9. Auflage (2019), § 1, Rdnr. 546.

4. Restriktionen in Gebieten mit besonderen Anforderungen zum Hochwasserschutz

4.3. Risikogebiete außerhalb von festgesetzten Überschwemmungsgebieten, „§ 78b-Gebiete“

4.3.2. Restriktionen und Spielräume

4.3.2.1. Anforderungen an die Bauleitplanung

Anders als in vorläufig gesicherten und festgesetzten Überschwemmungsgebieten hat der Gesetzgeber bei den Risikogebieten außerhalb von Überschwemmungsgebieten nach § 78b WHG aber **kein grundsätzliches Verbot der Bauleitplanung** vorgesehen. Jedoch bestimmt § 78b Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 WHG der jeweiligen Risikolage angepasste Anforderungen an die Abwägung nach § 1 Abs. 7 BauGB.¹⁶⁷

Kein grundsätzliches Verbot der Bauleitplanung

In den Risikogebieten außerhalb von Überschwemmungsgebieten nach § 78b Abs. 1 WHG gilt für die Bauleitplanung, dass

- bei der Ausweisung neuer Baugebiete im Außenbereich (**§ 35 BauGB**) sowie
- bei der Aufstellung, Änderung oder Ergänzung von Bauleitplänen für zuvor nach **§ 30 Abs. 1 und 2 BauGB** (überplante Gebiete) oder nach **§ 34 BauGB** qualifizierte Gebiete (unbeplanter Innenbereiche)

insbesondere der **Schutz von Leben und Gesundheit** und die **Vermeidung erheblicher Sachschäden** in der Abwägung nach § 1 Abs. 7 BauGB zu berücksichtigen sind. Dies gilt auch für Satzungen nach § 34 Abs. 4 und § 35 Abs. 6 BauGB.

Hinweis

§ 78b Satz 2 Nr. 1 WHG betrifft – trotz der etwas unübersichtlichen Formulierung – alle Überplanungskonstellationen: Sowohl die Überplanung des Außenbereichs (§ 35 BauGB), als auch die Überplanung des Innenbereichs (§ 34 BauGB) aber auch die Aufstellung, Änderung oder Ergänzung von Bebauungsplänen für bereits zuvor überplante Gebiete (§ 30 BauGB). Vorsicht ist allerdings geboten in der ersten Konstellation. Hier tritt wieder die einschränkende Formulierung „Ausweisung neuer Baugebiete“ auf (→ dazu bereits oben zu § 78 Abs. 1 WHG). Wird also kein „neues Baugebiet“ ausgewiesen (was nur selten praktisch der Fall sein wird), würde dann § 78b Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 WHG als Auffangtatbestand eingreifen (hochwasserangepasste Bauweise).

Anwendungshinweis

¹⁶⁷ Rossi, in: Sieder/Zeitler/Dahme/Knopp, Komm. z. WHG, Stand: Juni 2018, § 78b, Rdnr. 13.

4. Restriktionen in Gebieten mit besonderen Anforderungen zum Hochwasserschutz

4.3. Risikogebiete außerhalb von festgesetzten Überschwemmungsgebieten, „§ 78b-Gebiete“

4.3.2. Restriktionen und Spielräume

Hinweis

In Risikogebieten außerhalb von Überschwemmungsgebieten, die hinter Deichen liegen, die HQ₁₀₀ kehren, ist weder die Eintrittswahrscheinlichkeit der Überflutung, noch die Wassertiefe sicher prognostizierbar, da die Überflutung nur bei Deichbruch oder Extremhochwasser erfolgen würde. Dies ist bei der Bestimmung der Anforderungen im Einzelfall zu berücksichtigen. Je nach den Umständen des Einzelfalls – z.B. moderner Hochwasserschutzdeich, große Entfernung zum Deich, geringes Schadenspotenzial – können für den Prognosefall „Deichbruch“ wegen der geringen Prognosesicherheit auch geringere Anforderungen an hochwasserangepasstes Bauen verhältnismäßig sein, als bei Fehlen eines Deichs.

Der Schutz von **Leben und Gesundheit** und die Vermeidung **erheblicher Sachschäden** sind Anforderungen, die oben bereits im Kontext des § 78 Abs. 2 Satz 2 Nr. 3 WHG behandelt wurden. Darauf kann verwiesen werden (→ 4.1., 4.1.5.3.).

Schutz von Leben, Gesundheit und Vermeidung erheblicher Sachschäden

Die Gemeinden sind hier gehalten, in der Abwägung mit anderen Belangen die notwendigen Anforderungen an das Bauen im Risikogebiet festzulegen, etwa durch entsprechende Festsetzungen gemäß **§ 9 Abs. 1 Nr. 16c BauGB**.

Baugesetzbuch (BauGB)

§ 9 Inhalt des Bebauungsplanes

Im Bebauungsplan können aus städtebaulichen Gründen festgesetzt werden:

(...)

Nr. 16.c)

„Gebiete, in denen bei der Errichtung baulicher Anlagen bestimmte bauliche oder technische Maßnahmen getroffen werden müssen, die der Vermeidung oder Verringerung von Hochwasserschäden einschließlich Schäden durch Starkregen dienen, sowie der Art dieser Maßnahmen,

Liegt das Plangebiet zugleich in einem Überschwemmungsgebiet nach § 76 Abs. 1 WHG (z. B. wenn kein HQ₁₀₀ kehrender Deich vorhanden ist), gelten zusätzlich zu den Anforderungen des § 78b Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 WHG die Anforderungen des § 77 WHG (→ oben 4.2.). § 77 WHG

Ergänzende Prüfung des § 77 WHG in bestimmten Fallkonstellationen (Überschwemmungsgebiet nach § 76 Abs. 1 WHG)

4. Restriktionen in Gebieten mit besonderen Anforderungen zum Hochwasserschutz

4.3. Risikogebiete außerhalb von festgesetzten Überschwemmungsgebieten, „§ 78b-Gebiete“

4.3.2. Restriktionen und Spielräume

ist durch § 78b WHG nicht vollständig verdrängt. Es ist deshalb zu prüfen und von der Gemeinde nachzuweisen, dass im Rahmen der Abwägung überwiegende Allgemeinwohlgründe vorliegen, die die Inanspruchnahme der Rückhaltefläche erlauben.

4.3.2.2. Anforderungen an die Vorhabenzulassung

Wenn es um die Vorhabenzulassung geht, hat der Bauherr unmittelbar aus dem Gesetz die Pflicht, eine **hochwasserangepasste Bauweise** zu wählen, soweit dies nach der Art und Funktion der Anlage technisch möglich ist. Bei den Anforderungen an die Bauweise sollen auch die Lage des betroffenen Grundstückes und die Höhe des möglichen Schadens angemessen berücksichtigt werden (§ 78b Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 WHG).

Hochwasserangepasste Bauweise

Die Anforderungen nach § 78 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 WHG gelten für die erstmalige Errichtung und die wesentliche Erweiterung. Anders als bei § 78 Abs. 4 WHG wird auf die *wesentliche* Erweiterung und nicht nur auf die Erweiterung abgestellt. Geringfügige Erweiterungen werden somit nicht erfasst.¹⁶⁸ Reine Nutzungsänderungen oder der Abbruch werden auch nicht erfasst.

Die Vorschrift ist als „Soll“-Vorschrift formuliert, weswegen ein Verzicht auf eine hochwasserangepasste Bauweise gut zu begründen ist.¹⁶⁹

In diesem Sinne sind die erforderlichen baulichen Maßnahmen unter **Berücksichtigung des jeweiligen Hochwasserrisikos** und dem jeweilig drohenden **Schadenspotenzial** zu treffen.¹⁷⁰

Risikoangepasste Betrachtung im Einzelfall

Möglich ist im Einzelfall auch, dass spezielle Maßnahmen zum Hochwasserschutz nicht erforderlich sind, wenn und soweit der zu erwartende Schaden bei geringem Hochwasserrisiko und/oder geringem Schadenspotenzial insgesamt sehr niedrig ist.¹⁷¹

¹⁶⁸ Czychowski/Reinhardt, Komm. z. WHG, 12. Auflage (2019), § 78b, Rdnr. 15.

¹⁶⁹ Rossi, in: Sieder/Zeitler/Dahme/Knopp, Komm. z. WHG, Stand: Juni 2018, § 78b, Rdnr. 19.

¹⁷⁰ Begründung des Gesetzentwurfes der Bundesregierung, Begründung, BT-Drs. 18/10879 vom 18. Januar 2017, S. 30.

¹⁷¹ Begründung des Gesetzesentwurfes zum Hochwasserschutzgesetz II, BT-Drs. 18/10879, unter B. Besonderer Teil, Nr. 6.

4. Restriktionen in Gebieten mit besonderen Anforderungen zum Hochwasserschutz

4.3. Risikogebiete außerhalb von festgesetzten Überschwemmungsgebieten, „§ 78b-Gebiete“

4.3.2. Restriktionen und Spielräume

Hinweis

§ 78b Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 WHG (Berücksichtigung von Art und Funktion der Anlage) stellt klar, dass die Forderung nach der hochwasserangepassten Bauweise keinem Bauverbot gleichkommen darf. In den Gesetzesmaterialien wird hier der Fall erläutert, dass bestimmte Anlagen aus technischen Gründen nicht hochwasserangepasst ausgeführt werden können, z. B. **Fahrsilos in der Landwirtschaft**.¹⁷² Fehlt es an der technischen Möglichkeit i. S. d. § 78b Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 WHG darf die betreffende Anlage gleichwohl, d. h. in nicht hochwasserrisikoangepasster Weise, errichtet oder wesentlich erweitert werden, wenn der Bauherr seine Planung in Kenntnis der Hochwasser- und etwaigen Haftungsrisiken weiter verfolgt.¹⁷³ § 78b Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 WHG stellt darüber hinaus klar, dass die Lage des Grundstücks – also das konkrete Schadenspotenzial – zu berücksichtigen ist. Das kann in der Gesamtwürdigung mit der geringen Wiederkehrwahrscheinlichkeit im Einzelfall auch dazu führen, dass spezielle bauliche Maßnahmen zum Hochwasserschutz nicht erforderlich sind.¹⁷⁴ Durch diese – erst später hinzugekommene – Ergänzung der Norm verdeutlicht der Gesetzgeber, dass die geforderten Maßnahmen vom möglichen Wasserstand bei einem Hochwasserereignis abhängen. Diese Ergänzung kommt nur deklaratorische Bedeutung zu, da die Grundstückslage immer zu den einzubeziehenden Faktoren für die vorgeschriebene Beurteilung des jeweiligen Hochwasserrisikos zählt.¹⁷⁵

Maßgeblich sind die allgemeinen anerkannten Regeln der Technik, d. h. diejenigen Regeln, die in der Fachpraxis erprobt und bewährt sind und nach vorherrschender Meinung der Fachleute den einschlägigen Anforderungen entsprechen. Das Tatbestandsmerkmal ist ein unbestimmter, gerichtlich allerdings vollständig überprüfbarer Rechtsbegriff, der der Ausfüllung bedarf. Die Begründung des Gesetzentwurfes verweist auf die einschlägigen DWA-Merkblätter und die Hochwasserschutzfibel des Bundesministeriums des Innern, für Bau und Heimat, „Objektschutz und bauliche Vorsorge“, 8. Auflage, Dezember 2018.¹⁷⁶

Anerkannte Regeln der Technik

¹⁷² Beschlussempfehlung des Ausschusses für Umwelt- und Naturschutz, Bau- und Reaktorsicherheit zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung Drs. 18/10879, BT-Drs. 18/12404 zu Buchstabe g).

¹⁷³ Czychowski/Reinhardt, Komm. z. WHG, 12. Auflage (2019), § 78b, Rdnr. 18.

¹⁷⁴ Siehe BT-Drs. 18/10879, Einzelbegründung zu § 78b WHG; hierzu auch *Hofmann*, ZfW 2018, 1 (14).

¹⁷⁵ Czychowski/Reinhardt, Komm. z. WHG, 12. Auflage (2019), § 78b, Rdnr. 19.

¹⁷⁶ Abrufbar unter: https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/downloads/DE/publikationen/themen/bauen/wohnen/hochwasserschutzfibel.pdf?__blob=publicationFile&v=3; zum ganzen Vorstehenden auch *Hofmann*, ZfW 2018, 1 (14).

4. Restriktionen in Gebieten mit besonderen Anforderungen zum Hochwasserschutz

4.3. Risikogebiete außerhalb von festgesetzten Überschwemmungsgebieten, „§ 78b-Gebiete“

4.3.2. Restriktionen und Spielräume

4.3.2.3. Spezielle Regelungen für Heizölverbraucheranlagen (§ 78c Abs. 2 WHG)

Die Anforderungen an neue und bestehende Heizölverbraucheranlagen wurden für solche Anlagen in festgesetzten Überschwemmungsgebieten bereits oben im Abschnitt 4.1.9. behandelt. Hierauf wird verwiesen. Für Heizölverbraucheranlagen in **Risikogebieten gemäß § 78b Abs. 1 Satz 1 WHG** gilt folgendes:

Heizölverbraucheranlagen in Risikogebieten gem. § 78b WHG (→ zu Heizölverbraucheranlagen in festgesetzten ÜSG oben → 4.1.9.

Wie bei Heizölverbraucheranlagen in festgesetzten Überschwemmungsgebieten ist auch für solche Anlagen in Risikogebieten nach § 78b WHG zwischen *neuen* und *bestehenden* Anlagen zu unterscheiden.

4.3.2.3.1. Neue Anlagen

Gemäß § 78c Abs. 2 WHG ist die Errichtung neuer Heizölverbraucheranlagen **in Risikogebieten** außerhalb von festgesetzten Überschwemmungsgebieten **nur dann verboten**, wenn andere weniger wassergefährdende Energieträger zu wirtschaftlich vertretbaren Kosten zur Verfügung stehen *oder* die Anlage nicht hochwassersicher errichtet werden kann. Anders als im festgesetzten Überschwemmungsgebiet besteht das Errichtungsverbot nur dann, wenn die genannten Voraussetzungen vorliegen.

Eingeschränktes Verbot der Errichtung neuer Anlagen

Hier gilt für den Bauherrn – und mit Blick auf die Vielzahl der Vorgänge auch für die Behörde – eine **verfahrensrechtliche Erleichterung**: Eine Heizölverbraucheranlage kann wie geplant errichtet werden, wenn das Vorhaben der zuständigen Behörde spätestens sechs Wochen vor der Errichtung mit den vollständigen Unterlagen **angezeigt** wird und die Behörde innerhalb einer Frist von vier Wochen nach Eingang der Anzeige weder die Errichtung untersagt noch Anforderungen an die hochwassersichere Errichtung festgesetzt hat. Es bedarf also – anders als nach § 78c Abs. 1 WHG – keines Ausnahmegenehmigungsantrages.

Anzeige der Errichtung neuer Anlagen

Hinweis

Der Bundesgesetzgeber macht keine besonderen Vorgaben für die Unterlagen, die einer Anzeige nach § 78c Abs. 2 Satz 2 WHG beizufügen sind. Sie müssen hiernach aber vollständig sein. Die Anzeigepflicht nach § 78c Abs. 2 Satz 2 WHG ist eine speziellere Regelung im Ver-

4. **Restriktionen in Gebieten mit besonderen Anforderungen zum Hochwasserschutz**
- 4.3. Risikogebiete außerhalb von festgesetzten Überschwemmungsgebieten, „§ 78b-Gebiete“
- 4.3.2. Restriktionen und Spielräume
-

hältnis zur Anzeigepflicht nach § 40 AwSV. Die vorzulegenden Unterlagen nach § 78c Abs. 2 Satz 2 WHG müssen die Angaben nach § 40 Abs. 2 AwSV sowie Nachweise für eine hochwassersichere Errichtung enthalten.¹⁷⁷

4.3.2.3.2. Bestandsanlagen

§ 78c Abs. 3 Satz 2 WHG

Heizölverbraucheranlagen, die in **Risikogebieten** außerhalb von Überschwemmungsgebieten am 5. Januar 2018 vorhanden sind, sind nach § 78c Abs. 3 Satz 2 WHG bis zum **5. Januar 2033** nach den allgemein anerkannten Regeln der Technik hochwassersicher nachzurüsten, soweit dies wirtschaftlich vertretbar ist. Sofern Heizölverbraucheranlagen wesentlich geändert werden, sind diese zum Änderungszeitpunkt hochwassersicher nachzurüsten.¹⁷⁸

Heizölverbraucheranlagen, die in **Risikogebieten** außerhalb von Überschwemmungsgebieten am 5. Januar 2018 vorhanden sind, sind nach § 78c Abs. 3 Satz 2 WHG bis zum **5. Januar 2033** nach den allgemein anerkannten Regeln der Technik hochwassersicher nachzurüsten, soweit dies wirtschaftlich vertretbar ist. Sofern Heizölverbraucheranlagen wesentlich geändert werden, sind diese zum Änderungszeitpunkt hochwassersicher nachzurüsten.¹⁷⁹

Eingeschränkte Pflicht zur Nachrüstung von Bestandsanlagen

Bezüglich der Bestimmung des Begriffes „wirtschaftliche vertretbare Kosten“ kann auf die Ausführungen unter 4.1.9.1. verwiesen werden.

Die Übergangsfrist bis zum 5. Januar 2033 ist ausreichend lang gewählt, um sich auf die Nachrüstung einzustellen. Im Gesetzgebungsverfahren ist seitens der Bundesregierung in Aussicht gestellt worden, die Nachrüstung mit **Förderprogrammen** zu unterstützen.¹⁸⁰

¹⁷⁷ Dazu der Hinweis des BMU zur Anwendung der Regelungen des Hochwasserschutzgesetzes II zur Heizölverbraucheranlage nach § 78c WHG; https://www.bmu.de/fileadmin/Daten_BMU/Download_PDF/Binnengewasser/hochwasserschutzgesetz_ii_heizolverbraucheranlagen_bf.pdf, unter 8.

¹⁷⁸ Rossi, in: Sieder/Zeitler/Dahme/Knopp, Komm. z. WHG, Stand: Juni 2018, § 78c, Rdnr. 21.

¹⁷⁹ Rossi, in: Sieder/Zeitler/Dahme/Knopp, Komm. z. WHG, Stand: Juni 2018, § 78c, Rdnr. 21.

¹⁸⁰ Dazu Rossi, in: Sieder/Zeitler/Dahme/Knopp, Komm. z. WHG, Stand: Juni 2018, § 78c, Rdnr. 21 m.w.Nachw. (auch) zu den konkreten Belegstellen in den Gesetzesmaterialien.

4. Restriktionen in Gebieten mit besonderen Anforderungen zum Hochwasserschutz

4.4. Hochwasserentstehungsgebiete

4.4. Hochwasserentstehungsgebiete

In Kapitel → 3.2.5. wurde erläutert, dass das Land Brandenburg von der in § 78d WHG vorgesehenen **Regelungsoption**, Hochwasserentstehungsgebiete festzusetzen, aufgrund der topografischen und hydrologischen Ausgangsbedingungen in Brandenburg in absehbarer Zeit keinen Gebrauch machen wird.

Nur der Vollständigkeit halber ist zu den Restriktionen, die in diesen Gebieten gelten könnten, folgendes festzuhalten:

- In festgesetzten Hochwasserentstehungsgebieten nach § 78d Abs. 3 WHG gilt als **Grundsatzgebot**, dass zur Vermeidung oder Verringerung von Gefahren durch Hochwasser, das natürliche Wasserversickerungs- und Wasserrückhaltevermögen des Bodens zu erhalten oder zu verbessern ist. Insbesondere durch die **Entsiegelung von Böden** oder durch eine nachhaltige **Aufforstung geeigneter Gebiete**.
- In § 78d Abs. 4 WHG werden bestimmte **bauliche Anlagen** von einer **Genehmigung** der zuständigen Behörde abhängig gemacht. Eine Genehmigung darf jedoch nur erteilt werden, wenn die Voraussetzungen des § 78d Abs. 5 WHG vorliegen.¹⁸¹
- § 78d Abs. 6 WHG betrifft die **Bauleitplanung** und regelt, dass neue **Baugebiete im Außenbereich** nur ausgewiesen werden dürfen, wenn in der Abwägung berücksichtigt wird: (1.) die Vermeidung einer Beeinträchtigung des Wasserversickerungs- und Wasserrückhaltevermögens des Bodens und (2.) der Ausgleich einer Beeinträchtigung durch Maßnahmen wie das Anlegen von Wald.

Restriktionen in Hochwasserentstehungsgebieten

Vorhabenzulassung

Bauleitplanung

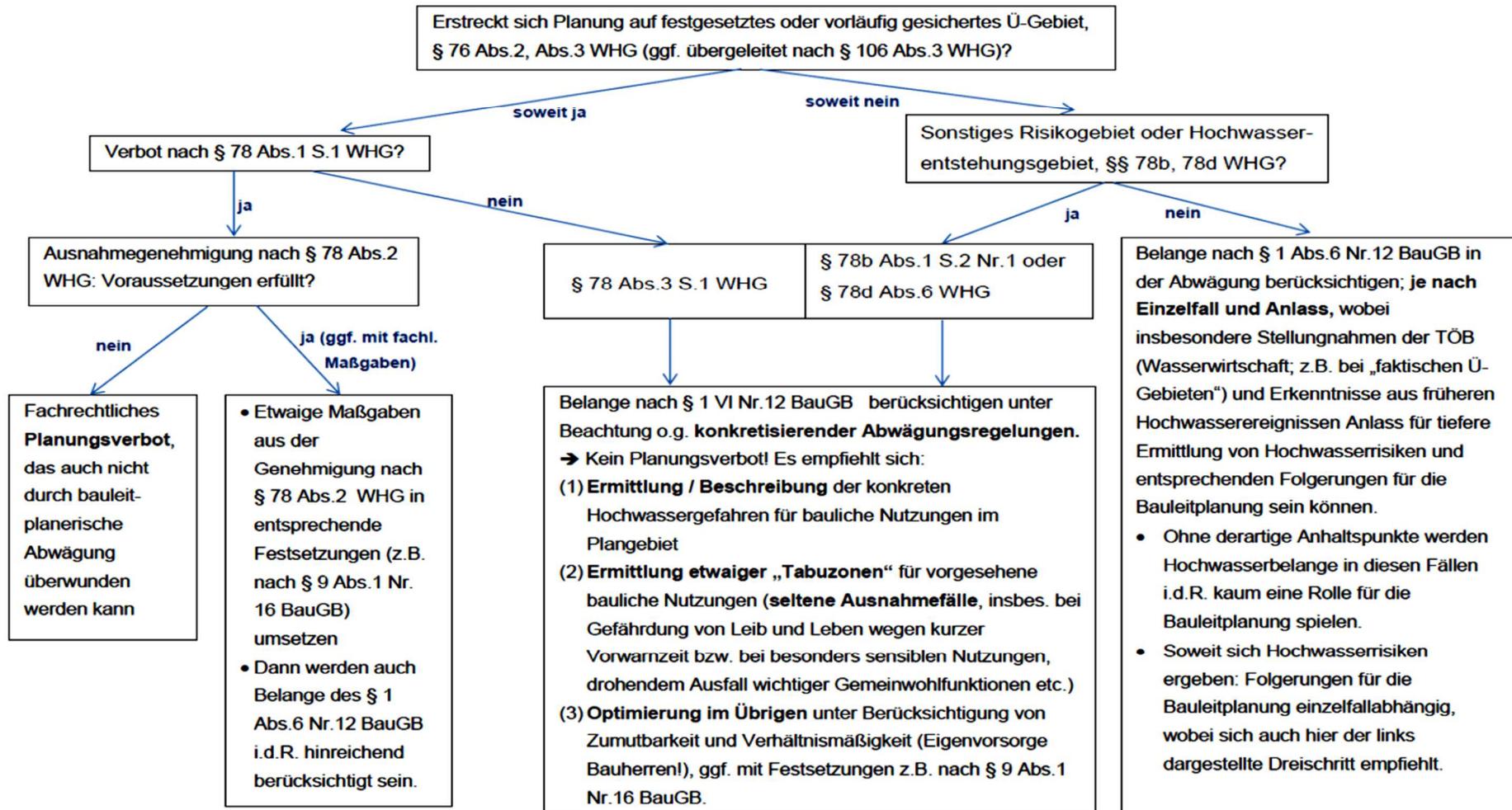
¹⁸¹ Dazu etwa *Albrecht/Neubert/Bianchin/Lupp*, UPR 2017, 368 (373 ff).

4. Restriktionen in Gebieten mit besonderen Anforderungen zum Hochwasserschutz

Gebietsart	Rechtsgrundlagen zur Ausdehnung und Festsetzung	Rechtsgrundlagen zu Restriktionen inkl. Ausnahmeregelungen	Erläuterungen/Hinweise
ÜSG	§ 76 Abs. 1 WHG		Gebiete hinter Deichen, die mindestens ein HQ ₁₀₀ kehren, gehören nicht dazu. Sie können gleichwohl Risikogebiete sein.
Festgesetzte ÜSG			Die Restriktionen sind in allen Arten von festgesetzten und in vorläufig gesicherten ÜSG identisch.
Vorländer	§ 100 Abs. 1 S. 1 BbgWG	§§ 78, 78a, 78c Abs. 1, 78c Abs. 3 S. 1 WHG	Bereits durch Gesetz festgesetzt. Grenzen nicht immer sicher bestimmbar.
HQ ₁₀₀ - Gebiete	§ 100 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 und 3 BbgWG § 76 Abs. 2 Nr. 1 WHG § 150 BbgWG		Über die Vorländer hinausgehende, bei HQ ₁₀₀ ohne menschliches Zutun überschwemmte Gebiete. Festsetzung durch den UWB niedergelegte Karten.
Polder	§ 100 Abs. 5 BbgWG § 76 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 WHG		Zur HW-Entlastung und Rückhaltung beanspruchte Gebiete i.S.d. § 76 Abs. 2 Nr. 2 WHG sind in BB nur die gesteuerten und ungesteuerten Flutungspolder. Festsetzung durch Rechtsverordnung.
DDR-Wasserrecht	§ 150 Abs. 1 BbgWG § 106 Abs. 3 WHG		Im Gegensatz zu den auf der Grundlage des BbgWG festgesetzten ÜSG existieren hierfür keine offiziellen und belastbaren digitalen Flächendaten. Die Belegenheit muss aus den historischen Papierkarten, die bei den UWB vorliegen (sollten), ermittelt werden.
Vorl. gesicherte ÜSG	§ 76 Abs. 3 WHG § 100 Abs. 7 und 1 S. 2 BbgWG		Die vorläufige Sicherung erfolgt durch Allgemeinverfügung der obersten Wasserbehörde mit stark eingeschränkter Öffentlichkeitsbeteiligung.
ÜSG nach § 76 Abs. 1 WHG	§ 76 Abs. 1 WHG	§ 77 Abs. 1 WHG	ÜSG nach § 76 Abs. 1 WHG sind ÜSG, die nicht oder noch nicht festgesetzt oder vorläufig gesichert sind (in der Literatur und Rechtsprechung oft auch als faktische ÜGB bezeichnet). Gebiete hinter Deichen, die ein HQ ₁₀₀ kehren, gehören nicht dazu.
Risikogebiete außerhalb von festgesetzten ÜSG	§ 78b Abs. 1 S. 1 WHG	§ 78b Abs. 1 S. 2 WHG § 78c Abs. 2 und 3 S. 2 und 3 WHG	In Risikogebieten hinter Deichen, die ein HQ ₁₀₀ kehren, ist weder die Eintrittswahrscheinlichkeit der Überflutung noch die Wassertiefe sicher bestimmbar, weil die Überflutung nur bei einem Deichbruch oder Deichversagen erfolgen würde. Dies ist bei den Anforderungen zu berücksichtigen.
Hochwasserentstehungsgebiete	§ 78d Abs. 1 und Abs. 2 WHG	§ 78d Abs. 3, Abs. 4, Abs. 5, Abs. 6 WHG	Diese Gebiete bestehen zurzeit in BB nicht und werden auf absehbare Zeit auch nicht festgesetzt.
Ziele der Raumordnung	LEP HR	LEP HR	In Regionalplänen werden die HQ ₁₀₀ -Bereiche aus der Fachplanung nachrichtlich übernommen.
Grundsätze der Raumordnung	LEP HR + Regionalpläne	LEP HR + Regionalpläne	

4. Restriktionen in Gebieten mit besonderen Anforderungen zum Hochwasserschutz

Berücksichtigung von Hochwasserschutz und Hochwasservorsorge in der Bauleitplanung



5. Hochwasserschutz im Bauplanungsrecht und Raumordnungsrecht

5.1. Hochwasserschutz und Bauplanungsrecht

5.1.1. Bauleitplanung

5. Hochwasserschutz im Bauplanungsrecht und Raumordnungsrecht

In diesem Kapitel gehen wir auf Belange des Hochwasserschutzes im Bauplanungsrecht (5.1.) und in der Landesplanung (5.2.) ein.

5.1. Hochwasserschutz und Bauplanungsrecht

5.1.1. Bauleitplanung

Der **Hochwasserschutz** kann dem Bebauungsplan **als städtebaulicher Belang** entgegenstehen und bei nicht hinreichender Berücksichtigung zu seiner Unwirksamkeit führen.

Hochwasserschutz als
Belang der Bauleitplanung

Die Bauleitplanung einer Gemeinde setzt sich gemäß § 1 Abs. 2 BauGB aus dem Flächennutzungsplan (vorbereitender Bauleitplan) und dem Bebauungsplan (verbindlicher Bauleitplan) zusammen. Der Flächennutzungsplan beinhaltet die für das Gemeindegebiet beabsichtigte Bodennutzung. Diese ergibt sich u. a. aus der beabsichtigten städtebaulichen Entwicklung und den voraussehbaren Bedürfnissen der Gemeinde. Bei der Aufstellung des Flächennutzungsplanes sind auch die Vorgaben aus den übergeordneten Planungsebenen, wie den Raumordnungsplänen zu berücksichtigen. Bebauungspläne gelten für bestimmte Teilgebiete und sind aus den Flächennutzungsplänen zu entwickeln (§ 8 Abs. 2 Satz 1 BauGB), sofern dieser vorhanden ist.

Bauleitpläne

Die Bauleitplanung hat den Belang des Hochwasserschutzes sowohl als Schranke hinsichtlich der *Erforderlichkeit des Plans*, als auch generell als *Abwägungsbelang* in den Blick zu nehmen. Hinzu kommt das spezialgesetzlich geregelte Planungsverbot des Wasserhaushaltsgesetzes.

Hochwasserschutz als
Planungsleitsatz bzw. Abwägungsdirektive

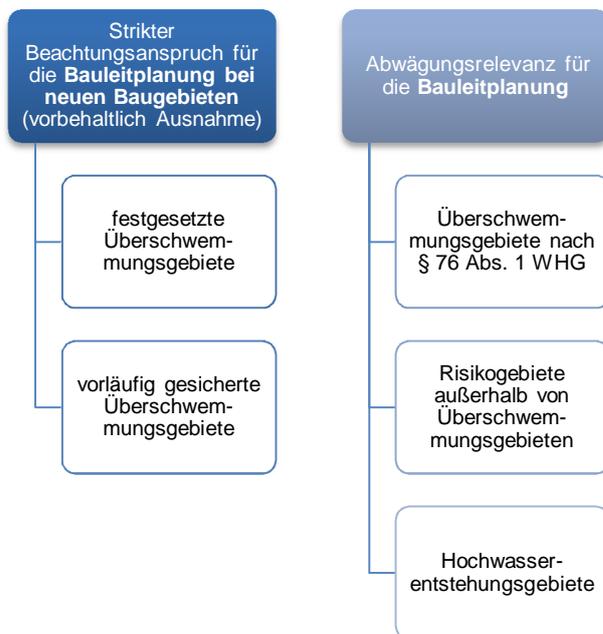
Das Planungsverbot nach § 78 Abs. 1 WHG (Verbot der Ausweisung **neuer Baugebiete im Außenbereich**) wurde bereits im Kapitel 4, 4.1.3 bis 4.1.5 ausführlich behandelt. Zusammenfassend kann an dieser Stelle festgehalten werden, dass dieses Verbot nur in festgesetzten und vorläufig gesicherten Überschwemmungsgebieten gemäß § 76 Abs. 2 und 3 WHG i.V.m. § 100 BbgWG gilt. Insofern entfaltet es einen strikten Beachtungsanspruch (vorbehaltlich der Ausnahmemöglichkeit). Im Übrigen hat der Belang Hochwasserschutz (wie

5. Hochwasserschutz im Bauplanungsrecht und Raumordnungsrecht

5.1. Hochwasserschutz und Bauplanungsrecht

5.1.1. Bauleitplanung

§ 78 Abs. 3 WHG fachgesetzlich bekräftigt) aber eine hervorgehobene Abwägungsbedeutung für die Bauleitplanung.



5.1.1.1. Erforderlichkeit

In § 1 Abs. 3 BauGB ist das Gebot der **Erforderlichkeit** von Bauleitplänen verankert, demnach sollen Gemeinden Bauleitpläne nur aufstellen, sobald und soweit es für die städtebauliche Entwicklung und Ordnung erforderlich ist. Das Gebot der Erforderlichkeit ist u. a. verletzt, wenn ein Bebauungsplan nicht vollzugsfähig ist, weil seine Umsetzung auf **unüberwindbare tatsächliche oder rechtliche Hindernisse** stößt. Schlussfolgernd kann ein Bebauungsplan mangels Vollzugsfähigkeit unwirksam sein, wenn er in einem Überschwemmungsgebiet, sei es ein Überschwemmungsgebiet nach § 76 Abs. 1 WHG oder ein festgesetztes, eine Wohnbaufläche ausweist.¹⁸² Dies ist etwa dann der Fall, wenn von der Gemeinde die strengen Anforderungen des § 78 Abs. 2 WHG umgangen oder die Anforderungen des § 78 Abs. 3 WHG im Rahmen des Aufstellungsverfahrens des Bebauungsplanes nicht eingehalten worden sind. In diesen Fällen ist absehbar, dass die spätere Bebauung

Dem vollzugsunfähigen Plan mangelt es an der Erforderlichkeit

¹⁸² Zum Verstoß eines Bebauungsplanes gegen § 1 Abs. 3 BauGB in einem Überschwemmungsgebiet nach § 76 Abs. 1 WHG, BayVGH, Ur. v. 30.7.2007 - 15 N 06.741 -, Rdnr. 22 (zitiert nach juris); ausführlich *Söfker*, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, Komm. z. BauGB, Stand: Februar 2015, § 1, Rdnr. 37 ff., mit zahlreichen Beispielen aus dem Immissionsschutzrecht, Naturschutzrecht, usw..

5. Hochwasserschutz im Bauplanungsrecht und Raumordnungsrecht

5.1. Hochwasserschutz und Bauplanungsrecht

5.1.1. Bauleitplanung

an den Vorgaben des § 78 Abs. 4 und 5 WHG – die erneut auf der Genehmigungsebene zu prüfen sind – scheitern wird.

Ein solcher Bebauungsplan kann mangels Vollziehbarkeit seine Aufgabe, die bauliche und sonstige Nutzung der Grundstücke in der Gemeinde planerisch zu leiten, nicht erfüllen.¹⁸³

Für den Fall, dass eine Gemeinde den Bebauungsplan zwar in voller Kenntnis, aber ohne sachgerechte Berücksichtigung des Hochwasserbelanges aufgestellt hat, ist sie verpflichtet, diesen Bebauungsplan wieder aufzuheben.

Pflicht zur Aufhebung des Bebauungsplans

Auch die nachträgliche Ausweisung eines Überschwemmungsgebietes, das einen rechtmäßig zustande gekommenen und bis dahin rechtswirksamen Bebauungsplan einschließt, kann zu einer Vollzugsunfähigkeit und damit zur Notwendigkeit der Aufhebung dieses Bebauungsplanes führen.

Auch die nachträgliche Ausweisung eines Überschwemmungsgebietes kann zur Unwirksamkeit des B-Planes führen

Dieser Fall kann z. B. eintreten, wenn der Bebauungsplan bei Inkrafttreten außerhalb eines Überschwemmungsgebietes lag, das seinerzeit durch eine HQ₅₀ - Linie begrenzt wurde. Eine neu auf der Grundlage von HQ₁₀₀ festgesetzte Grenze des Überschwemmungsgebietes umfasst nun auch den Geltungsbereich des rechtswirksamen Bebauungsplanes. Wegen des Bauverbotes des § 78 Abs. 4 WHG kann dies zur Vollzugsunfähigkeit des B-Planes und zur Funktionslosigkeit führen. Anders ist dies dann, wenn die Einzelvorhaben nach § 78 Abs. 5 WHG genehmigungsfähig wären.

Soweit mit hinreichender Wahrscheinlichkeit absehbar ist, dass Genehmigungen aufgrund des Bauverbotes nach § 78 Abs. 4 WHG – auch nicht ausnahmsweise nach § 78 Abs. 5 WHG – nicht erteilt werden könnten, ist der Bebauungsplan nicht mehr geeignet, eine Bebauung im Sinne einer geordneten städtebaulichen Entwicklung herbeizuführen. Dies gilt sicherlich nur dann, wenn der gesamte Bebauungsplan innerhalb des Überschwemmungsgebietes liegt und auch nicht einmal in Teilen Ausnahmegenehmigungen nach § 78 Abs. 5 WHG ergehen könnten.

¹⁸³ BayVGh, Urt. v. 30.7.2007 – 15 N 06.741 –, Rdnr. 22 (zitiert nach juris); Söfker, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, Komm. z. BauGB, Stand: Februar 2015, § 1, Rdnr. 37 ff..

5. Hochwasserschutz im Bauplanungsrecht und Raumordnungsrecht

5.1. Hochwasserschutz und Bauplanungsrecht

5.1.1. Bauleitplanung

Die Gemeinde ist deshalb gehalten, diesen Bebauungsplan in einem ordnungsgemäßen Verfahren ganz oder teilweise aufzuheben, um so den Rechtsschein, der diesem Plan noch innewohnt, zu beseitigen. Im Falle einer isolierten, ersatzlosen Aufhebung eines Bebauungsplanes wird eine eigenständige Aufhebungssatzung erforderlich. Das für den Geltungsbereich bestehende Planungsrecht wird durch diese Satzung aufgehoben, ohne dass ein neuer Bebauungsplan aufgestellt wird. Für das Aufhebungsverfahren sind die Vorschriften über die Aufstellung von Bauleitplänen anzuwenden (§ 1 Abs. 8 BauGB).¹⁸⁴

5.1.1.2. Hochwasserschutz als Abwägungsbelang nach § 1 Abs. 7 BauGB

Bei der Aufstellung von Bauleitplänen sind nach § 1 Abs. 7 BauGB die öffentlichen und privaten Belange gegeneinander und untereinander gerecht abzuwägen. Die Belange, die bei der Aufstellung der Bauleitpläne in jedem Fall zu berücksichtigen sind, sind **im Katalog des § 1 Abs. 6 BauGB** – jedoch nicht abschließend - aufgezählt, so auch

Belange des Hochwasserschutzes in der Abwägung (§ 1 Abs. 7 BauGB)

„die Belange des Küsten- oder Hochwasserschutzes und der Hochwasservorsorge, insbesondere die Vermeidung und Verringerung von Hochwasserschäden“ (§ 1 Abs. 6 Nr. 12 BauGB).¹⁸⁵

§ 1 Abs. 6 Nr. 12 BauGB

Dieser Belang ist durch das Hochwasserschutzgesetz II (Art. 2 Änderung des Baugesetzbuches) deutlicher strukturiert worden. Dem Hochwasserschutz sollte damit auf der Planungsebene ein stärkeres Gewicht zugewiesen werden.¹⁸⁶ Zu den Belangen des Hochwasserschutzes gehören insbesondere

- der Rückhalt von Hochwasser,
- die Gewährleistung eines schadlosen Hochwasserabflusses,
- der Schutz vor Hochwasserschäden

¹⁸⁴ Dazu ausführlich, „Arbeitshilfe Bebauungsplanung des Landes Brandenburg“, Stand: Jan. 2020, unter Kapitel D6.

¹⁸⁵ Stellungnahme des Bundesrates zum Hochwasserschutzgesetz II, BT-Drucks. 18/10879, S. 53.

¹⁸⁶ Dazu *Mitschang*, ZfBR 2018, 329 (334).

5. Hochwasserschutz im Bauplanungsrecht und Raumordnungsrecht

5.1. Hochwasserschutz und Bauplanungsrecht

5.1.1. Bauleitplanung

und auch

- die Vorbeugung vor Hochwasserschäden.¹⁸⁷

Obwohl der Hochwasserschutz und die Hochwasservorsorge, insbesondere die Vermeidung und Verringerung von Hochwasserschäden rechtlich detailliert in den §§ 72 ff. WHG (→ dazu **Kap. 4**) geregelt werden, begründet bereits **§ 1 Abs. 6 Nr. 12 BauGB** eine Pflicht zur Ermittlung und Berücksichtigung des Hochwasserschutzes in der bauleitplanerischen **Abwägung**. Das Wasserrecht und das Bauplanungsrecht gelten nebeneinander.

Aus den zwischenzeitlich erarbeiteten Hochwasserrisikomanagementplänen können sich hierfür spezifische Anforderungen ableiten lassen. Soweit diese Pläne Maßnahmen festlegen, haben die Gemeinden im Rahmen ihrer planerischen Abwägung darüber zu entscheiden, inwieweit diese Maßnahmen durch die Bauleitplanung umgesetzt werden können.¹⁸⁸

Für die Gemeinde bedeutet dies, dass sie dem Hochwasserschutz in ihren Bauleitplänen hinreichend Rechnung tragen muss. Das Baugesetzbuch weist mit folgenden **Festsetzungsmöglichkeiten** planerische Potenziale auf, um den Anforderungen des Hochwasserschutzes und der Vermeidung und Verringerung von Hochwasserschäden gerecht zu werden:

Festsetzungsmöglichkeiten

Vorbeugende Festsetzungsmöglichkeiten:

- § 9 Abs. 1 Nr. 14 BauGB (Flächen für Rückhaltung, Versickerung von Niederschlagswasser)
- § 9 Abs. 1 Nr. 15 BauGB (Grünflächen),
- § 9 Abs. 1 Nr. 18 a, b BauGB (Landwirtschaft, Wald),
- § 9 Abs. 1 Nr. 20 BauGB (Pflege, Schutz und Entwicklung von Boden, Natur und Landschaft).

¹⁸⁷ Söfker, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger; Komm. z. BauGB, Stand: August 2017, § 1, Rdnr. 178a; Köck, in: Faßbender/Köck, Aktuelle Fragen und Entwicklungen im Hochwasserschutzrecht, 1. Auflage (2017), S. 163.

¹⁸⁸ Köck, in: Faßbender/Köck, Aktuelle Fragen und Entwicklungen im Hochwasserschutzrecht, 1. Auflage (2017), S. 163.

5. Hochwasserschutz im Bauplanungsrecht und Raumordnungsrecht

5.1. Hochwasserschutz und Bauplanungsrecht

5.1.1. Bauleitplanung

Festsetzungsmöglichkeiten mit unmittelbarem Bezug zum Hochwasserschutz im Gemeindegebiet:

- § 9 Abs. 1 Nr. 16 BauGB (Flächen für Wasserwirtschaft, Hochwasserschutzanlagen, Regelungen des Wasserabflusses)
 - a) die Wasserflächen und die Flächen für die Wasserwirtschaft,
 - b) die Flächen für Hochwasserschutzanlagen und für die Regelung des Wasserabflusses,
 - c) Gebiete, in denen bei der Errichtung baulicher Anlagen bestimmte bauliche oder technische Maßnahmen getroffen werden müssen, die der Vermeidung oder Verringerung von Hochwasserschäden einschließlich Schäden durch Starkregen dienen, sowie die Art dieser Maßnahmen,
 - d) die Flächen, die auf einem Baugrundstück für die natürliche Versickerung von Wasser aus Niederschlägen freigehalten werden müssen, um insbesondere Hochwasserschäden, einschließlich Schäden durch Starkregen, vorzubeugen;
- § 9 Abs. 1 Nr. 2 BauGB § 23 BauNVO (überbaubare, nicht überbaubare Grundstücksflächen),
- § 9 Abs. 1 Nr. 10 BauGB (freizuhaltende Flächen),
- § 9 Abs. 1 Nr. 14 BauGB (Rückhaltung und Versickerung von Niederschlagswasser)
- § 9 Abs. 3 Satz 1 BauGB (Festsetzung der Höhenlage).

Festsetzungen zur Vorbereitung und Durchführung einer Flächen-sparstrategie:

- § 9 Abs. 1 Nr. 1 BauGB, § 16 ff. BauNVO (Maß der baulichen Nutzung),
- § 9 Abs. 1 Nr. 2 BauGB § 23 BauNVO (überbaubare, nicht überbaubare Grundstücksflächen),
- § 9 Abs. 1 Nr. 3 BauGB (Mindest- und/oder Höchstmaße),
- § 9 Abs. 1 Nr. 20 BauGB (Maßnahmen zum Schutz, zur Pflege und zur Entwicklung von Boden, Natur und Landschaft),
- § 9 Abs. 1 Nr. 25 BauGB (Anpflanzen von Bäumen, Sträuchern oder sonstigen Bepflanzungen etc.).

Die Gemeinde wird also bei der Aufstellung von Bebauungsplänen daher stets in Erwägung ziehen müssen, Flächen von einer Bebauung freizu-

5. Hochwasserschutz im Bauplanungsrecht und Raumordnungsrecht

5.1. Hochwasserschutz und Bauplanungsrecht

5.1.1. Bauleitplanung

halten (§ 9 Abs. 1 Nr. 10 BauGB), auch wenn Überschwemmungsgebiete noch nicht festgesetzt oder vorläufig gesichert sind. Dies gilt zumindest dann, wenn der Bebauungsplan innerhalb eines Risikogebietes nach § 99 Abs. 1 BbgWG i.V.m. § 73 Abs. 1 WHG aufgestellt wird.

Aber auch wenn solche Gebiete festgesetzt oder vorläufig gesichert sind oder Baugebiete nach Maßgabe des § 78 Abs. 2 WHG *ausnahmsweise* ausgewiesen werden könnten, ist zusätzlich seitens der Gemeinde eine bauleitplanerische Abwägung im Hinblick auf den Belang des Hochwasserschutzes vorzunehmen.¹⁸⁹

Die Gemeinde hat sich auch unabhängig davon, ob ein Gebiet nach § 76 Abs. 2 WHG festgesetzt werden muss oder nicht, im Rahmen der Abwägung mit der Frage zu befassen, ob Belange des Hochwasserschutzes gegen die Ausweisung eines Baugebietes sprechen.¹⁹⁰ Sollen nämlich Flächen überplant werden, die nicht als Überschwemmungsgebiet festgesetzt sind und auch nicht nach § 106 Abs. 3 WHG als Überschwemmungsgebiet gelten, muss die Gemeinde vor der Überplanung hochwassergefährdeter Gebiete im Rahmen der Abwägung nach § 1 Abs. 6 Nr. 12 BauGB mögliche Hochwassergefahren ermitteln, im Umweltbericht fachlich bewerten und insbesondere durch Festsetzungen nach § 9 Abs. 1 Nr. 16c BauGB bzw. Regelungen eines städtebaulichen Vertrages Vorsorge dafür treffen, dass keine Gefahren für die im Baugebiet lebenden Menschen oder für Sachwerte entstehen. Auch in den nicht förmlich festgesetzten Gebieten nach § 76 Abs. 1 WHG und § 77 Satz 1 WHG sind die Belange des Hochwasserschutzes mit einem erheblichen Gewicht zu berücksichtigen. Orientierungshilfen für die Überplanung dieser Gebiete enthalten die in § 78 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 bis 9 und Satz 2 WHG beschriebenen hochwasserschutzrechtlichen Voraussetzungen, denen im Einzelnen zu entnehmen ist, nach welchen Kriterien Hochwassergefahren für Menschen oder Sachen ausgeschlossen oder zumindest minimiert werden können.¹⁹¹

Über das **Abwägungsgebot** und über § 1 Abs. 6 Nr. 12 BauGB fließen die Belange des Hochwasserschutzes somit insbesondere in den Gebieten in das Planverfahren ein, in denen eine vorläufige oder endgültige

¹⁸⁹ Gaentzsch, in: Berliner Komm. z. BauGB, 43. EL, Stand: August 2018, § 1, Rdnr. 77 a.

¹⁹⁰ Schrödter/Wahlhäuser, in: Schrödter, Komm. z. BauGB, 9. Auflage (2019), § 1, Rdnr. 498a.

¹⁹¹ Schrödter/Wahlhäuser, in: Schrödter, Komm. z. BauGB, 9. Auflage (2019), § 1, Rdnr. 498a.

5. Hochwasserschutz im Bauplanungsrecht und Raumordnungsrecht

5.1. Hochwasserschutz und Bauplanungsrecht

5.1.1. Bauleitplanung

Festsetzung der Überschwemmungsgebiete noch nicht vorgenommen worden ist.

Des Weiteren sind gemäß § 1 Abs. 6 Nr. 1 BauGB die allgemeinen Anforderungen an **gesunde Wohn- und Arbeitsverhältnisse** und die Sicherung der Wohn- und Arbeitsbevölkerung zu berücksichtigen. Auch diese Belange weisen einen konkreten Bezug zu möglichen Gefahren durch Hochwasser auf und sind als Planungsgrundsätze einer sachgerechten Abwägung zuzuführen.¹⁹² Zudem sind die Darstellungen in Landschaftsplänen sowie in *sonstigen Plänen*, insbesondere *des Wasserrechts* (§ 1 Abs. 6 Nr. 7g BauGB)¹⁹³, zu beachten. Schließlich ist das Erhaltungsgebot gemäß § 77 WHG im Zusammenhang mit der Bauleitplanung in Überschwemmungsgebieten als Optimierungsgebot neben den Voraussetzungen für die Planung gemäß § 78 Abs. 1 und 2 WHG zu berücksichtigen.¹⁹⁴

Gesunde Wohn- und Arbeitsverhältnisse

Erhaltungsgebot gemäß § 77 WHG, dazu unter 4.2

Bei der Ermittlung und Bewertung der betroffenen Belange ist die *Intensität einer Gefährdung*, z. B. die Lage des Plangebietes in einem Überschwemmungsgebiet nach § 76 Abs. 1 WHG in die Abwägung einzustellen.

Berücksichtigung der Intensität der Gefährdung

Die Ermittlung hat sich an den Faktoren zu orientieren, die für das Hochwasser maßgeblich sind, etwa durchschnittliche/r

- Hochwasserstand,
- Fließgeschwindigkeit im Hochwasserfall,
- Niederschlagsmenge,
- Kapazität der natürlichen Wasserspeicher,
- Bewuchs, Boden, Gelände,
- vorhandenes Gewässernetz,

¹⁹² Hünnekens/Arnold, BauR 2006, 1232 (1239).

¹⁹³ Hierzu zählen u.a. auch die ehemaligen Hochwasserschutzpläne. Diese wurden überführt in die Risikomanagementpläne.

¹⁹⁴ Hünnekens/Arnold, BauR 2006, 1232 (1239); Paul/Pfeil, NVwZ 2006, 505 (509).

5. Hochwasserschutz im Bauplanungsrecht und Raumordnungsrecht

5.1. Hochwasserschutz und Bauplanungsrecht

5.1.1. Bauleitplanung

- Vorhandensein zulänglicher Einrichtungen des baulichen oder technischen Hochwasserschutzes, wie Deiche, Talsperren und Rückhaltebecken.

Hier kann die Einholung eines hydraulischen und/oder hydrologischen Fachgutachtens im Einzelfall geboten sein.

In § 78 Abs. 3 WHG wird nunmehr ausdrücklich klargestellt, dass bei der Aufstellung, Änderung oder Ergänzung von Bauleitplänen für bereits überplante Gebiete (mit qualifizierten oder vorhabenbezogenen Bebauungsplänen) oder innerhalb der im Zusammenhang bebauten Ortsteile (§ 34 BauGB-Gebiete) im Rahmen der Abwägung nach § 1 Abs. 7 BauGB die Anforderungen der Nummern 1 bis 3 zu berücksichtigen sind:

- die Vermeidung nachteiliger Auswirkungen auf Oberlieger und Unterlieger,
- die Vermeidung einer Beeinträchtigung des bestehenden Hochwasserschutzes und
- die hochwasserangepasste Errichtung von Bauvorhaben.

Das Wort „insbesondere“ in § 78 Abs. 3 WHG zeigt jedoch ebenfalls, dass auch weitere Belange von Bedeutung sein können, wofür z. B. § 78 Abs. 2 Nr. 3-5, 9 WHG in Betracht kommen.¹⁹⁵ Diese sind:

- § 78 Abs. 2 Nr. 3 WHG - eine Gefährdung von Leben oder Gesundheit oder erhebliche Sachschäden dürfen nicht zu erwarten sein,
- § 78 Abs. 2 Nr. 4 WHG - der Hochwasserabfluss und die Höhe des Wasserstandes dürfen nicht nachteilig beeinflusst werden,
- § 78 Abs. 2 Nr. 5 WHG - die Hochwasserrückhaltung wird nicht beeinträchtigt und der Verlust von verlorengelassenem Rückhalteraum wird umfang-, funktions- und zeitgleich ausgeglichen und

¹⁹⁵ Mitschang, UPR 2018, 361, 365.

5. Hochwasserschutz im Bauplanungs- und Raumordnungsrecht

5.1. Hochwasserschutz und Bauplanungsrecht

5.1.1. Bauleitplanung

- § 78 Abs. 2 Nr. 9 WHG - die Bauvorhaben werden so errichtet, dass bei dem Bemessungshochwasser, das der Festsetzung des Überschwemmungsgebietes zugrunde liegt, keine baulichen Schäden zu erwarten sind.

Der Gesetzgeber hat zudem mit den Risikogebieten außerhalb von festgesetzten und vorläufig gesicherten Überschwemmungsgebieten und den Hochwasserentstehungsgebieten Gebietstypen normiert, in welchen keine strikten Planungsschranken für die Bauleitplanung geregelt sind. In diesen Gebieten sind aber die sich aus den Schutzzwecken der Gebiete ergebenden Belange zum Hochwasserschutz im Rahmen der Abwägung nach § 1 Abs. 7 BauGB zu berücksichtigen.

Für Risikogebiete außerhalb von festgesetzten Überschwemmungsgebieten bestimmt § 78b Abs. 1 Satz 3 Nr. 1 WHG, dass insbesondere der Schutz von Leben und Gesundheit und die Vermeidung erheblicher Sachschäden in der Abwägung nach § 1 Abs. 7 BauGB zu berücksichtigen sind. Diese Rechtsgüter können in einem Hochwasserfall in hohem Maße gefährdet sein. Die Abwägung mit anderen öffentlichen Belangen einschließlich weiterer relevanter Aspekte des Hochwasserschutzes wird durch § 78b WHG nicht ausgeschlossen.¹⁹⁶ Diese Norm stellt nur die Mindestvoraussetzungen im Hinblick auf die einzubeziehenden Belange vor („insbesondere“).

Berücksichtigung des Schutzes von Leben und Gesundheit nach § 78b WHG für Risikogebiete außerhalb von Überschwemmungsgebieten

Bei den Hochwasserentstehungsgebieten nach § 78d Abs. 1 WHG ist nach § 78d Abs. 6 WHG bei der Ausweisung neuer Baugebiete im Außenbereich die Vermeidung einer Beeinträchtigung des Wasserversickerungs- oder Wasserrückhaltevermögens des Bodens und der Ausgleich einer Beeinträchtigung durch Maßnahmen wie das Anlegen von Wald oder die Schaffung von Rückhalteräumen im Hochwasserentstehungsgebiet im Rahmen der Abwägung nach § 1 Abs. 7 BauGB zu berücksichtigen.

Berücksichtigung des Wasserversickerungs-, Wasserrückhaltevermögens des Bodens und von Ausgleichsmaßnahmen für Hochwasserentstehungsgebiete nach § 78d WHG

¹⁹⁶ Berendes, Komm. z. WHG, 2. Auflage (2018), § 78b, Rdnr. 3.

5. Hochwasserschutz im Bauplanungs- und Raumordnungsrecht

5.1. Hochwasserschutz und Bauplanungsrecht

5.1.2. Kennzeichnungspflichten

5.1.2. Kennzeichnungspflichten

Im **Bebauungsplan** sollen nach **§ 9 Abs. 6a BauGB**

- festgesetzte Überschwemmungsgebiete gemäß § 76 Abs. 2 WHG,
- Risikogebiete außerhalb von Überschwemmungsgebieten im Sinne des § 78b Abs. 1 WHG

sowie

- Hochwasserentstehungsgebiete im Sinne des § 78d Abs. 1 WHG (in Brandenburg nicht erforderlich)

nachrichtlich übernommen werden.

Noch nicht festgesetzte Überschwemmungsgebiete im Sinne des § 76 Abs. 3 WHG sowie als Risikogebiete im Sinne des § 73 Abs. 1 Satz 1 WHG bestimmte Gebiete sollen im Bebauungsplan vermerkt werden.

Eine dem entsprechende Regelung enthält **§ 5 Abs. 4a BauGB** zu den Darstellungen des **Flächennutzungsplanes**.

Hinweis

Das Fehlen einer gebotenen nachrichtlichen Übernahme bzw. eines verlangten Vermerks berührt die Wirksamkeit des Bebauungsplanes nicht. Dieser Fehler ist nach § 214 Abs. 1 BauGB nicht beachtlich, kann aber im Genehmigungsverfahren des Bauleitplans von der genehmigenden Stelle gerügt werden. Spätere Festsetzungen von Überschwemmungsgebieten können nachträglich ohne das förmliche Verfahren der Planänderung oder Planergänzung in den Bebauungsplan übernommen werden. Das Fehlen einer entsprechenden Kennzeichnung kann - sofern daraufhin Schäden entstehen – unter weiteren Umständen und Voraussetzungen Amtshaftungsansprüche zur Folge haben.

Nachrichtliche Darstellung bzw. Kennzeichnung von Überschwemmungsgebieten

Fehlerfolgen

5. Hochwasserschutz im Bauplanungs- und Raumordnungsrecht

5.1. Hochwasserschutz und Bauplanungsrecht

5.1.3. Vorhabenzulassung

5.1.3. Vorhabenzulassung

In Kap. 4, 4.1.6. und 4.1.7., ist im Einzelnen erläutert worden, welche **Restriktionen in festgesetzten Überschwemmungsgebieten** gemäß § 78 Abs. 4 und 5 WHG gelten. Auf das Erhaltungs- und Wiederherstellungsgebot gemäß § 77 WHG in Überschwemmungsgebieten, die nicht förmlich festgesetzt sind (**Überschwemmungsgebiete nach § 76 Abs. 1 WHG**), ist in Kap. 4, 4.2., 4.2.2 ebenfalls bereits ausführlich eingegangen. Hierauf kann verwiesen werden. Ebenso kann hinsichtlich der Anforderungen, die sich für **Bauvorhaben in Risikogebieten außerhalb von Überschwemmungsgebieten** nach § 78b Abs. 1 Nr. 2 WHG ergeben, auf die Darstellung in → Kap. 4, 4.3. verwiesen werden.

Aus dem Baugesetzbuch ergeben sich noch folgende zusätzliche Anforderungen:

5.1.3.1. Unbeplanter Innenbereich, § 34 BauGB (Gesunde Wohn- und Arbeitsverhältnisse)

Innenbereich (§ 34 BauGB)

Unabhängig von der wasserrechtlichen Beurteilung ist die Zulassung eines Vorhabens im Wesentlichen anhand des Tatbestandsmerkmals des sich Einfügens gemäß § 34 BauGB in die nähere Umgebung zu beurteilen. Das Einfügen ist anhand objektiver städtebaulicher Gegebenheiten der näheren Umgebung (Art, Maß der Nutzung usw.) zu prüfen.

Wasserrechtlicher Belang; Keine Frage des Einfügens in die nähere Umgebung

Ein Überschwemmungsgebiet bzw. die wasserrechtliche Beurteilung hinsichtlich der Gefährdung eines schadlosen Wasserabflusses kann im Rahmen der Vorhabenzulassung nach § 34 BauGB nur im Einzelfall die Unzulässigkeit des Vorhabens bewirken, wenn dadurch die **gesunden Wohn- und Arbeitsverhältnisse** erheblich beeinträchtigt werden. Dies kann aber nur dann angenommen werden, wenn im Falle einer Überschwemmung eine konkrete Gefahr für Leib und Leben der Bewohner oder der Nachbarn besteht, das Gebäude im Falle plötzlich auftretenden Hochwassers gewissermaßen weggespült würde¹⁹⁷ oder in der konkreten Hochwassersituation Rettungswege nicht mehr benutzbar sind, sodass sich daraus Gefahren für Leben oder Gesundheit ergeben. Ob und

Eventuell Beeinträchtigung der gesunden Wohn- und Arbeitsverhältnisse nach § 34 Abs. 1 Satz 2 BauGB

¹⁹⁷ So auch ARGE BAU, Handlungsanleitung zur Hochwasservorsorge und zum Hochwasserschutz in der Raumordnungs- und Bauleitplanung sowie bei der Zulassung von Einzelvorhaben (Stand: 26. November 2018), unter 4.3.2, S. 34.

5. Hochwasserschutz im Bauplanungs- und Raumordnungsrecht

5.1. Hochwasserschutz und Bauplanungsrecht

5.1.3. Vorhabenzulassung

inwieweit diese Rahmenbedingungen vorliegen, muss jeweils während der Vorhabenzulassung im Einzelfall geprüft werden.

Beispiel¹⁹⁸

Der Bauherr beantragt im Innenbereich (§ 34 BauGB) die Errichtung eines Einfamilienhauses in Bungalowbauweise. Die nähere Umgebung weist 1 bis 3-geschossige Bebauung auf; das Vorhaben fügt sich in diesen Rahmen ein. Allerdings ist das Baugebiet als Überschwemmungsgebiet nach § 76 Abs. 1 WHG zu qualifizieren.

Das Vorhaben ist – allerdings vorbehaltlich der Prüfung des § 77 WHG – nur dann nicht nach § 34 Abs. 1 BauGB genehmigungsfähig, wenn die gesunden Wohnverhältnisse beeinträchtigt sind (§ 34 Abs. 1 Satz 2 BauGB). Es wäre zu untersuchen, ob alleine aus der Bungalowbauweise auf eine Gefährdung von Leib und Leben der Bewohner geschlossen werden kann. Hierfür wird es maßgebend auf den zu prognostizierenden Wasserstand im Hochwasserfall und die Fließgeschwindigkeit ankommen.

5.1.3.2. Außenbereich, § 35 BauGB

Außenbereich (§ 35 BauGB)

Soll ein Vorhaben im Außenbereich realisiert werden, dementsprechend in einem Gebiet, das weder im Geltungsbereich eines (qualifizierten) Bebauungsplanes noch im unbeplanten Innenbereich (§ 34 BauGB) liegt, richtet sich die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit nach § 35 BauGB.

§ 35 BauGB differenziert zwischen sogenannten *privilegierten Vorhaben* und *nicht privilegierten Vorhaben*. Die in § 35 Abs. 1 BauGB genannten privilegierten Vorhaben sind dem Außenbereich zugewiesen und sollen grundsätzlich dort realisiert werden, es sei denn, öffentliche Belange stehen diesem Vorhaben entgegen. Sonstige Vorhaben nach § 35 Abs. 2 BauGB können nur im Einzelfall zugelassen werden, wenn ihre Ausführung oder Benutzung öffentliche Belange nicht beeinträchtigt und die Erschließung gesichert ist. Damit kommt die gesetzgeberische Wertung zum Ausdruck, dass der Außenbereich von baulichen Anlagen grundsätzlich freigehalten werden soll, soweit diese nicht ihrem Wesen nach in den Außenbereich gehören. In diesem Sinne ist die Gefahr, dass

¹⁹⁸ Das Fallbeispiel wurde im Rahmen einer Veranstaltung der Verfasser von einer Mitarbeiterin einer unteren Bauaufsichtsbehörde geschildert.

5. Hochwasserschutz im Bauplanungs- und Raumordnungsrecht

5.1. Hochwasserschutz und Bauplanungsrecht

5.1.3. Vorhabenzulassung

der Außenbereich mit hochwasserunverträglichen baulichen Anlagen, wie Wohngebäuden, bebaut wird, praktisch geringer.

Darüber hinaus sind die Belange des vorsorgenden Hochwasserschutzes selbstverständlich auch im Außenbereich – sowohl bei privilegierten, als auch bei nicht privilegierten Vorhaben – als öffentlicher Belang nach **§ 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 6 BauGB** zu berücksichtigen.

Hochwasserschutz fließt über § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 6 BauGB ein

Dabei kann sich im Rahmen der Einzelfallentscheidung an den Voraussetzungen des § 78 Abs. 5 WHG (→ dazu oben Kap. 4, 4.1.7.) orientiert werden. Ein Vorhaben gefährdet den Hochwasserschutz dann nicht, wenn die Voraussetzungen erfüllt sind, unter denen es in einem festgesetzten bzw. einem vorläufig gesicherten Überschwemmungsgebiet nach § 78 Abs. 5 WHG zugelassen werden dürfte.¹⁹⁹

Bei privilegierten Vorhaben im Sinne von § 35 Abs. 1 BauGB dürfen Belange des Hochwasserschutzes nicht *entgegenstehen*. Bei den sonstigen Vorhaben ist bereits eine mögliche *Beeinträchtigung* des vorsorgenden Hochwasserschutzes ein Versagungsgrund. Dieser Belang kann auch den sonstigen Vorhaben, welche nach § 35 Abs. 4 BauGB besonders begünstigt werden, entgegengehalten werden. Im Übrigen sind auch Ziele der Raumordnung gemäß § 35 Abs. 3 Satz 2 und 3 BauGB zu beachten.

Beispiel²⁰⁰

Der Kläger möchte einen bauplanungsrechtlichen Vorbescheid für den Bau von drei Einfamilienhäusern auf einer Außenbereichsfläche. Die Wasserbehörde nahm in diesem Verfahren Stellung und teilte mit, dass es sich bei dem Grundstück um eine Rückhaltefläche handele, da es an ein Gewässer II. Ordnung grenze. Vor einigen Jahren (1995) sei das Grundstück bereits größtenteils überflutet gewesen. Im Flächennutzungsplan ist das Grundstück als landwirtschaftliche Fläche im Landschaftsschutzgebiet dargestellt.

Das Vorhaben ist als sonstiges Vorhaben nach § 35 Abs. 2 BauGB bauplanungsrechtlich nicht zulässig, weil es öffentliche Belange beeinträchtigt (§ 35 Abs. 3 BauGB). Es besteht bereits ein Widerspruch zu den Darstellungen des Flächennutzungsplanes, wonach es sich um

¹⁹⁹ BayVGh, Beschl. v. 26.1.2009 – 1 B 07.151 –, Rdnr. 12, (zitiert nach juris).

²⁰⁰ Nach VG München, Urt. v. 18.6.2008 – M 9 K 07.4175.

5. Hochwasserschutz im Bauplanungs- und Raumordnungsrecht

5.1. Hochwasserschutz und Bauplanungsrecht

5.1.3. Vorhabenzulassung

eine landwirtschaftliche Fläche mit besonderer Bedeutung für den Naturhaushalt handelt (§ 35 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BauGB). Zudem gefährdet das Vorhaben auch den Hochwasserschutz, § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 6 BauGB i. V. m. §§ 76 Abs. 1 Satz 1 i. V. m. 77 WHG. Nach der Stellungnahme des Wasserwirtschaftsamtes liegt das Vorhaben in einem Überschwemmungsgebiet nach § 76 Abs. 1 WHG und wurde bei einem Hochwasserereignis 1995 größtenteils überflutet. Einer Festsetzung des Überschwemmungsgebietes – wie es § 76 Abs. 2 WHG vorsieht – bedarf es dazu nicht, da § 76 Abs. 1 Satz 1 WHG allein darauf abstellt, ob ein Überschwemmungsgebiet nach § 76 Abs. 1 WHG tatsächlich vorliegt. Eine Bebauung im Überschwemmungsgebiet gefährdet den Hochwasserschutz. Dementsprechend bestimmt § 77 WHG, dass Überschwemmungsgebiete nach § 76 Abs. 1 Satz 1 WHG in ihrer Funktion als Rückhalteflächen zu erhalten sind, soweit dem keine überwiegenden Gründe des Wohls der Allgemeinheit entgegenstehen²⁰¹. Das private Bauvorhaben des Klägers stellt keinen überwiegenden Grund des Wohls der Allgemeinheit dar, der der Freihaltung des Überschwemmungsgebiets entgegensteht.

5.1.3.3. Vorhaben im beplanten Gebiet (§ 30 BauGB)

Im Planbereich (§ 30 BauGB) ist ein Vorhaben zulässig, wenn es den Festsetzungen des Bebauungsplanes entspricht und die Erschließung gesichert ist.

Auf der Genehmigungsebene²⁰² ist unabhängig davon, ob der Bebauungsplan nach § 78 Abs. 2 und 3 WHG aufgestellt worden ist oder nicht, § 78 Abs. 4 und 5 WHG zu prüfen (dazu bereits oben → Kap. 4, 4.1.6 und 4.1.7).

²⁰¹ In diese Richtung auch BayVGh, Beschl. v. 31.8.2009 – 8 ZB 09.1618 –, Rdnr. 7 (zitiert nach juris)

²⁰² Bei Übereinstimmung mit dem Bebauungsplan können Gebäude der Gebäudeklassen 1 oder 2 unter den Voraussetzungen des § 62 BauO Bbg auch der Genehmigungsfreistellung unterliegen. Hier ist zunächst dafür Sorge zu tragen, dass ein Baugenehmigungsverfahren durchgeführt wird (Wahlrecht des Bauherrn) oder eine Untersagung auszusprechen, um die betroffenen Hochwasserschutzbelange sorgfältig prüfen zu können.

5.2. Raumordnungsrecht

Ein effektiver Hochwasserschutz wird neben den Vorschriften des Wasserrechts des Bundes, der Länder und den europarechtlichen Vorgaben auch durch Normen des Raumordnungsrechts gewährleistet. Unter Raumordnung ist die planmäßige Ordnung, Entwicklung und Sicherung von größeren Gebietseinheiten zur Gewährleistung einer dauerhaften Nutzung des Lebensraumes zu verstehen. Dabei sind unterschiedliche Ansprüche an den Raum aufeinander abzustimmen und die auf der jeweiligen Planungsebene auftretenden Konflikte auszugleichen. Zudem ist Vorsorge für einzelne Nutzungen und Funktionen des Raumes zu treffen (§ 1 Abs. 1 Satz 2 ROG). Die Leitvorstellung der genannten Aufgaben ist eine nachhaltige Raumentwicklung, die die sozialen und wirtschaftlichen Ansprüche an den Raum mit seinen ökologischen Funktionen in Einklang bringt und zu einer dauerhaften, großräumig ausgewogenen Ordnung mit gleichwertigen Lebensverhältnissen in den Teilräumen führt (§ 1 Abs. 2 ROG).

Raumordnung in den Ländern ist die zusammenfassende, überörtliche und fachübergreifende Planung für die räumliche Entwicklung eines Bundeslandes. In der Hauptstadtregion Berlin-Brandenburg wird diese Planung gemeinsam von beiden Ländern betrieben und es werden gemeinsame Raumordnungspläne für den Gesamtraum und für Teilräume der Länder aufgestellt. Dafür erarbeitet die Gemeinsame Landesplanungsabteilung Berlin-Brandenburg (GL) im Zusammenwirken mit den Trägern der Fachplanung, den kommunalen Gebietskörperschaften und den Bürgerinnen und Bürgern zukunftsorientierte raumordnerische Planungskonzepte und Planungsentwürfe für die Entwicklung der Hauptstadtregion. Die gemeinsamen formellen Regelungen enthalten

- das Landesentwicklungsprogramm 2007 (LEPro 2007)

und die

- gemeinsamen Landesentwicklungspläne (Landesentwicklungsplan Hauptstadtregion Berlin-Brandenburg (LEP HR)²⁰³, Landesentwicklungsplan Flughafenstandortentwicklung (LEP FS)).

²⁰³ Verordnung über den Landesentwicklungsplan Hauptstadtregion Berlin-Brandenburg (LEP HR) vom 29. April 2019 (GVBl. II – 2019, Nr. 35, am 1. Juli 2019 in Kraft getreten).

5. Hochwasserschutz im Bauplanungs- und Raumordnungsrecht

5.2. Raumordnungsrecht

Die Vorgaben aus den gemeinsamen Raumordnungsplänen der beiden Länder und aus dem Raumordnungsgesetz des Bundes werden im Land Brandenburg durch Regionalpläne konkretisiert. Es gibt fünf Regionale Planungsgemeinschaften als Träger der Regionalplanung nach dem Gesetz der Regionalplanung und zur Braunkohlen- und Sanierungsplanung (RegBkPIG):

- „Prignitz-Oberhavel“ (mit den Landkreisen Oberhavel, Ostprignitz-Ruppin und Prignitz)
- „Uckermark-Barnim“ (mit den Landkreisen Uckermark und Barnim)
- „Oderland-Spree“ (mit den Landkreisen Märkisch-Oderland, Oder-Spree und der kreisfreien Stadt Frankfurt (Oder),
- „Lausitz-Spreewald“ (mit den Landkreisen Oberspreewald-Lausitz, Dahme-Spreewald, Elbe-Elster und Spree-Neiße sowie der kreisfreien Stadt Cottbus),

und

- „Havelland-Fläming“ (mit den Landkreisen Potsdam-Mittelmark, Havelland und Teltow-Fläming sowie den kreisfreien Städten Potsdam und Brandenburg an der Havel).²⁰⁴

Zusammenfassende (sog. integrierte) Regionalpläne umfassen Regelungen zur Siedlungs-, Freiraum- und Infrastruktur.

Der vorbeugende Hochwasserschutz stellt auch ein Handlungsfeld der Raumordnung im Land Brandenburg dar (verankert im LEP HR und den künftigen integrierten Regionalplänen). Die in den Raumordnungsplänen enthaltenen Ziele und Grundsätze beeinflussen die Bauleitplanung (vgl. nur § 1 Abs. 4 BauGB) sowie – insbesondere im Außenbereich (§ 35 Abs. 3 BauGB) – die Vorhabenzulassung.

²⁰⁴ § 3 Abs. 2 RegBkPIG.

5. Hochwasserschutz im Bauplanungs- und Raumordnungsrecht

5.2. Raumordnungsrecht

5.2.1. Überblick

5.2.1. Überblick

Mit Blick auf die Leitvorstellung einer „nachhaltigen Raumentwicklung“ sieht § 2 Abs. 2 Nr. 6 ROG²⁰⁵ einen Grundsatz der Raumordnung vor, dass an der Küste und im Binnenland für den vorbeugenden Hochwasserschutz zu sorgen ist, im Binnenland vor allem durch Sicherung oder Rückgewinnung von Auen, Rückhalteflächen und Entlastungsflächen.²⁰⁶ Dieser bundesrechtlich geregelte Grundsatz der Raumordnung wird in den Raumordnungsplänen der Länder²⁰⁷ konkretisiert. Darüber hinaus stellt § 13 Abs. 5 Satz 1 Nr. 2d ROG klar, dass die Raumordnungspläne hinsichtlich der Festlegungen zur anzustrebenden Freiraumstruktur auch Freiräume zur Gewährleistung des vorbeugenden Hochwasserschutzes beinhalten sollen.

**Hochwasserschutz
als Erfordernis der
Raumordnung**

Der **Landesentwicklungsplan Hauptstadtregion Berlin-Brandenburg (LEP HR)** trifft Festlegungen zum vorbeugenden Hochwasserschutz. Er legt in einem Grundsatz (G 8.4) der Raumordnung fest, dass in den Gebieten, die bei einem Hochwasserereignis mit einem statistischen Wiederkehrintervall von 100 Jahren natürlicherweise überschwemmt werden, sowie in Flutungspoldern bei Planungen und Maßnahmen den Belangen des vorbeugenden Hochwasserschutzes und der Schadensminderung besonderes Gewicht beizumessen ist. Damit wird in den bei HQ₁₀₀ überschwemmten Gebieten sowie in Flutungspoldern neben der wasserwirtschaftlichen Fachplanung eine raumordnerische Vorsorge getroffen. Bei der Flächen- und Bauvorsorge sollen so schädliche Auswirkungen durch Hochwasser vermieden oder verringert sowie auf Gefahren hingewiesen werden.

**Vorbeugender Hochwasser-
schutz**

Festlegungen von Gebieten für den vorbeugenden Hochwasserschutz sind im Land Brandenburg durch die Regionalplanung zu treffen (Z 8.5 LEP HR). Diese Gebiete umfassen sowohl die bei HQ₁₀₀ überschwemmten Gebiete als auch die darüber hinaus reichenden Risikogebiete, die bei einem Hochwasserereignis mit einem Wiederkehrintervall

²⁰⁵ Zugrunde gelegt wird das ROG in seiner Fassung vom 20.7.2017 (BGBl. I S. 2808). Das ROG verortet den Hochwasserschutz als Leitvorstellung unter § 2 Abs. 2 Nr. 6 Satz 5 ROG. Es heißt: „Für den vorbeugenden Hochwasserschutz an der Küste und im Binnenland ist zu sorgen, im Binnenland vor allem durch Sicherung oder Rückgewinnung von Auen, Rückhalteflächen und Entlastungsflächen.“

²⁰⁶ Vertiefend: ARGE BAU, Handlungsanleitung zur Hochwasservorsorge und zum Hochwasserschutz in der Raumordnungs- und Bauleitplanung sowie bei der Zulassung von Einzelvorhaben (Stand: 26. November 2018, vertiefend unter 1.).

²⁰⁷ Der Bund könnte – im Benehmen mit den Ländern – seit der ROG-Novelle 2017 unter den in § 17 Abs. 2 Satz 1 ROG genannten Voraussetzungen auch länderübergreifende Raumordnungspläne für den Hochwasserschutz erlassen.

5. Hochwasserschutz im Bauplanungs- und Raumordnungsrecht

5.2. Raumordnungsrecht

5.2.1. Überblick

von 200 Jahren ohne Berücksichtigung von Hochwasserschutzeinrichtungen überflutet werden (HQ_{extrem}). In den Risikogebieten ist eine raumordnerische Vorsorge für Hochwasserschutzmaßnahmen, wie sie sich aus den Hochwasserrisikomanagementplänen ergeben, zu treffen. Dazu gehören Maßnahmen zur Verbesserung des Wasserrückhaltes wie Deichrückverlegungen, Flutungspolder, Talsperren oder Hochwasserrückhaltebecken sowie Hochwasserschutzanlagen. Insbesondere bei der Wirtschafts-, Siedlungs- sowie der Verkehrs- und Infrastrukturentwicklung ist die Berücksichtigung der Risikogebiete zur Minderung von Schadenspotenzialen von großer Bedeutung. In diesen Risikogebieten sollen Überschwemmungsgefahren und Schadenspotenziale, u. a. durch Instrumente des vorbeugenden Hochwasserschutzes, wie der Flächenvorsorge sowie dem hochwasserangepassten Planen und Bauen, verringert werden. Nutzungen, die einen durch Hochwasser entstehenden Schaden noch erhöhen können, sollen vermieden bzw. entsprechende Schutzvorkehrungen getroffen werden (z. B. Lagerung wassergefährdender Stoffe, Sicherung von Heizöltanks, Rohstoffabbau). Ferner soll eine hochwasserangepasste Gestaltung künftiger - und soweit möglich auch bestehender - baulicher Anlagen und Infrastrukturanlagen bei Planungen und Maßnahmen gewährleistet werden. Potenzielle Hochwassergefahren und vorsorgende Maßnahmen für extreme Hochwasserereignisse müssen in diesen Gebieten bei allen Planungen und Maßnahmen stärker berücksichtigt werden.²⁰⁸

Im LEP HR sind darüber hinaus Festlegungen zur **Freiraumentwicklung** enthalten. Es werden im LEP HR die besonders hochwertigen Freiräume, die zu großen Anteilen fachrechtlich geschützt sind, zu einem „**Freiraumverbund**“ zusammengefasst.

Freiraumschutz

Die großräumig übergreifende Struktur des Freiraumverbundes bildet das Grundgerüst für den Ressourcenschutz im gemeinsamen Planungsraum und soll daher besonders vor raumbedeutsamer Inanspruchnahme geschützt werden.

²⁰⁸ Begründung zur Z.8.5 des Landesentwicklungsplanes LEP HR, S. 89.

5. Hochwasserschutz im Bauplanungs- und Raumordnungsrecht
5.2. Raumordnungsrecht
5.2.2. Auswirkungen der Vorgaben der Raumordnung auf die Bauleitplanung

5.2.2. Auswirkungen der Vorgaben der Raumordnung auf die Bauleitplanung

Ziele und Grundsätze der Raumordnung wirken über die Beachtens- oder Berücksichtigungspflicht auf die Bauleitplanung ein. Im LEP HR ist bspw. der Freiraumverbund als Ziel der Raumordnung festgelegt. Gebiete für den vorbeugenden Hochwasserschutz werden in Brandenburg in den Regionalplänen festgelegt: HQ₁₀₀-Bereiche werden nachrichtlich aus der Fachplanung übernommen und HQ_{extrem}-Bereiche als Grundsatz der Raumordnung (Vorbehaltsgebiete) dargestellt.

Auswirkungen von Zielen/Grundsätzen auf die Bauleitplanung

Sofern ein hinreichend bestimmtes bzw. bestimmbares **Ziel der Raumordnung** existiert, hat die Gemeinde keinen Abwägungsspielraum mehr, da sie die Ziele bei raumbedeutsamen Planungen und Maßnahmen zu *beachten* hat. Damit wären im Land Brandenburg (künftige) regionalplanerisch festgelegte Vorranggebiete für den Hochwasserschutz - als Ziele der Raumordnung - einer auf die Ausweisung von Bauflächen gerichteten Bauleitplanung entzogen. Zu prüfen ist dann, ob eventuell eine Zielabweichung nach § 6 Abs. 2 ROG (bzw. gemäß Art. 10 Landesplanungsvertrag) möglich ist. Diese Frage ist vorrangig vor der Frage, ob die Voraussetzungen des § 78 Abs. 2 WHG vorliegen.

Zielabweichung

Gemäß **§ 1 Abs. 4 BauGB** sind die **Bauleitpläne** den **Zielen der Raumordnung anzupassen**. In verfahrensrechtlicher Hinsicht sieht Art. 12 Abs. 1 Landesplanungsvertrag Berlin-Brandenburg eine **Mitteilungspflicht** der Absicht der Aufstellung, Änderung oder Aufhebung eines Bauleitplans vor.

Die Anpassungspflicht gilt nicht nur zum Zeitpunkt der erstmaligen Planung, sondern auch nach Rechtswirksamkeit des Bebauungsplanes. Sie ist in diesem Sinne eine „**dynamische**“ **Pflicht** der Gemeinde.²⁰⁹ Die Gemeinde kann deshalb verpflichtet sein, einen bestehenden Bebauungsplan nach Inkrafttreten aufgrund eines geänderten Ziels der Raumordnung **anzupassen**. Die Landesregierung kann dies gemäß Art. 12 Abs. 2 Landesplanungsvertrag auch verlangen. Es besteht auch ohne Aufforderung nach Art. 12 Abs. 2 Landesplanungsvertrages die Pflicht der Gemeinde, bauplanerisch tätig zu werden (etwa die Aufhe-

Anpassungspflicht (§ 1 Abs. 4 BauGB)

²⁰⁹ Dazu nur BVerwG, Urt. v. 17.9.2003 – 4 C 14/01 -, Rdnr. 30 ff. (zitiert nach juris).

5. Hochwasserschutz im Bauplanungs- und Raumordnungsrecht

5.2. Raumordnungsrecht

5.2.2. Auswirkungen der Vorgaben der Raumordnung auf die Bauleitplanung

bung oder Änderung von Flächennutzungsplänen oder Bebauungsplänen vorzunehmen), wenn die fortbestehende Bauleitplanung die Verwirklichung der Ziele der Raumordnung wesentlich erschweren würde oder wenn die von dem Ziel der Raumordnung überformte Planung gewissermaßen einen „Torso“ ergäbe, der zur Steuerung einer geordneten städtebaulichen Entwicklung nicht mehr geeignet wäre.²¹⁰

Die Abweichung von Zielen der Raumordnung ist nur in einem sogenannten **Zielabweichungsverfahren** gemäß Art. 10 Landesplanungsvertrag möglich. Umgekehrt hat die zuständige Raumordnungsbehörde die Möglichkeit, durch **raumordnerische Untersagung** gemäß Art. 14 Landesplanungsvertrag das Ziel der Raumordnung zu sichern.

Hinweis

Wenn ein Regionalplan ein entsprechendes Vorranggebiet für den Hochwasserschutz festgesetzt hat, würde eine Gemeinde, die im festgesetzten Überschwemmungsgebiet im Außenbereich ein neues Baugebiet ausweisen möchte, zusätzlich zur Ausnahme nach § 78 Abs. 2 WHG ein Zielabweichungsverfahren nach § 6 Abs. 2 ROG führen müssen. Letzteres setzt voraus, dass die Abweichung unter raumordnerischen Gesichtspunkten vertretbar ist und die Grundzüge der Planung nicht berührt werden.

Grundsätze der Raumordnung sind zwar nicht – wie die Ziele – zu beachten; sie sind aber in der planerischen Abwägung angemessen zu *berücksichtigen*. Dies setzt selbstverständlich voraus, dass das spezifische Gewicht des Grundsatzes auch zutreffend erfasst und in der Abwägung mit dem ihm gebührenden Gewicht eingestellt wird. Soll ein Grundsatz der Raumordnung durch Abwägung relativiert werden, wird die Gemeinde regelmäßig belegen müssen, dass die dem Grundsatz inne liegende prinzipielle Annahme im Planungsraum nicht zutrifft.

Grundsätze der Raumordnung und Berücksichtigungspflichten

²¹⁰ Vgl. auch BVerwG, Urt. v. 17.9.2003 – 4 C 14.01 –, NVwZ 2004, 220; Dirnberger, in: Jäde/Dirnberger, Komm. z. BauGB, 9. Auflage (2018), § 1 BauGB, Rdnr. 67.

5. Hochwasserschutz im Bauplanungs- und Raumordnungsrecht

5.2. Raumordnungsrecht

5.2.3. Wirkung bei der Vorhabenzulassung

5.2.3. Wirkung bei der Vorhabenzulassung

Bei der *Aufstellung von Bauleitplänen* greifen Ziele und Grundsätze der Raumordnung über Raumordnungsklauseln in das Bauplanungsrecht unmittelbar ein (§ 1 Abs. 4 BauGB, § 4 Abs. 1 Satz 1 ROG). Bei der *Vorhabenzulassung* ergibt sich insoweit ein differenziertes Bild, da nur im Außenbereich (§ 35 BauGB) und bei der Vorhabenzulassung im Stadium der Planreife (§ 33 BauGB) eine ähnliche Wirkung (wie bei der Bauleitplanung) vorgesehen ist.

Raumordnungsklauseln im Bauplanungsrecht

Im **beplanten Innenbereich** (§ 30 BauGB) ist die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit eines Vorhabens nur davon abhängig, ob die Festsetzungen des Bebauungsplanes eingehalten werden und die Erschließung gesichert ist. Eine Einbruchstelle für Ziele und Grundsätze der Raumordnung – etwa zum Hochwasserschutz – sieht § 30 BauGB nicht vor. Hierfür besteht regelmäßig auch kein Bedürfnis, da die Gemeinde dem Anpassungsgebot des § 1 Abs. 4 BauGB unterliegt. Bei der Aufstellung der Bauleitpläne sind davon unabhängig die spezielleren wasserrechtlichen Verbotstatbestände zu prüfen (vgl. Kap. 4).

Vorhabenzulassung im beplanten Innenbereich (§ 30 BauGB)

Ähnlich ist die Situation bei der Vorhabenzulassung während der **Planaufstellung nach § 33 BauGB**. Zwar fehlt auch in § 33 BauGB eine Raumordnungsklausel. Allerdings muss neben der formellen (§ 33 Abs. 1 Nr. 1 BauGB) auch die materielle Planreife (§ 33 Abs. 1 Nr. 2 BauGB) vorliegen.²¹¹ Die Voraussetzung der **materiellen Planreife** ist hinreichend elastisch, Ziele bzw. Grundsätze der Raumordnung aufzunehmen. Es muss nämlich hier die Prognose gerechtfertigt sein, dass der künftige Bebauungsplan mit seinen Festsetzungen auch in Kraft treten kann. Bei offensichtlichem Widerspruch zu raumordnerischen Vorgaben zum Hochwasserschutz wäre dies gerade nicht der Fall. Die Gemeinde verstieße gegen das Anpassungs- und Beachtungsgebot oder würde zumindest abwägungsfehlerhaft handeln, die materielle Planreife würde nicht vorliegen.

Vorhabenzulassung während der Planaufstellung (§ 33 BauGB)

Dagegen vermögen sich die Ziele und Grundsätze der Raumordnung im **unbeplanten Innenbereich** (§ 34 BauGB) nicht „durchzusetzen“.

Vorhabenzulassung im unbeplanten Innenbereich (§ 34 BauGB)

²¹¹ *Stock*, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, Komm. z. BauGB, Loseblattausgabe, Stand: Februar 2015, § 33, Rdnr. 31 bis 54; *Mitschang/Reidt*, in: Battis/Krautzberger/Löhr, 14. Auflage (2019), § 33, Rdnr. 7 f.; *Rieger*, in: Schrödter, Komm. z. BauGB, 9. Auflage (2019), § 33, Rdnr. 7 ff..

5. Hochwasserschutz im Bauplanungs- und Raumordnungsrecht

5.2. Raumordnungsrecht

5.2.3. Wirkung bei der Vorhabenzulassung

§ 34 BauGB stellt lediglich auf das „Einfügen“ und die Sicherung gesunder Wohn- und Arbeitsverhältnisse sowie die gesicherte Erschließung ab. Es handelt sich hierbei jeweils um objektive Kriterien, denen es an einer „normativen Einbruchstelle“ für die Erfordernisse der Raumordnung fehlt. Hier erlangen die speziellen wasserrechtlichen Regelungen über die Vorhabenzulassung Bedeutung (vgl. Kap. 4, 4.1.6 und 4.1.7).

Im bauplanungsrechtlichen **Außenbereich** (§ 35 BauGB) wirken Ziele der Raumordnung bei raumbedeutsamen Vorhaben über die Raumordnungsklausel des § 35 Abs. 3 Satz 2 und 3 BauGB. Sowohl bei privilegierten als auch bei sonstigen Vorhaben steuern die Ziele der Raumordnung unmittelbar die Standortzuweisung von raumbedeutsamen Vorhaben. Darüber hinaus ist Hochwasserschutz gemäß § 35 Abs. 3 Nr. 6 BauGB ein öffentlicher Belang, der bei der Vorhabenzulassung ohnehin zu berücksichtigen ist (vgl. Kapitel 5, 5.5.1.3.2).

**Vorhabenzulassung
im Außenbereich
(§ 35 BauGB)**

6. Literatur- und Quellenverzeichnis

- Albrecht/Neubert/Bianchin/Lupp*, Hochwasserentstehungsgebiete: Leistungsfähigkeit und Grenzen eines innovativen Instruments zur Hochwasservorsorge, Umwelt- und Planungsrecht 2017, S. 368 ff.
- ARGE BAU*, Handlungsanleitung zur Hochwasservorsorge und zum Hochwasserschutz in der Raumordnungs- und Bauleitplanung sowie bei der Zulassung von Einzelvorhaben, Stand 26. November 2018.
- Battis/Krautzberger/Löhr*, Baugesetzbuch Kommentar, 14. Auflage 2019.
- Begründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung des vorbeugenden Hochwasserschutzes*, BR-Drucks. 268/04.
- Begründung des Gesetzesentwurfes zum Hochwasserschutzgesetz II*, BT-Drs. 18/10879
- Berendes*, Das Hochwasserschutzgesetz des Bundes, Zeitschrift für Wasserrecht 2005, S. 197 ff.
- Berendes*, Kommentar zum Wasserhaushaltsgesetz, 2. Auflage 2018.
- Berendes/Frenz/Müggenborg*, Kommentar zum Wasserhaushaltsgesetz, 2. Auflage 2017.
- Berliner Kommentar zum Baugesetzbuch*, Loseblattsammlung, Stand August 2018.
- Beschlussempfehlung und Bericht* des Ausschusses für Umwelt, Naturschutz, Bau und Reaktorsicherheit (16. Ausschuss) zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung (Hochwasserschutzgesetz II), 17. Mai 2017, BT-Drucksache 18/12404.
- Birk*, Tendenzen des Planungsschadensrechtes, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 1984, S. 1 ff.
- Breuer*, Die neuen wasserrechtlichen Instrumente des Hochwasserschutzgesetzes vom 3.5.2005, Natur und Recht 2006, S. 614 ff.
- Breuer/Gärditz*, Öffentliches und privates Wasserrecht, 4. Auflage (2017).
- Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz, Bau und Reaktorsicherheit (BMUB)*, Hochwasserschutzfibel, 7. Auflage 2016.
- Burgi/Deichmüller*, Bauen im Überschwemmungsgebiet, Die Öffentliche Verwaltung 2003, S. 358 ff.
- Czychowski/Reinhardt*, Kommentar zum WHG, 12. Auflage 2019.

6. Literatur- und Quellenverzeichnis

- Dallhammer/Dammert/Faßbender*, Kommentar zum Sächsischen Wassergesetz, 1. Auflage 2018.
- Dirnberger*, Entschädigungsfalle Bebauungsplan - aktuelle Fragen des § 42 Abs. 2 BauGB, Bayerische Gemeinderat Zeitschrift 2004, S. 208 ff.
- Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger*, Kommentar zum BauGB, Loseblattausgabe, Stand Oktober 2018.
- Ewer*, Ersatz-, Entschädigungs- und Ausgleichsansprüche wegen Hochwasserschäden – erste Bestandsaufnahme nach der Katastrophe, Neue Juristische Wochenschrift 2002, S. 3497 ff.
- Faßbender*, Die Bewältigung von Extremhochwasser durch Wasser- und Bauplanungsrecht - unter besonderer Berücksichtigung von Starkregenereignissen, Zeitschrift für Umweltrecht 2015, S. 525 ff.
- Faßbender/Gläß*, Drittschutz im Hochwasserschutzrecht, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 2011, S. 1094 ff.
- Faßbender/Köck*, Aktuelle Fragen und Entwicklungen im Hochwasserschutzrecht, 1. Auflage 2017.
- Gesetzentwurf* zur weiteren Verbesserung des Hochwasserschutzes und zur Vereinfachung von Verfahren des Hochwasserschutzes (Hochwasserschutzgesetz II), 18. Januar 2017, BT-Drucksache 18/10879.
- Hinweise des BMU* zur Anwendung der Regelungen des Hochwasserschutzgesetzes II zu Heizölverbraucheranlagen (§ 78c WHG), 12. April 2018.
- Hofmann*, Das Gesetz zur weiteren Verbesserung des Hochwasserschutzes und zur Vereinfachung von Verfahren des Hochwasserschutzes (Hochwasserschutzgesetz II) - Ziele, Inhalte und Hintergründe, Zeitschrift für Wasserrecht 2018, S. 1 ff.
- Hoppenberg/de Witt*, Handbuch des öffentlichen Baurechts, Loseblattsammlung, Stand: Mai 2018.
- Hünnekens/Arnold*, Bauen in Überschwemmungsgebieten-Neuerungen durch das Hochwasserschutzgesetz, Baurecht 2006, S. 1232 ff.
- Jäde/Dirnberger*, Kommentar zum BauGB und zur BauNVO, 9. Auflage 2018.
- Kerkmann*, Das Verbot der Ausweisung neuer Baugebiete in Überschwemmungsgebieten - zugleich Anmerkung zum Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 3.6.2014 - 4 CN 6.12, Umwelt- und Planungsrecht 2014, S. 328 ff.
- Kotulla*, Das Gesetz zur Verbesserung des vorbeugenden Hochwasserschutzes, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 2006, S. 129 ff.

- Kotulla*, Wasserhaushaltsgesetz, Kommentar, 2. Auflage 2011.
- Landmann/Rohmer*, Kommentar zum Umweltrecht, Band 1, WHG, Loseblattsammlung, 73. EL, Stand August 2014 und 91. EL, Stand September 2019.
- LAWA*, Empfehlungen zur Aufstellung von Hochwassergefahrenkarten und Hochwasserrisikokarten, September 2018.
- Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 19. Auflage 2017.
- Mitschang*, Belange des Wassers und des Hochwasserschutzes in der Bauleitplanung, Zeitschrift für deutsches und internationales Bau- und Vergaberecht 2018, S. 329 ff.
- Mitschang*, Hochwasserschutz und Bauleitplanung – aktuelle Anforderungen und Auswirkungen nach dem neuen Hochwasserschutzgesetz II, UPR 10/2018.
- Oerder/Nettekoven*, Die Ausweisung neuer Baugebiete in festgesetzten Überschwemmungsgebieten nach § 78 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 WHG, Baurecht 2014, S. 635 ff.
- Oppelt/Kaufmann*, Einzelbauvorhaben im faktischen Überschwemmungsgebiet, Kommunalpraxis Bayern 2009, S. 372 ff.
- Paul/Pfeil*, Hochwasserschutz in der Bauleitplanung (unter besonderer Berücksichtigung des Hochwasserschutzgesetzes 2005), Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 2006, S. 505 ff.
- Reimus/Semtner/Langer*, Die neue Brandenburgische Bauordnung, Kommentar, 3. Auflage 2009.
- Rolfesen*, Öffentliche Hochwasservorsorge vor dem Hintergrund von tatsächlichen und rechtlichen Grundvorgaben, 1. Auflage 2013.
- Schenke*, Der Aufwendungsersatz beim Ausschluß einer gemäß §§ 34f BBauG bestehenden baulichen Nutzungsmöglichkeit durch einen Bebauungsplan, Die Öffentliche Verwaltung 1987, S. 45 ff.
- Schmidt/Gärtner*, Hochwasserschutz im Baugenehmigungsverfahren, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 2018, S. 534 ff.
- Schrödter*, Baugesetzbuch Kommentar, 9. Auflage 2019.
- Sieder/Zeitler/Dahme/Knopp*, Kommentar zum Wasserhaushaltsgesetz, Loseblattsammlung, Stand Juni 2018.
- Spannowsky/Uechtritz*, Baugesetzbuch, Kommentar, 3. Auflage 2018.
- Staupe*, Rechtsfragen im Zusammenhang mit der Flutkatastrophe, Neue Justiz 2002, S. 505 ff.

Stuer/Garbrock, Anmerkungen zum Urteil des Bundesverwaltungsgerichtes vom 3. Juni 2014 (4 CN 6/12; DVBl 2014, 1392) – Zum Bau- und Planungsverbot wegen Hochwasserschutz in festgesetzten Überschwemmungsgebieten DVBl. 2014, 1396 ff.

Wagner/Wahlhäuser, Hochwasserschutz und Bauleitplanung - zu den Neuerungen durch das Hochwasserschutzgesetz II, Deutsches Verwaltungsblatt 2018, S. 473 ff.

Wienhues, Hochwasserschutz, Baurecht und Drittschutz: Neue Antworten auf alte Fragen?, Zeitschrift für öffentliches Recht in Norddeutschland 2016, S. 437 ff.