

Gefahren- und Gefahrenhinweiskarte Hochwasser

Gutachten über ihren Stellenwert in der Rechtsordnung
des Kantons Aargau und des Bundes

1. Planerische Grundlagen

Hochwasserereignisse traten in den vergangenen Jahren immer häufiger auf. Der Kanton Aargau hat mit einem gesamtheitlichen Hochwassermanagement aus Vorsorgemassnahmen, wasserbaulichen Massnahmen und organisatorischen Massnahmen reagiert.

Hochwasserschutz kann nur aufgrund von aussagekräftigen Grundlagen betrieben werden. Das Departement Bau, Verkehr und Umwelt (BVU) hat die Hochwasserereignisse der letzten 20 Jahre im "Ereigniskataster Hochwasser" erfasst und kartiert. Aufgrund wissenschaftlicher Schätzungen und Berechnungen sind in der **Gefahrenhinweiskarte** die Gebiete ermittelt worden, welche aufgrund ihrer Topografie bei Extremereignissen durch Überflutung, Übersarung oder Murgang betroffen sein können. Die Gefahrenhinweiskarte beinhaltet eine gebietsweise Grob beurteilung (Massstab 1 : 100'000).

Nach den Ergebnissen der Gefahrenhinweiskarte musste/muss die **Gefahrenkarte** dort erarbeitet werden, wo Schadenspotenzial besteht. Sie gibt parzellengenau (Massstab 1 : 2'000 bis 5'000) Auskunft über die Intensität der Hochwassergefahr, unter anderem über die Höhe einer möglichen Überflutung und deren Eintretenswahrscheinlichkeit.

Die rechtliche Bedeutung der Gefahrenkarte, der Gefahrenhinweiskarte und schliesslich auch des Gefahrenkatasters stellt Gegenstand der vorliegenden Untersuchung dar.

2. Rechtliche Grundlagen

2.1 Bundesrecht

Die massgebenden Bestimmungen finden sich in den Sachbereichen Raumplanung und Gewässer.

Art. 75 Bundesverfassung (BV) regelt die Kompetenzen in der Raumplanung, Art. 76 BV ist Grundlage für die Nutzung der Wasservorkommen wie auch für die Abwehr der Gefahren vom Wasser.

2.1.1 Wasserbaurecht

Das Bundesgesetz über den Wasserbau (WBG) vom 21. Juni 1991 bezweckt den Schutz von Menschen und Sachwerten vor schädlichen Auswirkungen des Wassers (Art. 1 WBG), insbesondere vor Überschwemmungen. Der Hochwasserschutz ist Sache der Kantone (Art. 2 WBG). Sie gewährleisten ihn in erster Linie durch den Unterhalt der Gewässer und durch raumplanerische Massnahmen (Art. 3 Abs. 1 WBG). Erst in zweiter Linie ist an wasserbauliche Massnahmen gedacht (Art. 3 Abs. 2 WBG).

Werden die Gefahrenkarten im WBG noch ausschliesslich im Zusammenhang mit der Finanzierung als Subventionsträger erwähnt, verpflichtet die Verordnung vom 2. November 1994 über den Wasserbau (WBV) die Kantone, die Gefahrengebiete zu bezeichnen (Art. 21 Abs. 1 WBV). Die Kantone sind verpflichtet, die Gefahrengebiete und den Raumbedarf der Gewässer bei der Richt- und Nutzungsplanung sowie bei der übrigen raumwirksamen Tätigkeit zu berücksichtigen (Art. 21 Abs. 3 WBV). Dazu führen die Kantone Gefahrenkataster und erstellen Gefahrenkarten (Art. 27 Abs. 1 lit. b und c WBV). Dabei berücksichtigen sie die vom Bund erhobenen Grundlagen und seine technischen Richtlinien.

2.1.2 Raumplanungsrecht

Art. 1 Bundesgesetz über die Raumplanung (RPG) verlangt die Abstimmung aller raumwirksamen Tätigkeiten. Art. 2 RPG beinhaltet die Planungspflicht und Art. 3 RPG die Planungsgrundsätze.

2.1.2.1 Planung

Für ihre Richtpläne bestimmen die Kantone in den Grundzügen, wie sich ihr Gebiet räumlich entwickeln soll (Art. 6 Abs. 1 RPG). Sie stellen fest, welche Gebiete durch Naturgefahren oder schädliche Einwirkungen erheblich bedroht sind (Art. 6 Abs. 2 lit. c RPG). Die Richtpläne haben auch mindestens aufzuzeigen, wie die raumwirksamen Tätigkeiten aufeinander abgestimmt werden (Art. 8 lit. a RPG). In Bauzonen darf nur Land aufgenommen werden, welches sich für die Überbauung eignet (Art. 15 RPG).

2.1.2.2 Verfügungen

Nach Art. 22 Abs. 1 RPG dürfen Bauten und Anlagen nur mit behördlicher Bewilligung errichtet oder geändert werden. Voraussetzung für eine Baubewilligung stellt dar, dass das Baugrundstück erschlossen ist (Art. 22 Abs. 2 lit. b RPG). Die übrigen Voraussetzungen des Bundesrechts und des kantonalen Rechts sind vorbehalten (Art. 22 Abs. 3 RPG, damit insbesondere auch § 32 Abs. 1 Gesetz über Raumentwicklung und Bauwesen (Baugesetz, BauG).

2.1.3 Gewässerschutzrecht

Durch das Bundesgesetz über die Renaturierung vom 11. Dezember 2009 (in Kraft seit 1. Januar 2011) sind die Kantone verpflichtet, den Raumbedarf der oberirdischen Gewässer festzulegen; der Raumbedarf ist so zu dimensionieren, dass er unter anderem die Funktion des Schutzes vor Hochwasser gewährleistet. (Art. 36a Abs. 1 lit. b Bundesgesetz über den Schutz der Gewässer, Gewässerschutzgesetz, GschG).

Ein für die Gewässerschutzmassnahmen in den Gemeinden verbindlicher Regionaler Entwässerungsplan (REP) ist notwendig, wenn aus Gründen des Gewässerschutzes in einem hydrologisch zusammenhängenden Gebiet die Gewässerschutzmassnahmen der Gemeinden aufeinander abgestimmt werden müssen. Der REP berücksichtigt auch den Hochwasserschutz (Art. 4 Abs. 3 Grundwasserschutzverordnung, GschV). Die Gefahrenkarten Hochwasser dienen dabei als Grundlage.

2.2 Kantonales Recht

2.2.1 Planung

Der Richtplantext (Kapitel L 5.1, Beschluss 3.1) lautet:

"Die Gefahrenkarten und Massnahmenplanungen sind die Grundlage für das gesamtheitliche Hochwassermanagement im Kanton Aargau. Gestützt auf sie legen Kanton und Gemeinden die planerischen, baurechtlichen und baulichen Schutzmassnahmen zur Hochwasservorsorge in ihren Fach- und Nutzungsplanungen fest."

Soweit keine Gefahrenkarten und Massnahmenplanungen bestehen, bildet die Gefahrenhinweiskarte Hochwasser die Grundlage (Art. 6 RPG) für die Grobbeurteilung von Hochwassergefahren im Rahmen der Nutzungsplanung (Beschluss 3.2). Bei Neueinzonungen und bei Nutzungsplanrevisionen mit Auswirkungen auf das Gefahrenpotenzial führen die Gemeinden die Gefahrenkarten soweit erforderlich nach (Beschluss 3.3).

Richtpläne sind für die Behörden verbindlich (Art. 9 Abs. 1 RPG).

Der kantonale Richtplan dient unter anderem dazu, die Erfüllung raumwirksamer Aufgaben der Gemeinwesen aufeinander abzustimmen (§ 8 Abs. 1 lit. b BauG). Vorhaben mit wesentlichen Auswirkungen auf die räumliche Ordnung und die Umwelt wie grosse Einkaufszentren und grosse Materialabbaustellen bedürfen einer besonderen Grundlage in einem Nutzungsplan (§ 13 Abs. 2 BauG).

Mit der Revision des Gesetzes über die Gebäudeversicherung (GebVG) hat der Grosse Rat einen neuen § 15 Abs. 2 lit. g BauG beschlossen. Zusätzlich zu den bisherigen Zonen werden für die Nutzungsplanung nunmehr ausdrücklich auch Gefahren- und Überflutungszonen vorgegeben (§ 55 Abs. 1 des vom Grossen Rat beschlossenen neuen GebVG, welches vermutlich am 1. Januar 2008 in Kraft tritt).

Die Gemeinden werden in § 13 Abs. 2^{ter} seit der Revision des Baugesetzes vom 10. März 2009 (in Kraft 1. Januar 2010) ausdrücklich verpflichtet, in der Nutzungsplanung die zum Schutz vor Naturgefahren notwendigen Vorschriften zu erfassen.

2.2.2 Verfügungen

Bauten dürfen nur auf baureifen Grundstücken erstellt werden. Baureif ist ein Grundstück, wenn es nach Lage, Form und Beschaffenheit zur Überbauung geeignet und erschlossen ist (§ 32 Abs. 1 BauG).

Bauten müssen auch sicher sein (§ 52 BauG). Nur dann darf die Baubewilligung erteilt werden. Nach Abs. 2 dieser Bestimmung müssen insbesondere alle Gebäude den Anforderungen des Gesundheitsschutzes entsprechen. Seit der Gesetzrevision vom 10. März 2009 (in Kraft seit 1. Januar 2010) werden die Naturgefahren konkretisiert, denen Bauten standhalten müssen (§ 52 Abs. 1 BauG). Explizit wird auch die Gefahr von Hochwasser erwähnt. § 52 Abs. 1 BauG lautet neu:

"Alle Bauten müssen hinsichtlich Foundation, Konstruktion und Material die für ihren Zweck notwendige Festigkeit aufweisen, genügend sicher vor Erdbeben, Hochwasser und anderen Naturgefahren sein und den Vorschriften des Brandschutzes entsprechen. Sie sind so anzulegen und zu unterhalten, dass ihre Be-

nutzenden und diejenigen von benachbarten Liegenschaften sowie von Strassen nicht gefährdet werden."

Zudem hat der Regierungsrat die Kompetenz, Vorschriften über die Anforderungen an Bauten in Bezug auf die Sicherheit vor Naturgefahren zu erlassen (§ 52 Abs. 3 BauG).

2.3 Das System der rechtlichen Ordnung

Weder im Bundesrecht noch im kantonalen Recht waren bis vor kurzem Bestimmungen enthalten, welche den Hochwasserschutz (oder den Schutz vor Naturgefahren überhaupt) koordinierten und selbstständig geregelt hatten, insbesondere auch mit der Vorgabe von Verfahren oder darin anzuwendenden Prinzipien (vgl. bezüglich des Bundesrechts Rolf Lüthi, rechtliche Aspekte im Zusammenhang mit der Gefahrenkarte, PLANAT, Biel 2004, Seite 16 ff.). Diese Gegebenheit ist historisch zu verstehen. Zur Zeit als im Raumplanungsgesetz die Nutzungsplanung geregelt wurde, haben sektoriell Naturgefahrenregelungen im Wald- und Wasserbaurecht bereits bestanden (Rolf Lüthi, a.a.O., Seite 18). Sie waren kantonal auf der Ebene der Baubewilligungen auch bereits umgesetzt (§ 156 Abs. 1 aBauG verlangte die Eignung des Baugrundes für die Baureife, § 167 aBauG verlangte Gebäude, welche den Anforderungen des Gesundheitsschutzes genügten).

Der Schutz vor Naturgefahren sollte generell in einem neuen Verfassungsartikel geregelt werden (Art. 74a). Es war vorgesehen, die generelle Bundeskompetenz für die Gesetzgebung über den Schutz vor Naturgefahren zu begründen (Rolf Lüthi, a.a.O., Seite 17). Der Verfassungsartikel ist allerdings in der parlamentarischen Diskussion gescheitert und steht heute nicht mehr zur Diskussion. Gleichsam ist ein Verfassungsartikel über den Erdbebenschutz nicht zustande gekommen. Die punktuelle Regelung der Gefahrengesetzgebung wird somit auf Bundesebene in den nächsten Jahren nicht ändern.

Im Bundesrecht ist eine koordinierende Mitberücksichtigung der Belange des Hochwasserschutzes immerhin soweit vorgesehen, als Regionale Entwässerungspläne nach Art. 4 GschV erstellt werden (vgl. vorstehende Ziffer 2.1.3).

Auf kantonaler Ebene sind jedoch entscheidende Schritte getan worden. Der Richtplan gibt sowohl kantonalen als auch kommunalen Behörden speziell die Koordination auf. Ausdrücklich wird ein gesamtheitliches Hochwassermanagement gefordert mit planerischen, baurechtlichen und baulichen Schutzmassnahmen (Richtplan, Kapitel L 5.1, Beschluss 3.1). Seit Inkrafttreten des neuen Gebäudeversicherungsgesetzes und der damit ausgelösten Revision des Baugesetzes stehen nunmehr auch ausdrücklich die Gefahrenzonen als grundeigentümergebundene Anordnungen zur Verfügung, welche mit einer gesamtheitlichen Regelung in der Bau- und Nutzungsordnung (BNO) ergänzt werden können (vgl. Art. 1 und 2 RPG). Die Gemeinden sind zur Berücksichtigung der Hochwassergefahren in der Nutzungsplanung seit dem 1. Januar 2010 verpflichtet (§ 13 Abs. 2^{ter} BauG). Hier besteht auch Raum für individuelle Lösungen (zum Beispiel abweichende Gebäudehöhe, Sockelgeschoss usw.).

3. Die rechtliche Bedeutung der Gefahrenkarte Hochwasser

Die Gefahrenkarte Hochwasser wird nicht in einem Rechtsmittelverfahren erlassen. Ihre rechtliche Verankerung erfährt sie zurzeit in der WBV und im kantonalen Richtplan. Ihre Umsetzung in der kommunalen Nutzungsplanung ist seit dem 1. Januar 2010 ausdrückliche Rechtspflicht (§ 13 Abs. 2^{ter} BauG). Der Umfang des notwendigen Schutzes vor Hochwasser wird in der Gefahrenkarte Hochwasser definiert und ist in der Nutzungsplanung umzusetzen. Mit der im Richtplan verankerten Gefahrenkarte kommt der Kanton seiner Pflicht aus Art. 6 Abs. 2 lit. c RPG und Art. 36a Abs. 1 lit. b GschG nach, die durch Naturgefahren bedrohten Gebiete festzulegen (Flückiger, Kommentar RPG, N. 44 zu Art. 15).

3.1 Das Verfahren bestimmt über die Grundeigentümergebindlichkeit

Die Gefahrenkarte wird (aufgrund des Ereigniskatasters und der Gefahrenhinweiskarte) von Fachstellen und Experten erarbeitet. Weder die (allgemeinen) Planungsbehörden noch die Bevölkerung sind an der Festlegung beteiligt. Es geht vorab um fachspezifisches Gefahrenmanagement.

Die fehlende Mitwirkung der Bevölkerung (§ 22 BauG) und die fehlende Möglichkeit, die im Nutzungsplanungsverfahren vorgesehenen Rechtsmittel zu ergreifen (§§ 24, 26 und 28 BauG) bewirken, dass die Gefahrenkarte als Aussage der Experten keine Grundeigentümergebindlichkeit im Sinne von Art. 21 Abs. 1 RPG erlangt (BGE 1A.271 vom 26. Juli 2005 in Sachen Leytron, speziell E. 4.2). Diese Feststellung bedeutet jedoch keineswegs, dass der Inhalt der Gefahrenkarte schlechthin keine raumplanerische Grundeigentümergebindlichkeit erlangen kann. Verlangt ist lediglich aber auch mindestens die Umsetzung in einem Nutzungsplan beziehungsweise Sondernutzungsplan mit vollem Rechtsschutz der Grundeigentümer (BGE 1A.271 vom 26. Juli 2005 in Sachen Leytron). Durch § 13 Abs. 2^{ter} BauG ist diese Umsetzung nunmehr kantonal vorgeschrieben. Die Gefahrenkarte Hochwasser wird damit zur verbindlichen Grundlage für die Nutzungsplanung.

3.2 Die Verbindlichkeit der Gefahrenkarte Hochwasser für Behörden

3.2.1 Nutzungsplanung

Art. 21 Abs. 3 WBV schreibt ausdrücklich vor, dass die Gefahrengebiete sowohl bei der Richt- als auch bei der Nutzungsplanung berücksichtigt werden müssen. Als Grundlage der Beurteilung der Gefahrengebiete wird in Art. 27 Abs. 1 WBV die Gefahrenkarte ausdrücklich erwähnt. Somit ist die Berücksichtigung der Gefahrenkarte in der Nutzungsplanung schon von Bundesrechts wegen vorgeschrieben.

In Ziffer 2.1.1, vorstehend ist dargelegt worden, dass die Gefahrenkarte Hochwasser Bestandteil des kantonalen Richtplans darstellt, beziehungsweise dass der Richtplan ausdrücklich die sich aus der Gefahrenkarte ergebenden Schutzmassnahmen als Inhalt des Nutzungsplans verlangt. Der Richtplan schreibt also die Umsetzung der Gefahrenkarte Hochwasser in der Nutzungsplanung vor.

Dazu kommt die Vorschrift in § 13 Abs. 2^{ter} BauG. Die Gefahrenkarte Hochwasser ist unter anderem die Definition des notwendigen Hochwasserschutzes. Die Gefahrenkarte Hochwasser ist somit massgebend für den Entscheid, wie weit eine Notwendigkeit von Schutzvorschriften im Sinne von § 13 Abs. 2^{ter} BauG besteht. Das bedeutet faktisch, dass die Gefahrenkarte Hochwasser im Rahmen der Nutzungsplanung umzusetzen ist.

Nachdem feststeht, dass die Gefahrenkarte Hochwasser in der Interessenabwägung der Nutzungsplanung obligatorisch zu berücksichtigen ist, muss auf den Inhalt der Gefahrenkarte eingegangen werden. Im Gegensatz zu allgemeinen Koordinations- und Programmvorschriften der Stufe Richtplanung ist die Gefahrenkarte in einem Konkretisierungsgrad erstellt, welcher grundsätzlich die Erfordernisse der Nutzungsplanung erfüllt. Gemäss Empfehlung "Raumplanung und Naturgefahren" des Bundesamts für Raumentwicklung (ARE) und des Bundesamts für Umwelt (BAFU), Tabelle, Seite 17, sind die Gefahren in der Gefahrenkarte genau lokalisiert. Es steht auch die Art der Gefahr fest. Sodann erfolgt eine Aussage über die Intensität und die Wahrscheinlichkeit der Gefahr, dargestellt in Gefahrenstufen. Eigentlicher Zweck der Gefahrenkarte ist, die notwendigen Grundlagen für die Ausscheidung von Gefahrenzonen und Vorschriften hoch detailliert und parzellengenau darzustellen.

Diese rein fachlichen Aussagen sind so präzisiert, dass sie grundsätzlich in die Nutzungsplanung übernommen werden können/müssen. Sie selber sind damit keinem Ermessen der Organe der Nutzungsplanung zugänglich. Die Einschätzung und Darstellung der Gefahr kann nur richtig oder falsch sein. Sie wird von der Fachstelle des Departements BVU kontrolliert. Zudem setzt der Richtplan in Kapitel L 5.1 die Richtigkeit der Gefahrenkarte zumindest als Vermutung voraus. Die Grenzwerte der Gefahrenkarte dürfen bei der Umsetzung in der Nutzungsplanung somit grundsätzlich nicht hinterfragt werden, zumindest nicht, bis fachtechnische Fehler nachgewiesen wären. Das bedeutet, dass der Inhalt der Gefahrenkarte in der Interessenabwägung der Nutzungsplanung grundsätzlich unverändert übernommen werden muss (vgl. Rolf Lüthi, rechtliche Aspekte im Zusammenhang mit der Gefahrenkarte, PLANAT 2004, Seite 37).

Die (obligatorische) Interessenabwägung in der Nutzungsplanung hat demnach den Hochwasserschutz als feste Vorgabe. Die in der Gefahrenkarte festgelegten Interessen sind so, wie sie in der Gefahrenkarte stehen, allfälligen weiteren, insbesondere kollidierenden Interessen gegenüberzustellen und abzuwägen. Denkbar sind etwa Interessen einer bereits bestehenden Überbauung. In dieser Gegenüberstellung der Interessen ist die Lösung insbesondere nach dem Verfassungsgrundsatz der Verhältnismässigkeit zu suchen. Die konkreten Verhältnisse des einzelnen Falls spielen hier die massgebende Rolle.

Mit Inkrafttreten der Gefahren- und Überflutungszonen § 15 Abs. 1 lit. g BauG (gemäss Revision GebVG, § 55) hat die Umsetzungspflicht weitere Verbindlichkeit erlangt. Insbesondere die Koordination in der Planungspflicht (Art. 2 Abs. 1 RPG) ist damit zusätzlich weitgehend konkretisiert. Gefahren- und Überflutungszonen sind als mögliche Ergebnisse der Interessenabwägung ausdrücklich vorgeschrieben.

Ein Anwendungsfall der anstehenden Interessenabwägung stellt die Abgrenzung des Baugebiets vom Nichtbaugebiet dar (Flückiger, Kommentar RPG, N 25 zu Art. 15). Bevor diese Interessenabwägung jedoch Platz greifen kann, fordert das RPG von Bauzonen die *Eignung* zum Bauland. Bauzonen umfassen Land, das sich für die Überbauung eignet (Art. 15 Abs. 1 RPG). Gleiches verlangt § 32 Abs. 1 BauG im Baubewilligungsverfahren. Als Voraussetzung für eine Baute muss das Grundstück nach Lage, Form und Beschaffenheit für die Überbauung geeignet sein (§ 32 Abs. 1 lit. a BauG). Das Raumplanungsrecht verlangt für Grundstücke in Bauzonen somit die Eignung zur Überbauung als Eigenschaft der Parzelle. Diese ist für Grundstücke im Bereich von massgebenden Naturgefahren grundsätzlich zu verneinen. (Flückiger, Kommentar RPG N. 44 zu Art. 15; Waldmann/Hänni, Handkommentar RPG 2006, N. 16 zu Art. 15, Bun-

desgerichtsentscheid [BGE] 114 Ia 252). Grundsätzlich ergibt sich für Gebiete mit Hochwassergefahr die fehlende Eignung zur Überbauung somit aus der Gefahrenkarte. Die Erheblichkeit der Gefahr und damit die Eignung ist eine fachliche Beurteilung und stellt zumindest im Kern keinen Akt des Planungsermessens dar. Muss die mangelnde Eignung festgestellt werden, ist schon das *Minimalerfordernis* der technischen Überbaubarkeit nicht gegeben, bei dessen Fehlen die Zuweisung in eine Bauzone zum Vornherein ausscheidet (Waldmann/Hänni, a. a. O. N. 14 zu Art. 15, Flückiger, a.a.O., N. 42 zu Art. 15).

Allenfalls kann – nach dem Verhältnismässigkeitsprinzip – Land mit baulichen Massnahmen für eine Überbauung sicher genug gemacht werden. Dann sind jedoch die baulichen Massnahmen Voraussetzung für die Eignung. Bis zu ihrer Fertigstellung ist das Land nicht baureif (§ 32 Abs. 1 lit. a. BauG), analog von unerschlossenem Land. Die entsprechende Abstimmung wäre in der Nutzungsplanung beziehungsweise in den Zonenvorschriften vorzunehmen.

Denkbar ist auch, dass eine bauliche Nutzung mit Zusatzmassnahmen (zum Beispiel geschlossenes Untergeschoss) möglich ist. Dann müssen die Zusatzmassnahmen mit ihrem Inhalt und dem betroffenen Gebiet in der Nutzungsplanung umgesetzt werden (Plan/Spezialbauvorschriften).

3.2.2 Verfügungen (Baubewilligungen)

§ 32 Abs. 1 BauG fordert die Eignung von Baugrundstücken auch als Voraussetzung für die Baubewilligung (vgl. Zimmerlin, BauG des Kantons Aargau, N. 6. zu § 156 aBauG). Bauten dürfen nur auf baureifen Grundstücken erstellt werden. Insbesondere die Lage muss für die Überbauung geeignet sein. Besondere Verhältnisse, beispielsweise eine nicht zu behebbende Rutschgefahr, Steinschlag, Überschwemmungsgefahr schliessen die Baureife zum Vornherein aus (Zimmerlin, a. a. O., N. 6 zu § 156 aBauG).

Aus dem gleichen Grund (Hochwassergefahr) darf auch nach § 52 Abs. 1 BauG keine Baubewilligung erteilt werden, wenn die Sicherheit in Gefahrenzonen blau oder rot nicht gewährleistet werden kann. Denn dann ist das Rechtsgut der Gesundheit beziehungsweise des Leib und Lebens der Benutzer in Gefahr.

3.2.2.1 Die Voraussetzung der Baureife

Wie weit sich die fehlende Baureife aufgrund der Überschwemmungsgefahr erstreckt, hat sich wiederum aus der fachtechnischen Beurteilung Gefahrenkarte zu ergeben und beinhaltet grundsätzlich kein Planungsermessens. Das gesamte betroffene Gebiet ist – auf der Grundlage des Rechtsgleichheitsgebots – gleich zu behandeln. Soweit die Gefahrenkarte die Überschwemmungsgefahr für eine Überbauung als zu hoch einstuft, fehlt es aufgrund von § 32 Abs. 1 BauG von vornherein an der Voraussetzung einer Baubewilligung. Die Voraussetzung für die Baubewilligung fehlt auch dann, wenn das Grundstück in einer ausgeschiedenen Bauzone liegt. Die Lage der Bauparzelle in einer Bauzone stellt nur die rechtliche Voraussetzung der Eignung dar, kann jedoch die fehlende tatsächliche Eignung nicht ersetzen.

Baubewilligungsbehörden haben ihre *Kenntnisse* aus der Gefahrenkarte bei der Anwendung von § 32 Abs. 1 BauG im konkreten Baubewilligungsverfahren auch dann anzusetzen, wenn die Festlegung der Erkenntnisse für den Hochwasserschutz noch nicht in die Nutzungsplanung eingeflossen sind. Dabei geht es von vornherein nicht um die Frage der Rechtskraft der Gefahrenkarte, sondern ausschliesslich um die fachtechnische Beurteilung der von § 32 Abs. 1 BauG geforderten Eignung nach den vorlie-

genden fachtechnischen Informationen der Gefahrenkarte. Die Baubewilligungsbehörden sind verpflichtet, den Sachverhalt von Amtes wegen abzuklären (§ 17 Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege, VRPG) und dürfen somit bekannte Sachverhalte nicht ausblenden. Sie würden in diesem Fall auch gegen das in Art. 5 BV, § 2 Kantonsverfassung (KV) und in § 2 Abs. 1 VRPG verankerte Legalitätsprinzip verstossen, welches die Behörden an Gesetz und Recht bindet. Der Verstoss würde darin liegen, dass § 32 Abs. 1 BauG – trotz Kenntnis der Gefahr beziehungsweise der fehlenden Eignung – die Anwendung versagt würde und nicht darin, dass die Gefahrenkarte nicht umgesetzt würde.

Eine bekannte Hochwassergefahr müsste in einem Baubewilligungsverfahren sogar ohne Gefahrenkarte berücksichtigt werden. Die Baubewilligungsbehörde ist verpflichtet, den gesamten Sachverhalt von Amtes wegen abzuklären (§ 17 VRPG). Zu dieser Sachverhaltsfeststellung gehört selbstverständlich auch die *Abklärung, ob Hinweise auf eine Gefährdung vorliegen* (§ 52 Abs. 1 BauG). Für die obligatorischen Ermittlungen können alle sachbezogenen Grundlagen beigezogen werden, insbesondere auch die Gefahrenhinweiskarte und der Ereigniskataster.

Falls eine Hochwassergefährdung nicht ausgeschlossen werden kann, ist die Baubewilligungsbehörde verpflichtet, die notwendigen Grundlagen zu erarbeiten beziehungsweise vom Gesuchsteller zu verlangen. Das Baugesuch muss alle für die Beurteilung notwendigen Angaben enthalten (§ 31 Abs. 1 Allgemeine Verordnung zum Baugesetz, ABauV). Wo es die Beurteilung eines Gesuches erfordert, können/müssen (§ 17 VRPG) die Baubewilligungsbehörden weitere Unterlagen verlangen (§ 31 Abs. 2 ABauV). Die meisten Bau- und Nutzungsordnungen der Gemeinden enthalten zudem eine ausdrückliche Kompetenz des Gemeinderats, von der Bauherrschaft Gutachten zu verlangen oder selber auf Rechnung des Baugesuchstellers in Auftrag zu geben. Fehlt eine Gefahrenkarte, wird die Tolerierbarkeit einer Gefährdung auf einer bestimmten Parzelle oft nur über ein Gutachten nachgewiesen werden können, analog etwa dem Lärnmachweis oder dem Nachweis der Wärmedämmung. Bei der Beurteilung von Naturgefahren sind die Baubewilligungsbehörden verpflichtet, Unterlagen zu fordern, welche eine Beurteilung mindestens nach der Empfehlung Raumplanung und Naturgefahren zulassen (BGE 1P. 329/2005, Urteil vom 27. Juli 2005; lawinengefährdeter Zugang zu einer Alphütte, die als Ferienhaus ausgebaut werden sollte; die Richtlinien des Bundesamts für Forstwesen wurden für die Interessenabwägung als unabdingbar erklärt).

3.2.2.2 Die bundesrechtliche Pflicht zur Berücksichtigung der Gefahrenggebiete

Die Pflicht zur Berücksichtigung der Gefahrenkarte Hochwasser im Baubewilligungsverfahren (auch wenn sie raumplanerisch noch nicht umgesetzt ist) oder anderer sachbezogener Grundlagen ergibt sich auch selbstständig aus Bundesrecht (Empfehlung Raumplanung und Naturgefahren, Bundesamt für Raumentwicklung und BAFU, Seite 29). Art. 21 Abs. 3 Wasserbauverordnung (WBV) gibt nicht nur für die Richt- und Nutzungsplanung auf, die Gefahrenggebiete zu berücksichtigen. Diese Rücksichtnahme wird auch ausdrücklich für sämtliche anderen raumwirksamen Tätigkeiten vorgeschrieben. Die Erteilung einer Baubewilligung ist ohne jeden Zweifel eine raumwirksame Tätigkeit (vgl. zum Beispiel die Formulierung in § 59 Abs. 1 BauG).

Die (nach Bundesrecht obligatorischen) Beurteilungsgrundlagen für die Gefahrenggebiete werden in Art. 27 Abs. 1 WBV aufgezählt. Dazu gehören neben den Gefahrenkarten explizit auch der Gefahrenkataster und die Dokumentationen über grössere Schadenereignisse. Zu berücksichtigen sind jedoch auch allfällige andere Grundlagen. Massgebend ist die sachbezogene *Kenntnis*, welche stets zur Abklärung des Sachverhalts bei-

trägt. Art. 21 Abs. 3 WBV spricht denn auch generell von der Berücksichtigung der Gefahrengebiete.

3.2.2.3 Das Prinzip der Verhältnismässigkeit

Selbstverständlich gilt auch im Baubewilligungsverfahren das Verhältnismässigkeitsprinzip. Wenn die Gefahr (nach der rein fachtechnischen Beurteilung) mit Massnahmen behoben oder tolerierbar gemacht werden kann, ist nicht die Abweisung des Baugesuchs erforderlich. Die Massnahmen sind dann in der Baubewilligung zu verfügen (Bedingungen), mindestens auf den Zeitpunkt des Baubeginns. Sie sind nicht nur Voraussetzung für den Bau, sondern auch für die Baureife des Grundstücks (§ 32 Abs. 1 BauG).

3.2.2.4 Erleichterungen für eine Ausnahmegewilligung?

In der Praxis kann sich die Frage stellen, ob für Massnahmen gegen die Hochwassergefahr, zum Beispiel am Gebäude selber, Ausnahmegewilligungen von den normalen Bau- und Zonenvorschriften erteilt werden können/sollen.

Denkbar ist etwa, dass die nutzbaren Räume eines Gebäudes wegen der Überflutungsgefahr in der Umgebung mit einem geschlossenen Sockelgeschoss höher gelegt werden müssten. Da Gebäude- und Firsthöhe in jedem Fall vom gewachsenen Terrain aus zu messen sind (§ 12 Abs. 1 ABauV) und auch die Definition des Untergeschosses das gewachsene Terrain zum Ausgangspunkt nimmt (§ 15 ABauV), ist die Gebäude- und Firsthöhe, wie auch die Höhe des Untergeschosses zwingend auch für im Interesse des Hochwasserschutzes höher gelegte Bauten vom gewachsenen Terrain aus zu messen. Die in den §§ 12 und 13 ABauV vorgeschriebene kantonale Messweise ist zudem abschliessend und kann von den Gemeinden in ihrer Bau- und Nutzungsordnung nicht abgeändert werden. Aufgrund der vorliegenden gesetzlichen Grundlagen kommt deshalb nur eine Ausnahmegewilligung in Betracht, wenn die Voraussetzungen von § 67 BauG erfüllt sind.

In jedem Fall ist auch hier eine Interessenabwägung vorgeschrieben, wobei der Hochwasserschutz durchaus im öffentlichen Wohl nach § 67 Abs. 1 lit. a BauG liegen oder ausserordentliche Verhältnisse nach § 67 Abs. 1 lit. b BauG begründen kann. Die Interessenabwägung ist naturgemäss im Rahmen des Einzelfalls aufgrund dessen Besonderheiten durchzuführen. Immer müssen jedoch auch neben den Interessen des Hochwasserschutzes die übrigen Interessen mit einbezogen und gewertet werden, beispielsweise die Interessen der Nachbarn aus Lichtentzug und Schattenwurf, der Einpassung ins Ortsbild oder auch die Situation des Bauvorhabens allgemein (ist zum Beispiel eine Überschreitung der Gebäudehöhe zwingend erforderlich oder gäbe es Alternativen).

An diesem Beispiel zeigt sich die Nachteiligkeit einer noch immer weitgehend punktuellen Regelung des Hochwasserschutzes beziehungsweise des Fehlens einer Gesetzesbestimmung, welche die Prinzipien der Anwendung von dokumentierten Hochwassergefahren sowohl für das Nutzungsplanungs- als auch das Baubewilligungsverfahren rechtssicher und rechtsgleich festlegen würde (vgl. vorstehend, Ziffer 2.3). Das Baugesetz hat die Umsetzung des Hochwasserschutzes an die kommunalen Nutzungsplanungen verwiesen (§ 13 Abs 2^{ter} BauG). Somit stellt sich die Frage nach der konkreten Ausgestaltungen der Zonenvorschriften auf Gemeindeebene (zum Beispiel die Möglichkeit eines zusätzlichen Geschosses, wenn das Sockelgeschoss geschlossen werden muss). Damit könnten auch generelle gesetzliche Grundlagen für Erleichterungen geschaffen werden, welche heute fehlen.

4. Wasserbauliche Massnahmen

Obwohl die Gefahrenkarte selber als behördenverbindlich anzusehen ist, begründet sie keine unmittelbare Pflicht, aktiv im Sinne des Hochwasserschutzes tätig zu werden, weder für Behörden noch für Grundeigentümer. Die Behördenverbindlichkeit der Gefahrenkarte ist zwar allgemein im Rahmen raumwirksamer Tätigkeiten festgelegt, insbesondere für die Nutzungsplanung und das Baubewilligungsverfahren (Art. 21 Abs. 3 und Art. 27 Abs. 1 WBV, Art. 9 RPG, vorstehend Ziffern 3.2.1 und 3.2.2). In dieser Vorschrift liegt jedoch keine generelle Pflicht, auch raumwirksam tätig werden zu müssen. Wenn das Hochwasser das Mass einer Katastrophe angenommen haben sollte, ergeben sich die Pflichten aus dem Gesetz über Katastrophenhilfe und Bevölkerungsschutz vom 18. Januar 1983, SAR 515.100).

Hingegen ist wiederum darauf hinzuweisen, dass die Gefahrenkarte die Gefahrensituation so klärt, dass Entscheidungen auch in wasserbaulicher Sicht getroffen werden können und es darf nicht von vornherein ausgeschlossen werden, dass aufgrund dieser neuen Datenlage Handeln von Amtes wegen aufgrund von allgemeinen wasserbaulichen Verpflichtungen des Gesetzes Not tut.

Die Eigentümer der Gewässer treffen die notwendigen baulichen Massnahmen (§ 120 Abs. 2 BauG). Alle öffentlichen Gewässer sind Eigentum des Kantons, soweit an ihnen nicht Eigentum Dritter nachgewiesen oder das Eigentum von Gemeinden durch den Regierungsrat nicht ausdrücklich anerkannt worden ist (§ 116 Abs. 1 BauG).

Die Baupflicht an Gewässern umfasst die Verpflichtung zur Vornahme derjenigen Massnahmen des Wasserbaus, die notwendig sind, damit die Gewässer den gesetzlichen Anforderungen genügen (§ 117, § 121, § 123 BauG). Welche wasserbaulichen Massnahmen im einzelnen Fall vorzunehmen sind, hängt von Art, Grösse und Zustand des Gewässers ab, wobei vor allem wichtig ist, dass der ungehinderte Wasserabfluss gewährleistet und die Ufer ausreichend befestigt sind (vgl. Zimmerlin, a.a.O., N. 1 zu § 90 aBauG; zu den Anforderungen an die Massnahmenplanung: Art 36a Abs. 1 GschG). An die Erfüllung der Baupflicht dürfen – wie im Strassenbau – nicht überspitzte Anforderungen gestellt werden. Die Bau- und Unterhaltspflicht des Gewässereigentümers kann keine Verpflichtung zum Perfektionismus enthalten. Es darf auch keinem Machbarkeitswahn gehuldigt werden (vgl. Hans Rudolf Schwarzenbach, Staatshaftungsrecht bei verfügbarem Verwaltungshandeln, Bern 2006, Seite 85). Dritte haben keinen direkten Anspruch auf die Vornahme von wasserbaulichen Massnahmen durch den Eigentümer (AGVE 1972, Seite 199 f.). Allenfalls könnte ein Anspruch aus Haftung entstehen (vgl. dazu die nachstehenden Ausführungen).

Wenn auch Dritte gegen den Kanton grundsätzlich keinen Rechtsanspruch auf die Verwirklichung von wasserbaulichen Massnahmen haben, ist der Kanton trotzdem verpflichtet, seine Gewässer den vorstehend dargelegten gesetzlichen Anforderungen entsprechend zu unterhalten und nötigenfalls baulich zu sichern (§ 120 Abs. 2 BauG). An diese Rechtspflicht ist er unabhängig von der Intervention eines Dritten gebunden (Art. 5 BV, § 2 KV, § 2 VRPG). Für die Planung, Projektierung und Ausführung sind die Bestimmungen für den Strassenbau massgebend (§ 92 ff. BauG).

Im Gegenzug trifft Dritte (zum Beispiel Private oder Gemeinden) keine Pflicht zum Bau oder Unterhalt der Gewässer, mindestens soweit sie nicht ausnahmsweise als dessen Eigentümer zu gelten haben. Die bereits erwähnte Regelung in § 120 Abs. 2 BauG ist abschliessend. Der Einbezug von weiteren Kreisen wäre nur ausdrücklich, das heisst mit

einer gesetzlichen Grundlage möglich. Das Departement BVU kann wasserbauliche Aufgaben auf Gemeinden oder Private übertragen (§ 120 Abs. 2, Satz 2 BauG). Diese Delegation ändert jedoch nichts an der grundsätzlichen Zuständigkeit des Gewässer-eigentümers, also in der Regel des Kantons.

Wasserbauliche Massnahmen haben Kostenfolgen. Nach § 122 Abs. 1 BauG tragen wiederum grundsätzlich die Eigentümer die Kosten der baulichen Massnahmen und des Unterhalts. An die dem Kanton aus dem Wasserbau an seinen **Bächen** und an deren Unterhalt entstehenden Kosten, haben die Gemeinden nach Massgabe der Verursachung und der Interessen Beiträge zwischen 20% bis 60% zu leisten (§ 122 Abs. 2 BauG). In dieser Bestimmung wird die noch in § 91 Abs. 2 aBauG aufgeführte Leistungsfähigkeit der Gemeinde nicht mehr erwähnt. Darin liegt ein Widerspruch zu § 3 Abs. 1 des Dekrets über die Beiträge der Gemeinden und der Grundeigentümer an Bau sowie Unterhalt der Bäche vom 22. Februar 1972 (Gewässerbeitragsdekret, SAR 767.350), welcher nach wie vor die Formulierung aus § 91 Abs. 2 aBauG (mit Leistungsfähigkeit der Gemeinden) enthält. In diesem Fall muss das jüngere Baugesetz vorgehen, zumal auch die Übergangsbestimmung in § 168 BauG widersprechende Ausführungsvorschriften des Kantons für ungültig erklärt.

Die gesetzliche Grundlage, Grundeigentümer zu Beiträgen an Hochwasserschutzmassnahmen zu verpflichten, scheint heute zu fehlen.

Die faktischen Zwänge, insbesondere notwendiger Objektschutz oder die Herbeiführung der Eignung als Bauland, können dagegen Grundeigentümer durchaus zu eigenen Leistungen anhalten. Es besteht die Möglichkeit, diese wasserbaulichen Massnahmen oder Beteiligungen von Grundeigentümern in einer Vereinbarung festzulegen.

5. Kostenfolgen des Hochwasserschutzes

Kostenfolgen sind vorab aus zwei Rechtsgründen denkbar: materielle Enteignung (aus Eigentumsbeschränkung) und Haftung für fehlerhaftes Verhalten (vorab wenn gebotenes Handeln unterlassen wird). Eine marginale Rolle dürften Entschädigungsforderungen aufgrund des Vertrauensschutzes einnehmen.

5.1 Materielle Enteignung

Nach § 138 BauG stellt eine materielle Enteignung einen staatlichen Eingriff in vermögenswerte Rechte dar, deren Wirkung einer formellen Enteignung gleich kommt. Es geht also um staatliche Eingriffe mit Eigentumsbeschränkungen. Eine materielle Enteignung ist entschädigungspflichtig. Zu bezahlen sind alle durch die Eigentumsbeschränkung erlittenen Nachteile, insbesondere ein eingeschränkter Verkehrswert, ein allfälliger Minderwert sowie zusätzliche Nachteile (Inkonvenienzen) (§ 143 BauG).

Vorne (Ziffer 3.1) ist dargelegt worden, dass der Gefahrenkarte Hochwasser selber keine Grundeigentümergebindlichkeit zukommt. Sie selber kann deshalb auch keine Beschränkung des Grundeigentums bewirken. Gestützt auf die Gefahrenkarte Hochwasser erlassene Verfügungen oder Massnahmen sind als polizeilich motivierte Akte der Behörden aufzufassen und wären allenfalls nach den Prinzipien von Polizeieingriffen zu entschädigen. Hier gilt jedoch der Grundsatz, dass das Gemeinwesen für verhältnismässige Polizeieingriffe nicht entschädigungspflichtig werden kann (Beatrice Weber-Dürler, der Grundsatz des entschädigungslosen Polizeieingriffs, ZBl 1984, S. 280 ff.).

Die Frage der materiellen Enteignung wird sich deshalb vorab dann stellen, wenn die Gefahrenkarte Hochwasser in die Nutzungsplanung umgesetzt (§ 13 Abs. 2^{ter} BauG), also die Eigentumsbeschränkung im Zonenplan/Nutzungsplan realisiert ist. Die Grundeigentümergebindlichkeit ergibt sich dann aus der Nutzungsplanung. Sie stellt auch eine ausreichende gesetzliche Grundlage für die Eigentumsbeschränkung dar.

Die Form der Eigentumsbeschränkung in der Nutzungsplanung sagt jedoch noch nichts über ihren Grund aus. Nach ihm ist jedoch auch nach § 143 Abs. 1 BauG zwingend zu fragen. Eine Eigentumsbeschränkung in der Nutzungsplanung, welche auf einer sachlich fundierten Gefahrenabschätzung der Gefahrenkarte Hochwasser basiert, bleibt nach wie vor polizeilich motiviert (vgl. Beatrice Weber-Dürler, die Staatshaftung im Bauwesen, ZBI Nr. 98, 1997, S. 405). Der Schutz von Leib und Leben, aber auch von Sachwerten gebietet den polizeilichen Schutz, welcher richtigerweise in der Nutzungsplanung koordiniert wird. Soweit dieser Schutz beziehungsweise Eingriff schon vor der Nutzungsplanung bestanden hat, erfährt der Grundeigentümer durch die Nutzungsplanung selber auch keinen Nachteil, denn sein Grundstück war – aus polizeilichen Gründen – schon vorher nicht baureif. Das Bauverbot (allenfalls die Baueinschränkung) wird in die Nutzungsplanung nur aufgenommen; es (sie) ist nicht deren Folge (vgl. a. Weber-Dürler, Staatshaftung in Bauwesen, a.a.O., S. 404; ZBI Nummer 81, 1980, S. 357).

Eine andere, aber im Ergebnis identische Sichtweise hat die Revisionskommission des Kantons Wallis in ihrem Entscheid vom 2. Dezember 2004 eingenommen (ZWR 2005, Seiten 16 bis 18). Sie hat die Entschädigungspflicht verneint für ein Grundstück, welches nach gültigem Zonenplan zwar in der Bauzone lag, durch einen Murgang und dann durch die neue Gefahrenkarte jedoch in die rote Bauverbotszone aufgenommen werden musste. Die Revisionskommission machte geltend, dass die Unüberbaubarkeit der fraglichen Parzelle im Bewertungszeitpunkt (Rechtskraft der Eigentumsbeschränkung in der Nutzungsplanung) nicht aus der Expropriation resultierte, sondern aus der sich bereits vorher abzeichnenden Gefahrenlage. Die Unüberbaubarkeit wurde in diesem Fall gewissermassen als Eigenschaft des Grundstücks aufgefasst, welche schon vor der planmässig festgehaltenen Eigentumsbeschränkung gegeben war.

Eine Entschädigungspflicht wegen materieller Enteignung aus der reinen Umsetzung der Gefahrenkarte in der Nutzungsplanung (§ 13 Abs. 2^{ter} BauG) dürfte somit ausbleiben.

5.2 Haftung

Die gesetzlichen Grundlagen für die Haftung des Staats, also des Kantons und der Gemeinden, finden sich in § 75 KV sowie im Gesetz über die Verantwortlichkeit der öffentlichen Beamten und Angestellten und über die Haftung des Staats und der Gemeinden für ihre Beamten (Verantwortlichkeitsgesetz) vom 21. Dezember 1939. Streitigkeiten über die Haftung von Kanton und Gemeinden entscheidet das Verwaltungsgericht (§ 100 Abs. 3 KV)

5.2.1 Haftungsgesetz

5.2.1.1 Allgemeine Voraussetzungen

Fest steht nach der bisherigen Lehre und Praxis, dass § 75 KV direkt anwendbar ist und keiner Konkretisierung in einem Gesetzeserlass bedarf (BGE 103 Ia 36 E. 2, SJZ 91, 1995, S. 137 f., Adrian Hungerbühler, Probleme der Einführung der aargauischen Kantonsverfassung, ZBI 1983, S. 386).

Gemäss § 1 des Haftungsgesetzes (HG) vom 24. März 2009 ist der Kanton Aargau beziehungsweise sind die Gemeinden für Schäden ersatzpflichtig, die Dritten durch Beamte oder öffentliche Angestellte in Ausübung ihres Diensts widerrechtlich (§ 7 Abs. 1 HG) zugefügt werden. Für Entscheide, welche sich im Rechtsmittelverfahren als fehlerhaft erweisen, gilt die Sonderbestimmung von § 4 Abs. 1 HG (Haftung nur bei vorsätzlicher oder grob fahrlässiger Fehlerhaftigkeit). Der gleiche Umfang der Haftung gilt bei falschen Auskünften (§ 6 Abs. 1 HG).

Die Besonderheit eines Schadens aus behördlicher Missachtung einer in der Gefahrenkarte dargestellten Gefahrensituation besteht darin, dass in der Regel nicht die Missachtung selber den Schaden herbeiführt, sondern erst das Naturereignis, welches die Gefahr verwirklicht. Das behördliche Nichteinschreiten im Rahmen der Nutzungsplanung oder Baubewilligung stellt eine Unterlassung dar. Die Kausalität der Unterlassung zum Schaden ist nur dann gegeben, wenn eine so genannte Schutznorm den Behörden ein Handeln/Einschreiten zugunsten der geschädigten privaten Rechtsgüter aufgibt (vgl. Weber-Dürler, die Staatshaftung im Bauwesen, a.a.O., S. 396 ff.), wenn also das Gemeinwesen durch Rechtssatz verpflichtet ist, die Gefahr abzuwenden. Durch § 13 Abs. 2^{ter} BauG sind die Gemeinden verpflichtet, den Hochwasserschutz in der Nutzungsplanung umzusetzen.

Die Grundregel im Haftpflichtrecht besagt, dass der Geschädigte den Schaden selbst zu tragen hat, es sei denn, eine Gesetzesvorschrift ermögliche ihm, dafür einen Haftpflichtigen zur Rechenschaft zu ziehen. Dieser Grundsatz gilt insbesondere auch für Naturgefahren. Naturgewalten (höhere Gewalt: Erdbeben, aussergewöhnliche Lawinen, ein in seiner Intensität aussergewöhnliches Gewitter, kriegerische Ereignisse) schliessen grundsätzlich die Haftung aus. Höhere Gewalt ist ein von vornherein nicht kontrollierbares, aussergewöhnliches, von aussen mit unabwendbarer Gewalt einbrechendes Ereignis (Thomas Grieder, Vertragswidrigkeit und objektivierte Fahrlässigkeit, Zürich 2002, S. 157). Für die Folgen derartiger Ereignisse hat auch der Staat nicht einzustehen. Die Pflichten aus Katastrophenschutz haben eine andere Rechtsgrundlage. Diese Ereignisse sind vielfach auch nicht versicherbar. Jeder Grundeigentümer und jeder andere Private steht – soweit es um Naturgefahren geht – zunächst nur in der Selbstverantwortlichkeit. Es gibt keinen allgemeinen Anspruch, vom Staat Schutz vor Naturgefahren zu verlangen.

5.2.1.2 Voraussetzungen im Hochwasserschutz

Auf dem Gebiet des Hochwasserschutzes ist die Lage jedoch speziell. Hier sind die Kantone verpflichtet, den Schutz vor Hochwasser wahrzunehmen (Art. 2 WBG). Es wird auch gesagt, wie der Hochwasserschutz wahrzunehmen ist, nämlich primär durch Massnahmen des Unterhalts und *raumplanerischen* Massnahmen (Art. 3 Abs. 1 WBG). Erst wenn diese Massnahmen nicht ausreichen, müssen Verbauungen, Eindämmungen, Korrekturen und Rückhalteanlagen sowie allenfalls weitere Vorkehrungen getroffen werden (Art. 3 Abs. 2 WBG).

Im kantonalen Recht finden sich dazu verschiedenste Ausführungsvorschriften. Zunächst diejenigen für die Planung (vgl. Ziffer 2.2.1, vorstehend). Im behördenverbindlichen Richtplan (Richtplantext, Kapitel L 5.1, Beschluss 3.1) werden die Gemeinden angewiesen, den Hochwasserschutz bau- und planungsrechtlich zu vollziehen, insbesondere in der Nutzungsplanung. Die Gemeinden sind sodann ausdrücklich verpflichtet, den Hochwasserschutz in der Nutzungsplanung umzusetzen (§ 13 Abs 2^{ter} BauG).

Aber auch andere Bestimmungen, welche den Behörden aufgeben, die aus der Gefahrenkarte Hochwasser bekannte Gefahrensituation umzusetzen, können haftungsbegründend werden. In der Praxis wird es darauf ankommen, ob einer Behörde unter dem Gesichtspunkt der Widerrechtlichkeit die Verletzung einer Schutznorm vorgeworfen werden kann (Beatrice Weber-Dürler, die Staatshaftung im Bauwesen, a.a.O., Seite 399). Der Geschädigte müsste also beweisen, dass bei der Nutzungsplanung/Baubewilligung ein Rechtssatz verletzt worden ist, welcher dem Schutz des verletzten Rechtsguts (Eigentum, Leib und Leben usw.) dient (Ruch, Kommentar Raumplanungsgesetz, N. 119 zu Art. 22, für Schäden aus einer widerrechtlich erteilten Baubewilligung). § 13 Abs. 2^{ter} BauG könnte dazu die notwendige Grundlage bieten.

Normen, welche den kantonalen und kommunalen Behörden ein Handeln gegen die Hochwassergefahr zugunsten von Leib und Leben sowie Sachwerten aufgeben, stellen dar (nicht abschliessend aufgezählt): § 13 Abs. 2^{ter} BauG, Art. 3 Abs. 1 und 2 WBG, allenfalls Art. 3 Abs. 3 lit. b RPG (Fernhalten schädlicher und lästiger Einwirkungen von Wohnzonen), Art. 6 Abs. 2 lit. c RPG (Feststellung der Gefahrengebiete), Art. 15 RPG (Einzonung nur von Bauland, welches geeignet ist), Richtplangentext, Kapitel I 5.1, Beschluss 3.1, § 32 BauG (Baureife), § 52 Abs. 2 BauG (gewährleisteter Gesundheitsschutz als Voraussetzung der Baubewilligung von Gebäuden), § 52 Abs. 1 BauG.

5.2.1.3 Baubewilligung und Nutzungspläne im Speziellen

Das Bundesgericht hat in der Rechtsprechung die Haftung im Rahmen von *Rechtsakten* (zum Beispiel Nutzungspläne und Baubewilligungen) verschiedentlich auf qualifizierte Fehlentscheide und wesentliche Amtspflichtverletzungen beschränkt (vgl. § 4 Abs. 1 HG) und hat sich damit dem Vorwurf ausgesetzt, die überwunden geglaubte Verschuldenshaftung (an Stelle der Kausalhaftung) wieder einzuführen. Diese Praxis entspreche nicht den Rechtsgrundlagen (vgl. Weber-Dürler, die Staatshaftung im Bauwesen, a.a.O., S. 400).

In Bezug auf die "Qualität" beziehungsweise die Qualifiziertheit eines Fehlentscheids aufgrund der Gefahrenkarte Hochwasser drängen sich folgende Bemerkungen auf: Der Frage der Verhältnismässigkeit kann im Rahmen der Haftpflichtfrage nur dann Bedeutung zukommen, wenn der Behörde überhaupt ein Ermessen bei der Planfestsetzung oder Baubewilligung eingeräumt ist. Gerade die Gefahrenkarte Hochwasser gibt parzellengenau die Meinung der spezialisierten Fachleute und der kantonalen Fachstelle in dieser reinen Sachfrage wieder und lässt kaum Raum für ein Planungsermessen (vgl. dazu etwa die Erwägungen des Bundesgerichts [Strafurteil] im Zusammenhang mit dem Lawinenunglück von Evolène 1999: die Gefahrenkarten und Lawinenbulletins der Experten wurden zur Festlegung des Massstabs der erforderlichen Sorgfalt von Experten überprüft, BGE 6P.39/2006 und 6P.40/2006 vom 30. August 2006). Eine Nichtberücksichtigung der Gefahrenkarte müsste auf dieser Beurteilungsgrundlage deshalb zum vornherein einen klaren und gewichtigen Mangel der Nutzungsplanung oder Baubewilligung darstellen. Zudem ist auf die gesetzliche Rangordnung von Hochwasserschutzmassnahmen hinzuweisen, wie sie in Art. 3 WBG vorgegeben ist: 1. Unterhalt und raumplanerische Massnahmen; 2. bauliche Massnahmen. Sorgfaltspflichtverletzungen sind bei der Unterlassung von raumplanerischen Massnahmen (Nutzungsplanung § 13 Abs. 2^{ter} BauG und Baubewilligung (§ 13 Abs. 2^{ter} BauG) damit klarer und gravierender, als etwa bei der Unterlassung der sekundär aufgegebenen baulichen Massnahmen. Raumplanerische Massnahmen sind in aller Regel auch leichter und mit kleinerem Aufwand auszuführen als bauliche Massnahmen.

Staatshaftung im Bauwesen wird wesentlich auf fehlerhafte Nutzungsplanung und fehlerhafte Baubewilligungen beschränkt sein. Dieser Bereich der Raumplanung ist grundeigentümerverbindlich und betrifft demnach die Grundeigentümer oder Nutzer des Grundeigentums direkt. Dass Nutzungsplanung und Baubewilligung durch "öffentliche Beamte, Angestellte und Arbeiter" des Staats und der Gemeinden "in Ausübung ihres Dienstes" im Sinne von § 1 HG erlassen werden, braucht nicht weiter ausgeführt zu werden.

Insbesondere bei Nutzungsplanungen und Baubewilligungen in Gefahrengebieten, welche der Grundeigentümer beantragt oder wenigstens nicht bekämpft hat, müsste auch die Frage der Einwilligung des geschädigten Grundeigentümers geprüft werden. Eine Einwilligung könnte beispielsweise bereits darin erblickt werden, dass der Grundeigentümer die Verfügung oder Nutzungsplanung nicht angefochten hat. Eine Einwilligung in die Gefahrensituation könnte an sich zum Haftungsausschluss (Unterbruch des Kausalzusammenhangs) oder zumindest zu einer Haftungsreduktion führen. Hingegen ist zu beachten, dass Dritte (zum Beispiel Nutzer des Grundstücks) im Zeitpunkt der Nutzungsplanung oder Baubewilligung gar nicht legitimiert waren, ein Rechtsmittel zu ergreifen. Beim Grundeigentümer war fraglich, ob er durch den Entscheid überhaupt beschwert war und selber hätte Beschwerde führen können (vgl. Weber-Dürler, die Staatshaftung im Bauwesen, a.a.O., S. 402). Die Rolle des Grundeigentümers als Angesprochener und Partei der Nutzungsplanung oder Baubewilligung könnte wohl abschliessend nur beurteilt werden, wenn auch feststeht, welche Kenntnis er von der tatsächlichen Gefahrenlage hatte oder hätte haben können (zum Beispiel von der parzellengenauen Gefahrenkarte). Das Einverständnis beziehungsweise die Einwilligung in die Gefahr setzt die Fähigkeit für deren Beurteilung voraus. Die Beurteilung und Berücksichtigung der Hochwassergefahr ist den Behörden mit dem Fachwissen der Plangrundlagen aufgegeben (§ 13 Abs. 2^{ter} BauG, § 52 Abs. 1 BauG).

5.2.1.4 Unterlassung weiterer Massnahmen

Eine haftpflichtrelevante Unterlassung könnte allenfalls darin erblickt werden, wenn der Kanton die Gefahrenkarte – trotz der Vorschriften in Art. 6 Abs. 2 lit. c RPG und Art. 21 Abs. 1 WBV sowie Art. 27 WBV – nicht erlassen hätte. Nachdem das Projekt Gefahrenkarte Hochwasser im Aargau jedoch flächendeckend abgeschlossen ist, stellt sich die Frage nicht mehr.

Die Frage der Haftpflicht könnte sich allenfalls auch dann stellen, wenn ein Geschädigter geltend macht, bauliche Massnahmen seien – entgegen Art. 3 Abs. 2 WBG – zu Unrecht unterlassen oder zu gering ausgeführt worden. Hier müssten dann die Aspekte des Einzelfalls gewürdigt werden, wobei vom Grundsatz der Selbstverantwortung speziell gegenüber Naturgefahren auszugehen und dem Verhältnismässigkeitsprinzip grosses Gewicht beizumessen wäre (vgl. BGE 4C.45/2005, Urteil vom 18. Mai 2005: Wäre der Kanton Wallis auf der Strasse Täsch-Zermatt verpflichtet gewesen, einen Abschnitt durch einen Lawinentunnel zu sichern? Keine verpflichtende Norm und keine Pflicht aufgrund der Verhältnismässigkeit, kein Werkmangel, sondern höhere Gewalt).

5.2.2 Zivilrechtliche Haftung

Schliesslich ist eine Haftung aus Art. 58 Obligationenrecht (OR, Werkeigentümerhaftung) beziehungsweise Haftung des Eigentümers nach Art. 679 Zivilgesetzbuch (ZGB) in Verbindung mit Art. 664 ZGB und § 116 Abs. 1 BauG denkbar, wenn der Fluss oder Bach durch ein fehlerhaftes Werk (zu kleiner Durchlass, zu niedrige Brücke, usw.) korrigiert oder mangelhaft unterhalten wird (BGE 91 II 474 ff.; vgl. auch den zuvor erwähnten BGE 4C.45/2005). Das Gewässer selber stellt kein Werk dar, sondern öffentliches Ei-

gentum (§ 116 Abs. 1 BauG, Alfred Kuttler, zur privatrechtlichen Haftung des Gemeinwesens als Werk- und Grundeigentümer, ZBI 1976, S. 421, mit Verweisen). Diese Haftung betrifft in erster Linie den Kanton als Eigentümer beziehungsweise Werkeigentümer (§ 116 Abs. 1 BauG). Eine eingehende Erörterung würde den Rahmen der vorliegenden Betrachtung sprengen.

Korrekturer Unterhalt und in gewissem Mass auch der Sache des Hochwasserschutzes dienende Verbauungen sind (primär dem Kanton) auch durch ausdrückliche Vorschrift aufgegeben: Art. 3 Abs. 1 und 2 WBG, § 120 Abs. 2 und § 121 BauG. Diese Vorschriften bezwecken den Schutz von Menschen und erheblichen Sachwerten, insbesondere vor Überschwemmungen und Murgängen (Art. 1 Abs. 1 WBG). Somit erfüllen auch sie grundsätzlich die Voraussetzungen einer Rechtsschutznorm und könnten (wohl neben der Werkeigentümer- und Eigentümerhaftung) auf der Grundlage des HG beziehungsweise § 75 KV angerufen werden (vgl. Ziffer 5.2.1.4, vorstehend).

5.3 Vertrauensschutz

Eine Pflicht zur Entschädigung des Grundeigentümers könnte sich auch auf der Grundlage des Vertrauensschutzes ergeben. Das Vertrauensschutzprinzip kann der Grundeigentümer oder Bauherr anrufen, der sich auf eine vom Staat gesetzte Vertrauensgrundlage verlassen hat. insbesondere Nutzungspläne und Baubewilligungen stellen ohne weiteres eine solche staatliche Vertrauensgrundlage dar (Weber-Dürler, Staatshaftung im Bauwesen, a.a.O., S. 406). Wenn eine Nutzungsplanung aufgrund der Gefahrensituation geändert werden muss, dürfte ein Vertrauensschaden jedoch kaum relevant werden, da sachliche und polizeiliche Gründe die Planungssicherheit regelmässig überwiegen (über den Vertrauensschutz in der Nutzungsplanung: Beatrice Weber-Dürler, neuere Entwicklung des Vertrauensschutzes, ZBI 2002, Nr. 103, S. 302 ff.). Es könnte höchstens die nicht umgesetzte Kenntnis im Nutzungsplan zur Diskussion stehen, hingegen für ein Grundstück, welches bereits zuvor gefährdet war.

Dagegen würde die Möglichkeit bestehen, dass sich die Frage eines Vertrauensschadens bei einer Baubewilligung stellt, welche aufgrund des Hochwasserschutzes widerrufen werden müsste. Der Grundeigentümer hat in diesem Fall Dispositionen auf der Grundlage der Bewilligung getroffen und wenn die Interessen des Hochwasserschutzes zwingend sind, gibt es auch kein Ausweichen. Die öffentlichen Interessen und die gefährdeten privaten Rechtsgüter rechtfertigen dann den Widerruf der Baubewilligung. Hier würde sich der Ersatz des Vertrauensschadens auf der Grundlage von Art. 9 BV anbieten (BGE 2A. 303/2000, Weber-Dürler, neuere Entwicklung des Vertrauensschutzes, a.a.O., S. 296 ff.), wobei wiederum auch die Frage nach der Rolle des Grundeigentümers gestellt werden müsste.

6. Strafrechtliche Verantwortung

Die Erteilung einer fehlerhaften Baubewilligung oder das Festsetzen einer fehlerhaften Nutzungsplanung dürfte für sich allein grundsätzlich keine Strafbarkeit begründen. Die Verletzung des Rechtsguts (Leib, Leben, Gesundheit) erfolgt erst durch die Manifestation der Gefahr, durch das Hochwasser selber.

Im Zeitpunkt der konkreten Gefahr für Leib und Leben sind jedoch keine Fehleinschätzungen mehr möglich. Die Verantwortlichen müssen dann beispielsweise den Evakuierungsentscheid sachrichtig insbesondere aufgrund der Gefahrenkarte fällen, auch oder

gerade wenn ein Gebäude in einer Bauzone liegen sollte (vgl. BGE 6P. 39/2006 vom 30. August 2006 betreffend die Rolle des Gemeindepräsidenten von Evolène beim Lawinenunglück als Verantwortlicher des Sachbereichs Lawinen, insbesondere S. 11, E. 8). An diesem Massstab wird die Sorgfalt gemessen, welche zu einer Verurteilung aufgrund von Fahrlässigkeit führen kann.

Immerhin ist der Vollständigkeit halber auch auf Art. 227 Strafgesetzbuch (StGB) hinzuweisen: "Wer vorsätzlich eine Überschwemmung oder den Einsturz eines Bauwerks oder den Absturz von Erd- und Felsmassen verursacht und dadurch wissentlich Leib und Leben von Menschen oder fremdes Eigentum in Gefahr bringt, ...". Im vorliegenden Zusammenhang kann es nicht um das Verursachen von Überschwemmungen gehen, aber allenfalls könnte nicht ausgeschlossen werden, dass bei einem allfälligen Einsturz eines Bauwerks infolge einer Überschwemmung die Voraussetzungen einer fahrlässigen Begehung (des Einsturzes) mit wissentlicher Gefährdung gegeben sein könnte (Niggli/Wiprächtiger, Basler Kommentar, N. 8 zu Art. 227).

Schliesslich ist davon auszugehen, dass eine Missachtung der Gefahrenkarte auch der in Art. 229 Abs. 1 StGB unter Strafe gestellten Verletzung der Regeln der Baukunst entspricht (Niggli/Wiprächtiger, a.a.O., N. 11 zu Art. 229, welcher insbesondere die Berücksichtigung zukünftiger Gefahren fordert). Dieser Tatbestand kann jedoch nur von der Bauleitung (deshalb möglicherweise auch durch den planenden Architekt, Niggli/Wiprächtiger, a.a.O., N. 8 zu Art. 229) begangen werden und kommt nur zum Zuge, wenn jemand an Leib und Leben gefährdet wird.

7. Versicherung

Das Gesetz über die Gebäudeversicherung (GebVG) sieht die Möglichkeit eines Versicherungsausschlusses für Bauten an gefährlichen Standorten vor (§ 10 Abs. 1 lit. d GebVG). Die Praxis wurde bis anhin jedoch mit ausserordentlicher Zurückhaltung geübt. Der Hauptgrund dürfte darin liegen, dass nicht nur das Versicherungsobligatorium, sondern auch das Monopol der Aargauischen Gebäudeversicherung für Feuer- und Elementarschäden besteht (§ 55 Abs. 1 lit. f KV). Ein Gebäudeeigentümer kann somit nach einem Haftungsausschluss nicht einfach zu einer anderen Versicherung wechseln.

Die aus dem Monopolgedanken aufgegebene Zurückhaltung konnte – auf dem Gebiet des Hochwassers – umso weniger abgelegt werden, als eine Ausschlussverfügung für ihre Begründung eine einwandfreie fachliche Beurteilung der Gefahrensituation voraussetzt. Die Gefahrenkarte Hochwasser dürfte hier ebenfalls die relevanten Massstäbe setzen. Denn auf ihrer Grundlage kann die Beurteilung der Gefahr nunmehr auch für die Versicherungsfrage parzellengenau vorgenommen werden. Eine allfällige Ausschlussverfügung ist aufgrund der Gefahrenkarte ohne weiteres begründbar.

Die Gefahrenkarte Hochwasser kann jedoch nicht nur für den Versicherungsausschluss, sondern auch für die Auszahlung der Entschädigung relevant werden. Nach § 47 GebVG (§ 27 Abs. 1 GebVG) verliert ein Gebäudeeigentümer, der sich der vorsätzlichen Herbeiführung eines Schadens schuldig macht, jeden Schadensersatzanspruch. Ein Eigentümer, welcher trotz roter oder blauer Zone in der Gefahrenkarte ein Gebäude errichtet und von der Gefahrenkarte auch tatsächlich Kenntnis hat, weiss sehr wohl, welchem Risiko er sich aussetzt. Fahrlässige Herbeiführung des Schadens durch den Eigentümer bewirkt eine Reduktion der Entschädigung § 27 Abs. 2 GebVG).

§ 3 Abs. 3 GebVG schafft nunmehr auch die Grundlage zur Mitwirkung der Gebäudeversicherung bei raumplanerischen Präventionsmassnahmen nach dem Baugesetz und § 37 Abs. 1 lit. b nGebVG bildet die rechtliche Grundlage für einen Fonds zur Verhütung und Bekämpfung von Elementarschäden. Aus dem Fonds können speziell bauliche Schutzmassnahmen für einzelne bestehende Gebäude unterstützt werden, wenn damit ein weitgehender Schutz vor Elementarschäden erreicht werden kann (Objektschutz) (§ 40 lit. b GebVG).

Wettingen, 10. November 2011

Ralph van den Bergh