

20 A 802/19
7 K 6040/16 Münster

B e s c h l u s s

In dem verwaltungsgerichtlichen Verfahren

wegen Wasserrechts (Beseitigung einer Böschungsbefestigung),
hier: Antrag auf Zulassung der Berufung

hat der 20. Senat des

OBERVERWALTUNGSGERICHTS FÜR DAS LAND NORDRHEIN-WESTFALEN

am 4. Juni 2021

durch

den Vorsitzenden Richter am Oberverwaltungsgericht L e c h t e r m a n n ,

den Richter am Oberverwaltungsgericht O e s t r e i c h ,

den Richter am Oberverwaltungsgericht S e e g e r

auf den Antrag der Kläger auf Zulassung der Berufung gegen das Urteil des
Verwaltungsgerichts Münster vom 18. Januar 2019

beschlossen:

Der Antrag wird abgelehnt.

Die Kläger tragen die Kosten des Zulassungsverfahrens.

Der Streitwert wird auch für das Zulassungsverfahren auf 20.000,- Euro festgesetzt.

Gründe

Der Antrag hat keinen Erfolg.

Die Berufung kann nicht zugelassen werden, weil keiner der nach § 124 Abs. 2 VwGO in Betracht kommenden Zulassungsgründe dargelegt ist und vorliegt (§ 124a Abs. 5 Satz 2 VwGO).

Der Beklagte hat den Klägern mit Ordnungsverfügung vom 8. Dezember 2016 unter Androhung eines Zwangsgeldes aufgegeben, die Böschungsbefestigung des Sandfangs "H. N. " auf ihrem Grundstück zurückzubauen. Das Verwaltungsgericht hat die auf die Aufhebung der Ordnungsverfügung gerichtete Klage der Kläger abgewiesen und dies im Wesentlichen damit begründet, die Uferbefestigung sei ohne die erforderliche Plangenehmigung oder Planfeststellung vorgenommen worden, daher jedenfalls formell illegal und schon deshalb zu beseitigen. Ein Verstoß gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz durch die Verpflichtung liege ebenfalls nicht vor; die von den Klägern vorgenommene Maßnahme sei im Übrigen auch materiell nicht genehmigungsfähig.

Das hiergegen gerichtete Zulassungsvorbringen ergibt keinen Grund zur Zulassung der Berufung.

Die innerhalb der Frist zur Darlegung von Zulassungsgründen (§ 124 Abs. 4 Satz 4 VwGO) sinngemäß geltend gemachten ernstlichen Zweifel an der Richtigkeit des angegriffenen Urteils (§ 124 Abs. 2 Nr. 1 VwGO) liegen nicht vor.

Stützt der Rechtsmittelführer seinen Zulassungsantrag auf den Zulassungsgrund gemäß § 124 Abs. 2 Nr. 1 VwGO, muss er sich mit den entscheidungstragenden Annahmen des Verwaltungsgerichts auseinandersetzen. Dabei muss er den tragenden Rechtssatz oder die Feststellungen tatsächlicher Art bezeichnen, die er mit seinem Antrag angreifen will, und mit schlüssigen Gegenargumenten in Frage stellen. Dabei ist in substantiierter Weise darzulegen, dass und warum das vom Verwaltungsgericht gefundene Entscheidungsergebnis ernstlich zweifelhaft sein soll. Diese Vorausset-

zung ist nur dann erfüllt, wenn das Gericht schon aufgrund des Antragsvorbringens in die Lage versetzt wird, zu beurteilen, ob ernstliche Zweifel an der Richtigkeit des angefochtenen Urteils bestehen. Das Oberverwaltungsgericht soll allein aufgrund der Zulassungsbegründung die Zulassungsfrage beurteilen können, also keine weiteren aufwändigen Ermittlungen anstellen müssen.

Ausgehend davon zeigen die Kläger mit der Begründung ihres Zulassungsantrags **keine ernstlichen Zweifel an der Richtigkeit** des angefochtenen Urteils auf.

Die Kläger erschüttern nicht die Annahme des Verwaltungsgerichts, dass es sich vorliegend um einen Gewässerausbau handele, der planfeststellungs- oder plangenehmigungsbedürftig sei, so dass mangels eines entsprechenden Bescheids die Uferbefestigung formell illegal sei. Die - im Übrigen auch erst nach Ablauf der Frist zur Darlegung von Zulassungsgründen geäußerte - klägerische Annahme, es handele sich bei dem hier in Rede stehenden Sandfang nicht um ein Gewässer, ist unzutreffend; sie wird von den Klägern auch nicht weiter begründet. Gleiches gilt für die insgesamt unerheblichen und unsubstantiierten Ausführungen, mit denen die Kläger bestreiten, es handele sich bei der "H. N. " um eine regionaltypische, sandgeprägte Tieflandbachsituation mit einer Fließlänge von 4,5 km und zahlreichen natürlichen Nebenflüssen und der hier in Rede stehende Sandfang liege in ihrem Mittellauf.

Die Auffassung des Verwaltungsgerichts, das Vorhaben der Kläger sei ein planfeststellungsbedürftiger **Gewässerausbau in Gestalt einer wesentlichen Umgestaltung** des Ufers (§ 67 Abs. 2, § 68 Abs. 1 WHG), trifft auch unter Würdigung des Zulassungsvorbringens der Kläger zu. Durch die Verlegung von **Natursteinen in einem Mörtelbett an der Uferböschung auf einer Länge von etwa 20 Metern** und die Aufschüttung von Steinen am Böschungsfuß wurde der bestehende Zustand des Ufers verändert und damit im Sinne von § 67 Abs. 2 WHG umgestaltet.

Die von den Klägern vorgenommene **Umgestaltung** des Ufers ist auch **wesentlich**.

Wesentlich ist eine Umgestaltung im Sinne von § 67 Abs. 2 WHG, wenn der gegebene Zustand des Gewässers oder seiner Ufer **in einer für den Wasserhaushalt oder in sonstiger Hinsicht bedeutsamen Weise verändert** wird. Dieser Maßstab, von dem

das Verwaltungsgericht ausgegangen ist, entspricht auch bezogen auf die Vorgängerregelung des § 31 WHG a. F. seit langem der gefestigten Rechtsprechung des Senats,

vgl. Urteile vom 15. März 2011 - 20 A 2148/09 -, DVBl. 2011, 767, vom 25. September 1997 - 20 A 974/96 -, juris, und vom 22. Juli 1988 - 20 A 793/87 -, ZfW 1989, 113,

anderer Verwaltungsgerichte

- vgl. etwa VGH Bad.-Württ., Beschluss vom 28. März 2012 - 3 S 150/12 -, NuR 2012, 570; OVG Schl.-H., Urteil vom 1. Juli 1997 - 2 L 101/94 -, ZfW 1998, 509 -

und der Meinung im Schrifttum.

Vgl. etwa Czychowski/Reinhardt, WHG, 12. Aufl., § 67 Rn. 30; Schenk in Sieder/Zeitler/Dahme/Knopp, WHG, § 67 Rn. 15; Friesecke, WaStrG, 6. Aufl., § 12 Rn. 10.

Dabei ist anerkannt, dass "bedeutsam" nicht nur die durch Großvorhaben bewirkten Änderungen sind. Da das von der Wesentlichkeit der Umgestaltung abhängige Merkmal des Gewässerausbaus die Anwendbarkeit des Zulassungserfordernisses der Planfeststellung als Mittel zur präventiven Überprüfung von Maßnahmen mit wasserwirtschaftlichen Auswirkungen steuert, ist für die Beurteilung der Bedeutsamkeit von Änderungen vielmehr entscheidend, ob ein Planfeststellungsverfahren nach den Gesamtumständen des konkreten Einzelfalls objektiv angebracht ist. Maßgeblich ist insofern nicht der mit einem Planfeststellungsverfahren vielfach verbundene hohe Aufwand und die Eignung solcher Verfahren zur Entscheidung über die Zulassung auch komplexer Großvorhaben unter Einbeziehung aller widerstreitenden Belange, sondern die sachliche Berechtigung eines solchen Verfahrens.

Wesentlich ist eine Umgestaltung, die nicht so unbedeutend ist, dass sie keine Auswirkungen verursacht, die so ins Gewicht fallen, dass Anlass zu einer behördlichen Vorabkontrolle, hier mittels Planfeststellung, besteht.

Vgl. OVG NRW, Urteil vom 23. April 1986 - 20 A 24/84 -, ZfW 1987, 188; Czychowski/Reinhardt, a. a. O., § 67 Rn. 30; Schenk in Sieder/Zeitler/Dahme/Knopp, a. a. O., § 67 Rn. 13; Berendes in v. Lersner/Berendes, Handbuch des Deutschen Wasserrechts, C 10 § 67 WHG Rn. 5.

Die Kriterien des Gewässerausbaus nach § 67 Abs. 2 WHG sind objektiv bezogen auf das jeweilige Vorhaben. Der vom Vorhabenträger mit dem Vorhaben verfolgte Zweck ist nicht entscheidungserheblich.

Vgl. OVG NRW, Urteil vom 24. Juli 1989 - 20 A 2497/87 -, juris; Czychowski/Reinhardt, a. a. O., § 67 Rn. 26; Schenk in Sieder/Zeitler/Dahme/Knopp, a. a. O., § 67 Rn. 15.

Die erstinstanzliche Anwendung des hiernach vom Verwaltungsgericht zutreffend herangezogenen Maßstabs für die Bewertung der „Wesentlichkeit“ der durch das Vorhaben bewirkten Veränderungen des Ufers begegnet ebenfalls keinen Bedenken.

Die Aufbringung der Steine auf der Böschung berührt unter anderem die ökologischen Funktionen des Ufers und damit des Gewässers (§ 3 Nrn. 7 und 8 WHG), die für dessen Eigenschaften von wesentlicher Bedeutung sind (vgl. auch § 39 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4, § 67 Abs. 1 WHG). Das trifft auch für den Bereich der Böschung oberhalb der Linie des Mittelwasserstandes (§ 38 Abs. 1 und 2 WHG) zu. Durch die Steine und ihre Einmörtelung ist die Böschung auf einer nicht unbedeutenden Länge so befestigt worden, dass sie natürlichen Veränderungen ihrer Lage und ihres Profils weitgehend entzogen und ihre Tauglichkeit als Lebensraum für Tiere und Pflanzen zumindest erheblich herabgesetzt worden ist. Dabei fällt mehr als die Veränderung des äußeren Erscheinungsbildes der Böschung, das unter Umständen durch "Fassadengrün" kaschiert werden könnte, ins Gewicht, dass das unter der Böschung befindliche Erdreich den direkten Kontakt zum Wasser und den dort lebenden Organismen

verliert. Die Durchlässigkeit der Böschung für Wasser und Lebewesen, die den ökologischen Zustand des Gewässers beeinflusst, wird aufgehoben oder doch spürbar gemindert.

Die Auffassung der Kläger, die Annahme des Verwaltungsgerichts, die angefochtene Anordnung sei **verhältnismäßig**, sei unzutreffend, findet in ihrem Vorbringen keine Grundlage. In Übereinstimmung mit der ständigen Rechtsprechung des Senats geht das Verwaltungsgericht zu Recht davon aus, **dass die formelle Illegalität allein bereits ausreicht, um eine Beseitigungsanordnung zu tragen.** Hiergegen tragen die Kläger nichts Durchgreifendes vor.

Nach § 100 Abs. 1 Satz 2 WHG ordnet die Behörde nach **pflichtgemäßem Ermessen** die Maßnahmen an, die im Einzelfall notwendig sind, um Beeinträchtigungen des Wasserhaushalts zu vermeiden oder zu beseitigen oder die Erfüllung von Verpflichtungen nach Satz 1 sicherzustellen. Dementsprechend ist die Behörde ermächtigt, wegen eines Verstoßes gegen alle in § 100 Abs. 1 Satz 1 WHG genannten wasserrechtlichen Verpflichtungen einzuschreiten. Damit genügt für das Einschreiten des Beklagten bereits der Umstand, dass die Uferbefestigung unter Verstoß gegen das Zulassungserfordernis nach § 68 Abs. 1 und 2 WHG errichtet worden ist.

Bezogen auf - wie hier - wasserrechtlich gestattungsbedürftige Einwirkungen auf Gewässer ist anerkannt, dass eine Untersagungs- bzw. Beseitigungsanordnung **nicht erst dann gerechtfertigt ist,** wenn das in Rede stehende Vorhaben gegen die einschlägigen **materiell-rechtlichen Anforderungen verstößt.** Das Fehlen der notwendigen behördlichen Zulassung ist nur dann kein hinreichender Grund für die behördliche Anordnung der (Wieder-)Herstellung rechtmäßiger Zustände, wenn im Einzelfall aus Gründen der Verhältnismäßigkeit Veranlassung besteht, die **Möglichkeit einer Legalisierung behördlich zu prüfen.**

Vgl. BVerwG, Beschlüsse vom 8. Oktober 1998 - 11 B 42.98 -, juris, vom 21. Dezember 1991 - 7 B 119.93 -, ZfW 1994, 396, und vom 28. Februar 1991 - 7 B 22.91 -, ZfW 1991, 230, sowie Urteil vom 10. Februar 1978 - IV C 71.75 -, ZfW 1978, 371; Bay. VGH, Beschluss vom 3. August 2017 - 8 ZB 15.2642 -, juris; Czychowski/Reinhardt, a. a. O., § 100 Rn. 37, 42 f.

Keinesfalls gebietet es der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, von der Untersagung bzw. Beseitigung schon dann abzusehen, wenn möglicherweise auch andere, allerdings ebenfalls von einer behördlichen Zulassungsentscheidung abhängige, Maßnahmen denkbar wären, um die Einwirkungen auf das Gewässer zu verringern. Selbst wenn ein entsprechender Antrag von den Klägern gestellt worden wäre, so käme es entscheidend darauf an, ob sich verlässlich absehen ließe, dass einer Legalisierung nichts entgegensteht, oder sich doch zumindest deutliche, überwiegende Anhaltspunkte in dieser Richtung ergeben.

Vgl. VGH Bad.-Württ., Urteil vom 20. Mai 2010 - 3 S 1253/08 -, ZfW 2011, 158; Czychowski/Reinhardt, a. a. O., § 100 Rn. 44; Breuer/Gärditz, Öffentliches und privates Wasserrecht, 4. Aufl., Rn. 1003; Gößl in Sieder/Zeitler/Dahme/Knopp, a. a. O., § 100 Rn. 76.

Trifft Letzteres nicht zu, rechtfertigt es schon der Sinn des Zulassungsverfahrens, dem Betroffenen einen rechtswidrig geschaffenen Zustand nicht zu seinem Vorteil zu belassen.

Vgl. OVG NRW, Beschlüsse vom 12. Januar 2007 - 20 B 2398/06 -, und vom 30. Mai 2001 - 20 A 3847/00 - sowie Urteil vom 23. April 1986 - 20 A 24/84 -, ZfW 1987, 188.

Die Kläger bezeichnen keine Anhaltspunkte dafür, dass vorliegend etwas anderes gelten könnte. Der Beklagte hält die Befestigung für nicht zulassungsfähig. Seine Auffassung steht im Einklang damit, dass bei einem Gewässerausbau unter anderem nachteilige Veränderungen des Zustandes des Gewässers zu vermeiden sind (§ 67 Abs. 1 WHG). Die Kläger legen keine Unterlagen vor, die die Bedenken des Beklagten ausräumen oder als fragwürdig erscheinen lassen könnten, und bezeichnen auch keine anderen Erkenntnisse dafür, dass die Befestigung die Anforderungen nach § 67 Abs. 1, § 68 Abs. 3 WHG wahrt. Die von den Klägern angebotene Entfernung des Mörtelbetts und die vorgeschlagene Anpflanzungen zwischen den verbleibenden Steinen führen im Hinblick darauf, dass die Steine als solche aufgrund ihrer Größe

und Lage **allenfalls "Inseln" für Vegetation lassen** und natürliche Prozesse wie Unterspülungen hindern, ersichtlich nicht zu der von ihnen geltend gemachten optimalen Ufervegetation.

Weder das - auch vom Verwaltungsgericht seiner Entscheidung zugrunde gelegte - Eigentum der Klägerin an dem Grundstück noch die den Klägern erteilte Baugenehmigung betreffen die Erforderlichkeit einer wasserrechtlichen Zulassung oder die Voraussetzungen ihrer Erteilung, so dass die diesbezüglichen Ausführungen in der Begründung des Zulassungsantrags neben der Sache liegen. Gleiches gilt für die in der Art einer Berufungsbegründung vorgetragenen übrigen Argumente, die verkennen, dass es für die Zulassung der Berufung allein auf die Auseinandersetzung mit den entscheidungstragenden Erwägungen des Verwaltungsgericht ankommt und nicht darauf, ob unter anderen rechtlichen Prämissen ein Anspruch auf Zulassung des streitgegenständlichen Vorhabens gegeben sein könnte.

Die Annahme der Kläger, das angedrohte **Zwangsgeld** sei unangemessen hoch, weil es außer Verhältnis zu den Beseitigungskosten stehe, verfährt nicht. Die Kläger bleiben - unabhängig von der Frage, ob und wenn ja ab wann dies überhaupt zur Rechtswidrigkeit einer Zwangsgeldandrohung führen könnte - jedenfalls die auch im Zulassungsverfahren erforderlichen substantiierten Angaben schuldig, warum hier ein solches Missverhältnis vorliegen soll. Die angebotenen Beweisantritte reichen nach den oben dargelegten Anforderungen an das Vorbringen im Zulassungsverfahren jedenfalls nicht aus. Ferner steht dieses Vorbringen im Widerspruch zu ihren eigenen Angaben, nach denen Beseitigungskosten von jedenfalls 20.000,- € zu erwarten seien. Im Übrigen haben die Kläger auf eigenes Risiko gehandelt, indem sie das Ufer befestigt und die Nutzung ihres Grundstücks hieran angepasst haben, ohne sich zuvor der Legitimität ihrer Maßnahmen zu vergewissern.

Nach dem Vorstehenden stellen sich auch keine Fragen, deren Beantwortung besondere Schwierigkeiten (§ 124 Abs. 2 Nr. 2 VwGO) erfordert oder mit einem grundsätzlichen Klärungsbedarf (§ 124 Abs. 2 Nr. 3 VwGO) einhergeht. Darüber hinaus haben die Kläger keine grundsätzlich klärungsbedürftige Rechtsfrage aufgeworfen.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 2, § 159 Satz 1 VwGO, § 100 ZPO.

Die Streitwertfestsetzung folgt aus § 52 Abs. 1 GKG und berücksichtigt die Angaben der Kläger hinsichtlich der wirtschaftlichen Bedeutung der Sache.

Lechtermann

Oestreich

Seeger