

BayVBl. 5/2015

Bayerische Verwaltungsblätter

Zeitschrift für öffentliches Recht und öffentliche Verwaltung

Herausgeber

Stephan Kersten, Präsident des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs

Dr. Markus Möstl, Professor des öffentlichen Rechts an der Universität Bayreuth

Dr. h. c. Heino Schöbel, Ministerialdirigent im Bayerischen Staatsministerium der Justiz a. D. – ehemals Leiter des Landesjustizprüfungsamts

Volkhard Spilarewicz, Ministerialdirigent im Bayerischen Staatsministerium des Innern, für Bau und Verkehr

Redaktion

Dr. Herbert von Golitschek, Präsident a. D. des Bayerischen Verwaltungsgerichts Würzburg

Aus dem Inhalt

- 145 **Herber/Limberger** Der Schriftsteller Franz Kafka als Jurist
- 153 **Boehlke/Schäfler** Das neue Wasserrecht in Bayern (Tagungsbericht)
- 154 **BayVerfGH** Einsetzung eines Untersuchungsausschusses; Verfassungsbeschwerde; rechtliche Betroffenheit; Aufklärungsmaßnahmen; Grundrechtsschutz; anhängiges oder abgeschlossenes Strafverfahren
- 166 **BayVGH** Bebauungsplan; großer Baukörper; Verschattungswirkung; Nachbarbebauung
- 175 **BVerwG** Zweitwohnungssteuer; Schätzungsspielraum; Nachschieben von Gründen
- 178 **OLG München** Therapieunterbringungsverfahren; Pauschvergütung

Schriftleiter Dr. Herbert von Golitschek, Präsident a. D. des Bayerischen Verwaltungsgerichts Würzburg, Am Sonnenhang 1, 97204 Höchberg, Tel. (09 31) 4 52 06 49, Fax (09 31) 4 52 09 21; E-Mail: bayvbl@boorberg.de

Inhalt

Abhandlungen

Herber/Limberger, Der Schriftsteller Franz Kafka als Jurist — 145

Bericht

Boehlke/Schäfler, Das neue Wasserrecht in Bayern – Ein Bericht von der Frühjahrstagung 2014 der bayerischen ARGE für Verwaltungsrecht in Regensburg — 153

Ausbildung und Prüfung

Aufgabe 6 der Ersten Juristischen Staatsprüfung 2012/1 — 179

Literatur

Duppelfeld, Das Urheberrecht der Bibliotheken im Informationszeitalter (Yi Zhang) — 180

Notizen

U. a. Nachrichten, Rechtsprechung im Überblick, Veranstaltungen, Vorschau, Impressum — II, III, IV

Rechtsprechung

BayVerfGH	E.v. 17.11.2014	Vf. 70-VI-14	Einsetzung eines Untersuchungsausschusses; Verfassungsbeschwerde; Verwaltungsrechtsweg; Rechtswegerschöpfung; rechtliche Betroffenheit einzelner Bürger; Durchführung der Aufklärungsmaßnahmen; Grundrechtsschutz; anhängiges oder abgeschlossenes Strafverfahren; Gewaltenteilung; Rechtsprechungstätigkeit der Richter; richterliche Unabhängigkeit; Befragung der Mitglieder des zuständigen Spruchkörpers; Staatsanwaltschaft; weisungsgebundene Behörde; staatliche Exekutive — 154
BayVGH	U.v. 18.7.2014	1 N 13.2501	Normenkontrollverfahren; Bebauungsplan mit Ausweisung eines Sondergebietes für ein Hotel mit 300 Betten an zentraler Stelle einer Fremdenverkehrsgemeinde; ergänzendes Verfahren; Zumutbarkeit der Verschattung der nördlich angrenzenden Grundstücke; Ermittlungstiefe im Hinblick auf das Abwägungsmaterial; Abwägungsvorgang — 166
	B.v. 26.2.2014	2 ZB 14.101	Antrag auf Zulassung der Berufung; Befreiung; Atriumhaus; Gebietserhaltungsanspruch; Gebot der Rücksichtnahme — 170
	B.v. 13.1.2014	14 CS 13.1790	Dienstunfall (Zeckenbiss); Rücknahme der Anerkennung von Unfallfolgen für die Zukunft; Ausschlussfrist; Beweislastverteilung; Amtsermittlungspflicht; Sachverständigengutachten; offene Erfolgsaussichten; Interessenabwägung bei gleichgewichtigen Interessen — 172
BVerwG	B.v. 15.5.2014	9 B 57.13	Zweitwohnungsteuer; Satzung; Vermögensteuer; übliche Miete; Ermessen; Beurteilungsspielraum; Schätzung; Schätzungsbefugnis; Schätzungsmethode; Schätzungsspielraum; Jahresrohmiere; Indexierung; Aufwandsteuer; Gleichartigkeit; erdrosselnde Wirkung; mündliche Verhandlung; schriftliches Verfahren; Verzicht; Nachschieben von Gründen; Begründung — 175

Wissenswertes für den Rechtsanwalt

OLG München B.v. 30.7.2014 **34 Wx 203/13** § 51 RVG a. F. ist auf Verfahren nach dem Therapieunterbringungsgesetz nicht anwendbar — 178

Bayerische Verwaltungsblätter (BayVBl.)

Verantwortlicher Redakteur

Dr. Herbert von Golitschek, Präsident a. D. des Bayerischen Verwaltungsgerichts Würzburg, Am Sonnenhang 1; D-97204 Höchberg; Telefon (09 31) 4 52 06 49, Telefax (09 31) 4 52 09 21. E-Mail: BayVBl@boorberg.de

Sämtliche mit Verfasserangabe versehenen Beiträge stellen die Meinung des Verfassers, nicht die der Redaktion oder der Herausgeber dar. Die veröffentlichten Lösungsskizzen zu den Prüfungsaufgaben der juristischen Staatsprüfungen stellen die von den Verfassern dieser Aufgaben verfertigten Lösungshinweise dar; die Redaktion übernimmt für ihre inhaltliche Richtigkeit keine Gewähr.

Für unverlangt eingesandte Manuskripte wird keine Gewähr übernommen. Beiträge werden nur angenommen, wenn sie ausschließlich den „Bayerischen Verwaltungsblättern“ zum Abdruck angeboten sind. Die Annahme zur Veröffentlichung muss schriftlich erfolgen. Mit der Annahme des Beitrags zur Veröffentlichung erwirbt der Verlag alle ausschließlichen Verlagsrechte für die Zeit des Bestehens des Urheberrechts. Diese umfassen insbesondere auch das Recht zur Herstellung elektronischer Versionen und die Befugnis zur Einspeicherung des Beitrags in eine Datenbank, verbunden mit dem Recht zu deren Veröffentlichung und Verbreitung (online oder offline) zu gewerblichen Zwecken ohne zusätzliche Vergütung. Das ausschließliche Recht an einer elektronischen Version des Beitrags erwirbt der Verlag ohne zeitliche Begrenzung.

Alle Urheber- und Verlagsrechte, ausdrücklich auch die Übersetzung in andere Sprachen, die Auswertung für Datenträger, die Vervielfältigung jeder Art oder der Nachdruck von Beiträgen und Gerichtsentscheidungen bleiben vorbehalten; es bedarf in jedem Einzelfall der vorherigen Zustimmung des Verlages.

Verlag

Richard Boorberg Verlag GmbH & Co KG, Levelingstraße 6a, D-81673 München, Postfach 80 03 40, D-81 603 München; Telefon (0 89) 43 60 00-20, Telfax (0 89) 4 36 15 64; www.boorberg.de mail@boorberg.de verantwortlich für den Anzeigenteil: Roland Schulz, Richard Boorberg Verlag, Scharrstraße 2, D-70563 Stuttgart; Telefon (07 11) 7 38 50, Telefax (07 11) 7 38 51 00; www.boorberg.de anzeigen@boorberg.de Anzeigenliste Nr. 9 vom 1.1.2009 ist zurzeit gültig.

Erscheinungsweise am 1. und 15. jeden Monats.

Bezugspreis: jährlich EUR 298,80, für Studenten und Referendare (gegen Nachweis) EUR 217,20 einschließlich Versandkosten, Einzelheft EUR 17,- zuzüglich Versandkosten. Die Berechnung des Abonnements erfolgt jährlich im Voraus. Bestellungen nehmen Buchhandlungen und der Verlag entgegen. Abbestellungen können frühestens zum nächsten Quartalsende gültig werden, wenn sie sechs Wochen vorher dem Verlag vorliegen.

Satz und Druck

C. Maurer, Schubartstraße 21, D-73312 Geislingen/Steige.

Papier Säurefrei und aus chlorfrei gebleichtem Zellstoff (TCF).
ISSN 0522-5337

BERICHT

Das neue Wasserrecht in Bayern**– Ein Bericht von der Frühjahrstagung 2014 der bayerischen ARGE für
Verwaltungsrecht in Regensburg –**

Von Rechtsreferendarin Veronika Boehlke und Rechtsreferendarin Katrin Schäfler, Regensburg

Die im Jahr 2007 gegründete Arbeitsgemeinschaft für Verwaltungsrecht im Deutschen Anwaltverein (Landesgruppe Bayern) konnte für die Frühjahrstagung 2014 im „bayernhafen“ Regensburg Ministerialrat a.D. Ulrich Drost als Fachreferent zum Thema „Das neue Wasserrecht in Bayern“ gewinnen.

I. Einleitung

Thema des Abends war das neue bayerische Wasserrecht, wobei Referent Ministerialrat a. D. Ulrich *Drost* seine Schwerpunkte bei aktuellen Themen wie der Wasserkraftnutzung, die im Zuge der Energiewende eine bedeutsame Rolle spielt, der Festsetzung von Wasserschutzgebieten, die für den Erhalt unserer Trinkwasserqualität unerlässlich sind, und nicht zuletzt bei der Hochwasservorsorge setzte. Auch letztgenanntes Thema wies einen besonderen Bezug zum Tagungsort auf, wurde doch die Stadt Regensburg wie viele andere Orte entlang der Donau im Jahr 2013 von einem Hochwasser heimgesucht – wenn auch nicht mit so gravierenden Auswirkungen wie in anderen Städten.

II. Systematischer Überblick

Zunächst gab der Referent einen kurzen systematischen Überblick über die Regelungen des Wasserrechts, das seit der Föderalismusreform 2006 nicht mehr einer Rahmengesetzgebung unterfällt, sondern nun Teil der konkurrierenden Gesetzgebung nach Art. 72 Abs. 3 Satz 1 Nr. 5 GG ist. Hierbei stellte er die Grundtatbestände des Wasserhaushaltsgesetzes (WHG) dar, die nach Benutzungen (§ 9 WHG), Gewässerausbau (§ 67 WHG), Gewässerunterhaltung (§ 39 WHG) sowie Anlagen in, an, über und unter oberirdischen Gewässern (§ 36 WHG) unterschieden werden können.

Im Hinblick auf die Abschaffung von Art. 65 EGBGB im Jahr 2009 wurde zudem die neue Eigentumslage hinsichtlich des Wassers und der Gewässer erläutert, die in § 4 WHG ihren Niederschlag gefunden hat. So sind nach § 4 Abs. 2 WHG das Wasser eines fließenden oberirdischen Gewässers und das Grundwasser nicht eigentumsfähig. Zu beachten ist, dass aufgrund einer einem Dritten erteilten staatlichen Zulassung (z. B. einer Bewilligung nach § 14 WHG) keine Pflicht des Gewässergrundstückseigentümers besteht, die Ingebrauchnahme seines Grundstücks durch den Dritten zu dulden. Vielmehr erstreckt sich die Gestattung nur auf das Gewässer selbst.

Des Weiteren wies Ulrich *Drost* auf unionsrechtliche Regelungen, wie beispielsweise die Wasserrahmenrichtlinie, die Hochwasserrisikomanagement-Richtlinie und die Grundwasserrichtlinie, hin und hob die elementare Bedeutung des Wassers für unsere Existenz hervor, was sich insbesondere daran zeigt, dass im Jahr 2010 von den Vereinten Nationen ein Menschenrecht auf sauberes Trinkwasser anerkannt wurde.

Während seines Vortrags ging der Referent immer wieder auf die Berührungspunkte zwischen Wasserrecht und Baurecht ein, z. B. anhand des Beispiels der Errichtung einer Tiefgarage,

die ein Paradebeispiel des Bauens im Grundwasser darstelle (§ 49 Abs. 1 Satz 2 WHG, Art. 30 Abs. 1 Satz 3 BayWG).

III. Wasserkraftnutzung

Schließlich erläuterte Ministerialrat a. D. *Drost* die zentralen Aspekte der Wasserkraftnutzung, die eine Gewässerbenutzung nach § 9 Abs. 1 Nr. 1, 2 und 4 WHG darstellt, somit verschiedene Benutzungstatbestände erfüllt. Zudem kann die Wasserkraftnutzung mit einem Gewässerausbau verbunden sein, wenn hierfür Deich- und Dammbauten angefertigt werden müssen und so ein Stausee entsteht.

Damit unterliegt die Wasserkraftnutzung der Erlaubnis- oder Bewilligungspflicht (§ 8 Abs. 1 WHG) bzw. der Planfeststellung oder Plangenehmigung nach § 68 Abs. 1 und 2 WHG und kann deshalb nur mit einer staatlichen Zulassung ausgeübt werden (sog. repressives Verbot mit Befreiungsvorbehalt). Aus diesem Grund stellt bereits die formelle Rechtswidrigkeit der Nutzung, d. h. das Fehlen einer entsprechenden behördlichen Genehmigung, einen Untersagungsgrund dar.

Im Hinblick auf § 12 Nr. 1 WHG sind weiter bestimmte zwingende wasserrechtliche Anforderungen zu beachten, wie unter anderem der Schutz der Fischpopulation (§ 35 WHG), die Gewässerdurchgängigkeit (§ 34 WHG) und Mindestwasserführung (§ 33 WHG). Diese strengen Regularien dienen dazu, in höchstmöglichem Maße die Verträglichkeit der Wasserkraftnutzung mit der natürlichen Umgebung zu gewährleisten und so die Gewässer und deren Bewohner vor einer zu starken menschlichen Einwirkung zu schützen.

IV. Wasserschutzgebiete

Anschließend griff der Referent das Thema der Wasserschutzgebiete auf, die durch die Einführung des Art. 31 Abs. 3 BayWG mit Gesetz vom 16. Februar 2012 insoweit eine Neuregelung erfuhren, als darin eine Konfliktlösungsregel für die in Wasserschutzgebieten vorhandene Bebauung enthalten ist. So soll nach Art. 31 Abs. 3 BayWG innerhalb der im Zusammenhang bebauten Ortsteile (vgl. § 34 BauGB) keine Ausweisung von Wasserschutzgebieten für neue Wassergewinnungsanlagen erfolgen.

Ferner bestimmt der ebenfalls neu eingeführte Art. 31 Abs. 4 BayWG, dass Wasserschutzgebiete nun auch für die private Wassergewinnung festgelegt werden können, so z. B. für die Mineral- und Quellwasserversorgung oder die Eigenwasserversorgung. Voraussetzung ist allerdings, dass die Festsetzung im

öffentlichen Interesse ist. Hieran zeige sich der vom Gesetzgeber gesehene Bedarf, den Schutz für Mineralwasser- und Quellwassernutzungen – insbesondere im Hinblick auf Erdwärmernutzung und das derzeit kontrovers diskutierte Fracking – zu erweitern.

V. Hochwasserschutz in Bayern

Abschließend ging Referent Ulrich *Drost* auf das auch aufgrund des Klimawandels zunehmend an Bedeutung gewinnende Thema der Hochwasservorsorge ein und stellte hierzu die einschlägigen bundes- und landesrechtlichen Regelungen vor.

So enthält das Wasserhaushaltsgesetz Regelungen zu Hochwasservorsorge (§§ 5, 6 WHG) und Hochwasserschutz (§§ 72 ff. WHG). Im Hinblick auf die Hochwasservorsorge wird nach persönlichen Pflichten, die sich aus § 5 Abs. 1 Nr. 4, Abs. 2 WHG ergeben, sowie nach Bewirtschaftungspflichten in § 6 Abs. 1 Nr. 6 Alt. 1 WHG unterschieden. In § 72 Satz 1 WHG wird schließlich der Begriff „Hochwasser“ legaldefiniert.

Auf landesrechtlicher Ebene finden sich Vorschriften zum Hochwasserschutz in den Art. 43 ff. BayWG: Der Anwendungsbereich des BayWG erstreckt sich im Gegensatz zu § 2 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, § 3 Nr. 1 WHG auch auf nicht aus Quellen wild abfließendes Wasser. Eine eigenständige Regelung des Hochwasserbegriffs enthält das BayWG dagegen nicht.

Ferner wies Ministerialrat a. D. Ulrich *Drost* darauf hin, dass in den §§ 73 bis 75 WHG die Umsetzung der Hochwasserrisikomanagementrichtlinie erfolgt, während in den §§ 76 ff. WHG nationale Regelungen zum Hochwasserrisikomanagement getroffen wurden. § 76 Abs. 1 Satz 1 WHG bestimmt, was unter einem Überschwemmungsgebiet zu verstehen ist, während § 76 Abs. 2 WHG eine Pflicht zur Festsetzung von Hochwassergebiet durch die Landesregierung, nach Art. 46 Abs. 3 BayWG delegiert auf die Kreisverwaltungsbehörden, statuiert.

Vertieft ging der Referent auf die Rechtsfolgen ein, die sich aus der vorläufigen Sicherung und Festsetzung von Überschwemmungsgebieten ergeben, und stellte hierbei insbesondere die Bezüge zum Baurecht her. So erläuterte er die aus § 78 Abs. 1 WHG resultierenden Folgen für die Bauleitplanung, wie

z. B. ein Verbot der Ausweisung neuer Baugebiete in § 78 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 WHG, das jedoch nicht für Häfen und Werften gilt. Ebenso wird durch § 78 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 WHG die Errichtung oder Erweiterung baulicher Anlagen nach §§ 30, 33, 34 und 35 BauGB untersagt. Die Verbote in § 78 Abs. 1 Satz 1 WHG stellen unmittelbar geltendes Recht dar und gehen den landesrechtlichen Vorschriften zum genehmigungsfreien Bauen (Art. 57 f. BayBO) vor. Nach Ansicht der Rechtsprechung sei § 78 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 WHG nicht extensiv auszulegen, d. h. nicht jede Bauplanänderung sei relevant, sondern nur wenn sich dadurch Auswirkungen auf die Hochwasserbelange ergeben, so *Drost*.

Unter bestimmten Voraussetzungen lässt § 78 Abs. 2 WHG Ausnahmen von den in § 78 Abs. 1 Satz 1 WHG normierten Verboten zu, wobei Ulrich *Drost* hervorhob, dass die zuständige Behörde ihr Ermessen grundsätzlich auch dahingehend ausüben könne, dass sie trotz Vorliegens der Voraussetzungen die Ausweisung neuer Baugebiete versage. Im Hinblick auf Art. 28 Abs. 2 GG bedürfe es jedoch einer verfassungskonformen Auslegung der Vorschrift. Schließlich betonte Referent Ulrich *Drost*, dass § 78 Abs. 2 WHG Drittschutz vermittele. So könne zugunsten eines Geschädigten ein Schadensersatzanspruch bestehen, wenn die Ausweisung eines neuen Baugebiets in einem Überschwemmungsgebiet auf einer Amtspflichtverletzung beruhe, beispielsweise wenn den Vorgaben in § 78 Abs. 2 Nr. 9 WHG bei der Ausweisung unzureichend Rechnung getragen wurde.

VI. Fazit

Als Fazit lässt sich festhalten, dass das WHG und das BayWG in ihren derzeitigen Fassungen den zukünftig anstehenden Herausforderungen angemessen begegnen können. In seinem instruktiven und kurzweiligen Vortrag vermittelte der renommierte Wasserrechtler Ministerialrat a. D. Ulrich *Drost* seinen Zuhörern einen Einblick in die Systematik des Wasserrechts und gleichzeitig einen Eindruck von dessen elementarer Bedeutung sowie den damit zusammenhängenden Herausforderungen und Lösungsansätzen.