CAVIEZEL PARTNER

VINCENZ & PARTNER
Rechtsanwälte & Notare

RECHTSGUTACHTEN

Rechtsfragen und Spielräume im Gewässerraum

verfasst im Auftrag

des Amtes für Natur und Umwelt Graubünden und
des Amtes für Raumentwicklung Graubünden

von

Dr. iur. Gieri Caviezel, Caviezel Partner, Masanserstrasse 136, 7000 Chur
Lic. iur. Michelangelo Giovannini, Vincenz & Partner, Masanserstrasse 40, 7000 Chur

Chur, 14. November 2017

INHALTSVERZEICHNIS

I. Ausgangslage und Auftrag ... 5
II. Beurteilung ... 7
1. Grundlagen ... 7
1.1. Raumplanungsrechtliche Grundlagen ... 7
1.2. Gewässerschutzrechtliche Grundlagen ... 8
1.3. Verhältnis von Raumplanung und Gewässerschutz ... 11
2. Die Festlegung des Gewässerraums ... 11
2.1. Regulatorische Vorgaben ... 11
2.2. Umsetzung im Kanton Graubünden ... 14
2.3. Reduktion der Gewässerraumbreite in dicht überbauten Gebieten ... 14
a) Begriffsdefinition «dicht überbaute Gebiete» ... 14
b) Reduktion der Gewässerraumbreite bei Fliessgewässern (Art. 41a Abs. 4 GSchV) ... 19
c) Reduktion der Gewässerraumbreite bei stehenden Gewässern (Art. 41b Abs. 4 GSchV) ... 20
2.4. Verzicht auf eine Festlegung des Gewässerraums ... 21
a) Verzicht bei Fliessgewässern (Art. 41a Abs. 5 GSchV) ... 21
b) Verzicht bei stehenden Gewässern (Art. 41b Abs. 4 GSchV) ... 22
2.5. Verzicht vs. Nicht-Vornahme der Gewässerraumfestlegung ... 23
3. Bauten und Anlagen innerhalb des Gewässerraums (Art. 41c GSchV) ... 24
3.1. Standortgebundene und im öffentlichen Interessen liegende Anlagen im Gewässerraum (Art. 41c Abs. 1, Satz 1 GSchV) ... 24
a) Anlagen ... 25
b) Standortgebundenheit ... 25
c) Öffentliches Interesse ... 29
3.2. Weitere Anlagen innerhalb des Gewässerraums (Art. 41c Abs. 1, Satz 2, lit. a - c GSchV) ... 31
a) In dicht überbauten Gebieten (Art. 41c Abs. 1 lit. a GSchV) ... 31
i. Zonenkonforme Anlagen in dicht überbauten Gebieten innerhalb des Gewässerraums ... 31
ii. Verhältnis zur Reduktion der Gewässerraumbreite ... 36
b) Zonenkonforme Anlagen ausserhalb von dicht überbauten Gebieten auf einzelnen unüberbauten Parzellen innerhalb einer Reihe von mehreren überbauten Parzellen (Art. 41c Abs. 1 lit. a^{bis} GSchV) ... 36
c) Land- und forstwirtschaftliche Spur- und Kieswege (Art. 41c Abs. 1 lit. b GSchV) ... 38
d) Anlagen zur Wasserentnahme oder -einleitung (Art. 41c Abs. 1 lit. c GSchV) ... 39
e) Der Gewässernutzung dienende Kleinanlagen (Art. 41c Abs. 1 lit. d GSchV) ... 39
3.3. Bestandesschutz (Art. 41c Abs. 2 GSchV) ... 39
a) Ausserhalb der Bauzone ... 40
b) Innerhalb der Bauzone ... 42
3.4. Auflagen ... 44
III. Zusammenfassung der Ergebnisse ... 46
IV. Anhang ... 47

LITERATURVERZEICHNIS

AEMISEGGER / MOOR / RUCH / TSCHANNEN (HrsG.), Praxiskommentar RPG: Nutzungsplanung, Zürich / Basel / Genf 2016 (*Nutzungsplanung*).

AEMISEGGER / MOOR / RUCH / TSCHANNEN (HrsG.), Praxiskommentar RPG: Bauen ausserhalb der Bauzone, Zürich / Basel / Genf 2017 (*Bauen ausserhalb der Bauzone*).

ARE/BAFU/BPUK, Merkblatt «Gewässerraum im Siedlungsgebiet» vom 18. Januar 2013 *(Merkblatt)*

BAFU, Erläuternder Bericht vom 20. April 2011, Parlamentarische Initiative Schutz und Nutzung der Gewässer (07.492) – Änderung der Gewässerschutz-, Wasserbau-, Energie- und Fischereiverordnung *(Erläuternder Bericht 2011)*

BAFU, Erläuternder Bericht zur Änderung der Gewässerschutzverordnung vom 22. Dezember 2014 *(Erläuternder Bericht 2014)*

BAFU, Erläuternder Bericht zur Änderung der Gewässerschutzverordnung vom 23. Mai 2016 *(Erläuternder Bericht 2016)*

CALUORI CORINA / GRIFFEL ALAIN, Basler Kommentar BV, 2015 *(Basler Kommentar BV)*

FRITZSCHE CHRISTOPH, Kommentar GSchG/WBG, Zürich / Basel / Genf 2016 *(Kommentar GSchG)*

FRITZSCHE CHRISTOPH, Entschädigungspflicht aus materieller Enteignung infolge Festsetzung von Gewässerräumen, URP 2014, S. 218 ff. *(Entschädigungspflicht)*

HÄFELIN ULRICH / MÜLLER GEORG / UHLMANN FELIX, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Auflage, Zürich 2006 *(Verwaltungsrecht)*

HÄNNI PETER, Planungs-, Bau- und besonderes Umweltrecht, 6. Auflage, Bern 2016 (*Planungsrecht)*

HÄNNI PETER/ ISELI TAMARA, Bauen im geschützten Gewässerraum: Erste Urteile, BR 2/2015 *(Erste Urteile)*

JEANNETTE KEHRLI, Spielräume der Kantone in der Gesetzgebung und der Rechtsanwendung, VUR-Tagung vom 16. Juni 2016 *(Spielräume)*

JEANNETTE KEHRLI, Bauen im Gewässerraum und Uferstreifen, URP 2015, S. 681 ff. *(Gewässerraum)*

LENDI MARTIN, St. Galler Kommentar zu Art. 75 BV, 8.Auflage, Zürich / St. Gallen 2008 *(BV Kommentar)*

STUTZ HANS W., Uferstreifen und Gewässerraum – Umsetzung durch die Kantone, URP 2012, S. 90 ff. *(Uferstreifen)*

VALLENDER KLAUS A., Kommentar GSchG/WBG, Zürich / Basel / Genf 2016 *(Kommentar GSchG)*

WALDMANN BERNHARD / HÄNNI PETER, Handkommentar Raumplanungsgesetz, Bern 2006 (Handkommentar)

WIEDERKEHR RENÉ / RICHLI PAUL, Praxis des allgemeinen Verwaltungsrechts, Bern 2012 *(Praxis)*

Literatur und Rechtsprechung sind bis 1. November 2017 berücksichtigt.

I. AUSGANGSLAGE UND AUFTRAG

1 Mit Beschluss vom 11. Dezember 2009[1] revidierte die Bundesversammlung das Bundesgesetz über den Schutz der Gewässer (Gewässerschutzgesetz, GSchG) in verschiedenen Bereichen. Ursprung der Revisionsvorlage war die im Jahre 2006 eingereichte Volksinitiative «Lebendiges Wasser», welche einen neuen Verfassungsartikel 76a «Renaturierung von Gewässern» verlangte. Gegenstand der Revisionsvorlage war unter anderem die Revitalisierung der Gewässer.[2] Nachdem die Bundesversammlung die Revision des Gewässerschutzgesetzes verabschiedet hatte, wurde die Initiative «Lebendiges Wasser» zurückgezogen, womit das revidierte Gewässerschutzgesetz auf den 1. Januar 2011 in Kraft gesetzt wurde.

2 Mit der Revisionsvorlage wurde das Gewässerschutzgesetz u.a. mit Art. 36a (Gewässerraum) ergänzt. Dieser hat folgenden Wortlaut:

> *«1 Die Kantone legen nach Anhörung der betroffenen Kreise den Raumbedarf der oberirdischen Gewässer fest, der erforderlich ist für die Gewährleistung folgender Funktionen (Gewässerraum):*
>
> *a. die natürlichen Funktionen der Gewässer;*
> *b. den Schutz vor Hochwasser;*
> *c. die Gewässernutzung.*
>
> *2 Der Bundesrat regelt die Einzelheiten.*
>
> *3 Die Kantone sorgen dafür, dass der Gewässerraum bei der Richt- und Nutzungsplanung berücksichtigt sowie extensiv gestaltet und bewirtschaftet wird. Der Gewässerraum gilt nicht als Fruchtfolgefläche. Für einen Verlust an Fruchtfolgeflächen ist nach den Vorgaben der Sachplanung des Bundes nach Artikel 13 des Raumplanungsgesetzes vom 22. Juni 1979 Ersatz zu leisten.»*

3 Gestützt auf Art. 36a Abs. 2 GSchG änderte der Bundesrat mit Beschluss vom 4. Mai 2011 die Gewässerschutzverordnung und ergänzte diese u.a. um die Art. 41a bis 41d (Abschnitt «Gewässerraum und Revitalisierung der Gewässer»).[3] Gleichzeitig erliess der Bundesrat für die Änderungen vom 4. Mai 2011 Übergangsbestimmungen. Demnach wurden die Kantone u.a. verpflichtet, den Gewässerraum gemäss den Art. 41a und 41b GSchV bis zum 31. De-

---

1 AS 2010 4285.
2 BBl 2008 8043.
3 AS 2011 1955.

zember 2018 festzulegen. Für die Übergangszeit bis zur definitiven Festlegung des Gewässerraums wurden Mindestvorschriften erlassen. Weitere Änderungen der Gewässerschutzverordnung erfolgten mit den Bundesratsbeschlüssen vom 5. November 2015 und 22. März 2017, welche die Art. 41a und 41c präzisierten und ergänzten.[4]

4 Mit Schreiben vom 27. April 2016 erteilte das Amt für Natur und Umwelt (ANU) – in Zusammenarbeit mit dem Amt für Raumentwicklung (ARE) – den Unterzeichnenden den Auftrag zur Erstellung eines Rechtsgutachtens zum Thema «Rechtsfragen und Spielräume im Gewässerraum». Gemäss Auftragserteilung beabsichtigen ARE und ANU, bei der Ausscheidung der Gewässerräume und bei der Beurteilung von Vorhaben im Bereich der Gewässer die Spielräume, welche aufgrund der Gesetzgebung und der Rechtsprechung bestehen, soweit wie möglich im Sinne eines haushälterischen Umgangs mit dem Boden zu nutzen. Im Rahmen des Rechtsgutachtens sollen die Handlungsspielräume, die bei der Festlegung der Gewässerräume bestehen, ausgelotet und die Rechtsfragen, die sich innerhalb des Gewässerraums stellen, geklärt werden.

5 Der Aufbau und die zu behandelnden Themen des Gutachtens wurden mit den Auftraggebern anlässlich von zwei Sitzungen besprochen und definiert. Das Rechtsgutachten gliedert sich in zwei Teile. Im ersten Teil (vorliegendes Hauptgutachten) geht es um die Auslegung und das Verständnis der anwendbaren Bestimmungen sowie darum, die Handlungsspielräume aufzuzeigen. Der zweite Teil beurteilt konkrete Fälle, welche den Gutachtern von den Auftraggebern unterbreitet wurden; die Erkenntnisse aus dieser Praxisbeurteilung sind in einem separaten Dokument im Anhang zusammengefasst.

---

[4] AS 2015, 4791; AS 2017, 2585.

II. BEURTEILUNG

1. Grundlagen

1.1. Raumplanungsrechtliche Grundlagen

6 Gemäss Art. 75 Abs. 1 der Bundesverfassung (BV) legt der Bund die Grundsätze der Raumplanung fest. Die Raumplanung als solche obliegt den Kantonen und dient laut Verfassung der zweckmässigen und haushälterischen Nutzung des Bodens und der geordneten Besiedlung des Landes. Art. 75 BV legt den Bund damit auf eine Grundsatzgesetzgebung fest, während den Kantonen die Umsetzung obliegt.[5] Im Rahmen der bundesrechtlichen Gesetzgebung geht es somit einzig um Grundsätze im Sinne von verbindlichen Vorgaben, welche den Kantonen aufzeigen, auf welche Ziele, mit welchen Instrumenten, mittels welcher Massnahmen und gestützt auf welche Verfahren die Aufgaben der Raumplanung an die Hand genommen werden sollen.[6] Auf Verfassungsstufe werden die Ziele der Raumplanung mit der zweckmässigen und haushälterischen Nutzung des Bodens und der geordneten Besiedlung des Landes umschrieben; damit werden auch die Aufgaben abgesteckt, welche die Raumplanung zu erfüllen hat. Es handelt sich dabei auf Stufe Verfassung um eine allgemein gehaltene Aussage, die im Bundesgesetz über die Raumplanung (Raumplanungsgesetz, RPG) insbesondere in den Art. 1 und 3 konkretisiert wird. Diese Grundsätze sind bei sämtlichen raumwirksamen Aufgaben zu berücksichtigen.[7]

7 Entsprechend dem Charakter des RPG als Rahmengesetz umschreibt dieses die Mittel, mit denen die verfassungsmässig festgelegten Ziele erreicht werden sollen, lediglich in den Grundzügen. Es unterscheidet dabei Konzepte und Sachpläne des Bundes, kantonale Richtpläne sowie Nutzungspläne. Eine zentrale Bedeutung nimmt dabei der kantonale Richtplan ein, der mindestens festlegt, wie der Kanton sich räumlich entwickeln soll, wie die raumwirksamen Tätigkeiten im Hinblick auf die anzustrebenden Entwicklung aufeinander abgestimmt werden und in welcher zeitlicher Folge und mit welchen Mitteln vorgesehen ist, diese Aufgaben zu erfüllen (Art. 8 Abs. 1 RPG).[8]

---

5 HÄNNI, Planungsrecht, S. 68 ff.; LENDI, BV Kommentar, Art. 75 BV Rz. 24.

6 LENDI, BV Kommentar, Art. 75 BV Rz. 24.

7 HÄNNI, Planungsrecht, S. 84.

8 Der kantonale Richtplan wird mitunter auch als «Drehscheibe der Koordination über alle staatlichen Ebenen und über alle raumwirksamen Sachbereiche hinweg» bezeichnet; HÄNNI, Planungsrecht, S. 83.

Mit der Revision des Raumplanungsgesetzes vom 15. Juni 2012 (Inkrafttreten 1. Mai 2014; RPG Reform I) wurde die Bedeutung des Richtplans als Nutzungsrichtplan noch erheblich gestärkt. Inhaltlich bildet der Richtplan die Grundlage für die Nutzungspläne, welche Zweck, Ort und Mass der Bodennutzung allgemein verbindlich festlegen. Dabei haben sich Richtpläne und Nutzungspläne nach den Zielen und Grundsätzen der Raumplanung zu orientieren (Art. 1 und 3 RPG), welche gleichermassen den planungsrechtlichen Überbau bilden.

8 Die Planungsgrundsätze gemäss Art. 3 RPG sowie die Planungsziele nach Art. 1 RPG verdeutlichen als Bundesrecht, welche Impulse und Wertungen sich mit der verfassungsrechtlichen Zielvorgabe verbinden. Schwerpunkte bilden dabei Vorgaben im Bereich des Landschaftsschutzes (Art. 1 Abs. 2 lit. a und Art. 3 Abs. 2 RPG) sowie der Siedlungsgestaltung und -begrenzung (Art. 1 Abs. 2 lit. a^{bis} und lit. b sowie Art. 3 Abs. 3 RPG). Diese Planungsgrundsätze entfalten für die mit Planungsaufgaben betrauten Behörden auf allen Stufen eine verbindliche und justiziable Wirkung.[9] Einerseits haben die Planungsgrundsätze im Rahmen der Richt- und Nutzungsplanung die Wirkung eines allgemein lenkenden Massstabes und bestimmen bei der Ausscheidung einzelner Nutzungszonen oder beim Erlass von Planungsmassnahmen das entsprechende öffentliche Interesse mit.[10] Andererseits sind die Planungsgrundsätze auch bei der Beurteilung konkreter Bauvorhaben von erheblicher Bedeutung, indem sie die Auslegung unbestimmter Gesetzesbegriffe und Ermessenstatbestände mitbestimmen.[11]

1.2. Gewässerschutzrechtliche Grundlagen

9 Art. 76 BV statuiert die verfassungsrechtliche Grundlage für den Wasserhaushalt, die Wasserwirtschaft und den Gewässerschutz. Die Bestimmung erfasst das Wasserrecht gesamtheitlich. Ihr liegt in den genannten Bereichen eine Gesamtkonzeption zugrunde.[12] Der Verfassungsgeber äussert sich als erstes zum Spannungsfeld zwischen Schutz- und Nutzungsaspekten, ohne jedoch eine Priorisierung vorzunehmen (Art. 76 Abs. 1 BV). Er erteilt ferner Gesetzgebungsaufträge und unterscheidet hierbei zwischen Rechtsbereichen, in denen dem Bund lediglich eine Grundsatzgesetzgebungskompetenz zukommt (Art. 76 Abs. 2 BV), und Aspekten, die dem Bund zur umfassenden Regelung übertragen werden (Art. 76 Abs. 3 BV). Nach der herrschen Lehre

---

9 BGE 112 Ia 65 E.4.

10 HÄNNI, Planungsrecht, S. 90.

11 BGE 134 II 99 f. m.w.H.

12 VALLENDER, Kommentar GSchG, Art. 1 Rz. 14.

werden der qualitative Gewässerschutz sowie die Sicherung angemessener Restwassermengen der umfassenden Gesetzgebungskompetenz des Bundes zugeordnet, während die übrigen Aspekte des mengenmässigen Schutzes der Gewässer durch den Bundesgesetzgeber nur den Grundsätzen nach festzulegen sind. Allerdings scheinen Bundesverwaltung und Parlament von einem teils divergierenden, umfassenderen Verständnis des Begriffs «Gewässerschutz» auszugehen.[13]

10 Nach neuerer Doktrin wird der qualitative und quantitative Gewässerschutz zunehmend um eine dritte Komponente, den räumlichen Gewässerschutz, ergänzt. Demnach soll die natürliche Funktion des Gewässers als Lebensraum und landschaftsprägendes Element durch die Sicherung eines ausreichenden Gewässerraums erhalten werden. Ein ausreichender Gewässerraum dient auch dem Hochwasserschutz. Die in der GSchG-Teilrevision 2009 eingeführten Bestimmungen, worunter auch Art. 36a zum Schutz des Gewässerraums fällt, stützen sich sowohl auf die Grundsatzgesetzgebungskompetenz nach Art. 76 Abs. 2 BV als auch auf die umfassende Rechtssetzungskompetenz nach Art. 76 Abs. 3 BV.[14] Auf eine Vertiefung der rechtsdogmatischen Frage, welche Aspekte durch den Bund nur den Grundsätzen nach hätten geregelt werden sollen und für welche Aspekte eine umfassende Bundesregelung zu treffen gewesen wäre, kann vorliegend verzichtet werden. Es gilt nämlich in diesem Zusammenhang festzustellen, dass der Bund die Regelung der Gewässerräume in Art. 36a GSchG sowie in den Art. 41a ff. GSchV zu einem grossen Teil umfassend und detailliert vorgenommen hat.

11 Die konkrete Festlegung der Gewässerräume fällt in die Zuständigkeit der Kantone. Diese sind an die zwingenden Vorgaben des Bundesrechts gebunden. Es liegt eine konkurrierende Kompetenz vor, wonach die kantonalen und kommunalen Kompetenzen in dem Umfang untergehen, als der Bund seine Zuständigkeit ganz oder teilweise wahrgenommen hat.[15] In diesem Bereich bleibt für selbständiges kantonales Recht kein Raum mehr.[16] Die Kantone dürfen keine dem Bundesrecht widersprechenden Regelungen erlassen oder beibehalten.[17]

---

13 CALUORI / GRIFFEL, Basler Kommentar BV, Art. 76 Rz. 37; VALLENDER, Kommentar GSchG, Art. 1 Rz. 14.

14 CALUORI / GRIFFEL, Basler Kommentar BV, Art. 76 Rz. 38; KEHRLI, Spielräume.

15 FRITZSCHE, Kommentar GSchG, Art. 36 Rz. 5.

16 BGer, Urteil 1C_390/2008 vom 15. Juni 2009, E. 2.3.

17 FRITZSCHE, Kommentar GSchG, Art. 36 Rz. 5.

12 Die Zielsetzungen der Gewässerraumausscheidung sind in Art. 36a Abs. 1 GSchG definiert und umfassen namentlich

a. die Gewährleistung der natürlichen Funktionen der Gewässer
b. den Schutz vor Hochwasser
c. die Gewässernutzung

13 Nach dem Gesetzeswortlaut hat die Festlegung des Gewässerraums zu erfolgen, soweit dies für die Zielerreichung «erforderlich» ist. Der Gewässerraum darf demnach nicht hinter dem Nötigen zurückstehen, er soll aber auch nicht über das Erforderliche hinausgehen. Schliesslich ist auf eine Gewässerraumfestlegung zu verzichten, wenn dies gar nicht erforderlich ist.[18]

14 Der Bund schreibt vor, dass der Gewässerraum bei der Richt- und Nutzungsplanung «zu berücksichtigen sei» (Art. 36a Abs. 3 GSchG sowie Art. 46 Abs. 1bis GSchV). Hinter dieser zurückhaltenden Formulierung steckt das zentrale Umsetzungsinstrument zur Gewährleistung der Gewässerräume. Deren Festlegung hat in einem Planungsverfahren zu erfolgen, das parzellenscharfe, grundeigentümerverbindliche und anfechtbare Festlegungen trifft.[19] Eine Festlegung des Gewässerraums allein auf Stufe der nur behördenverbindlichen Richtplanung oder der Sachplanung würde nicht genügen.[20]

15 Die meisten Kantone haben die Aufgabe der Gewässerraumfestlegung den Gemeinden übertragen. Da die Gemeinden für die kommunale Nutzungsplanung zuständig sind, lässt sich so die erforderliche Abstimmung zwischen der nach Gewässerschutzgesetz vorzunehmenden Gewässerraumfestlegung und der nach Raumplanungsrecht durchzuführenden Nutzungsplanung ohne grosse Schnittstellenprobleme angehen.[21] Es sind allerdings auch kantonale Umsetzungsvarianten möglich, namentlich der Erlass eines kantonalen Sondernutzungsplans oder die Durchführung einer grundeigentümerverbindlichen, kantonalen Fachplanung.[22]

16 Die Rechtswirkungen der Gewässerraumfestlegung gehen dahin, dass die sich darin befindenden Flächen nur noch extensiv gestaltet und bewirtschaftet werden dürfen (Art. 41c GSchV). Mit anderen Worten sind innerhalb des Gewässerraums nur sehr beschränkt neue Anlagen und landwirtschaftliche

---

18 FRITZSCHE, Kommentar GSchG, Art. 36 Rz. 14.
19 FRITZSCHE, Kommentar GSchG, Art. 36 Rz. 33; BAFU, Erläuternder Bericht 2011, S. 4; STUTZ, Uferstreifen, S. 117.
20 FRITZSCHE, Kommentar GSchG, Art. 36 Rz. 33.
21 STUTZ, Uferstreifen, S. 111.
22 FRITZSCHE, Kommentar GSchG, Art. 36 Rz. 35 f.; STUTZ, Uferstreifen, S. 112.

Nutzungen zulässig. Aufgrund dieser restriktiven Nutzungsmöglichkeiten dürfte die Gewässerraumfestlegung regelmässig zu Eingriffen in die Rechtsstellung der betroffenen Grundeigentümer führen.[23]

1.3. Verhältnis von Raumplanung und Gewässerschutz

17 Das Bundesrecht regelt nicht alle Aspekte der Gewässerraumfestlegung abschliessend. Den Kantonen verbleiben insofern gewisse Handlungsspielräume.[24] Wo den Behörden bei der Erfüllung und Abstimmung raumwirksamer Aufgaben solche Handlungsspielräume zustehen, wägen sie laut Art. 3 RPV die Interessen gegeneinander ab, indem sie die betroffenen Interessen ermitteln, beurteilen und auf Grund der Beurteilung im Entscheid möglichst umfassend berücksichtigen.[25] Vorliegend bedeutet dies, dass den raumplanerischen Zielsetzungen gemäss Art. 1 und 3 RPG namentlich bei den in Art. 41a, 41b und 41c GSchV vorgeschriebenen Interessenabwägungen sowie bei der Ermessensausübung nachzuleben ist.

18 Bestehen demgegenüber im Zusammenhang mit der Gewässerraumfestlegung aufgrund von gewässerschutzrechtlichen Verboten, Pflichten oder aufgrund konkreter materiellrechtlicher Vorgaben unausweichliche Zielkonflikte zwischen Raumplanung und Gewässerschutz, gebührt nach dem Grundsatz «lex specialis derogat legi generali»[26] dem Gewässerschutzrecht als Sonderregelung Vorrang.

2. Die Festlegung des Gewässerraums

2.1. Regulatorische Vorgaben

19 Die Festlegung des Gewässerraums erfolgt anhand der Zielsetzungen in Art. 36a Abs. 1 GSchG und den daraus entwickelten Kriterien gemäss Art. 41a und 41b GSchV. Der gewässerschutzrechtlichen Regelung liegt folgende Konzeption zugrunde. Bei den Fliessgewässern sind in einem ersten Schritt jene Gewässer und Gewässerstrecken zu bestimmen, an denen ein Gewässerraum festlegt werden muss. In einem zweiten Schritt ist anhand der natürlichen Gerinnesohle nach den Vorgaben von Art. 41a Abs. 1 und 2 GSchV im Einzelfall die Mindestbreite des Gewässerraums zu bestimmen. In einem dritten

---

23 Vgl. dazu FRITZSCHE, Entschädigungspflicht, S. 218 ff.
24 Vgl. Rz. 20; STUTZ, Uferstreifen, S. 115 ff.; KEHRLI, Spielräume.
25 FRITZSCHE, Kommentar GSchG, Art. 36 Rz. 39.
26 HÄFELIN / MÜLLER / UHLMANN, Verwaltungsrecht, Rz. 220.

Schritt ist zu prüfen, ob eine Erhöhung (Art. 41a Abs. 3 GSchV) oder eine Reduktion (Art. 41a Abs. 4 GSchV) der Gewässerraumbreite erforderlich ist. Soll an einem Gewässer oder an einer Gewässerstrecke auf eine Festlegung des Gewässerraums verzichtet werden (Art. 41a Abs. 5 GSchV), ist dieser Verzicht nach durchgeführter Interessenabwägung verbindlich festzulegen.[27] Stehende Gewässer unterliegen einem analogen Vorgehen. In einem ersten Schritt, sind jene Gewässer zu bestimmen, an denen ein Gewässerraum festzulegen ist. In einem zweiten Schritt ist die Uferlinie und davon ausgehend der minimale Gewässerraum zu bestimmen (Art. 41b Abs. 1 GSchV). In einem dritten Schritt ist zu prüfen, ob eine Erhöhung (Art. 41a Abs. 2 GSchV) oder eine Reduktion (Art. 41a Abs. 3 GSchV) der Gewässerraumbreite erforderlich ist. Schliesslich ist auch bei stehenden Gewässern ein auf den Einzelfall bezogener Verzicht verbindlich festzulegen soweit die Voraussetzungen hierfür erfüllt sind (Art. 41b Abs. 4 GSchV).

20 Wie bereits ausgeführt, statuiert das Bundesrecht umfassende und teils auch abschliessende Regelungen für die Festlegung der Gewässerräume. Den Kantonen verbleiben die nachfolgenden Handlungsspielräume. Auf Stufe Rechtsetzung haben sie in erster Linie die Zuständigkeit und das Verfahren zur Gewässerraumfestlegung zu ordnen[28]. Sie müssen ferner das Instrumentarium[29] für die Gewässerraumfestlegung bestimmen.[30] Bei der Gewässerraumfestlegung im Einzelfall bestimmen die Kantone die Lage des Korridors, mithin eine symmetrische oder asymmetrische Lage, zur Längsachse des Gewässers in Abhängigkeit von den räumlichen Gegebenheiten.[31] Sie passen Korridor und Gewässerraum an die Gegebenheiten im Umfeld des Gewässers an, namentlich beim Vorhandensein von Gebäuden und Strassen, und berücksichtigen die Interessen der betroffenen Grundeigentümer.[32] Bei Gewässern mit einer Gerinnesohlenbreite von mehr als 15 m bestimmen die Kantone den erforderlichen Gewässerraum im Einzelfall.[33] Sie sind zuständig für die Einzelfallanwendung der Kriterien bei «dicht überbauten Gebieten».[34] Schliesslich legen sie die Kriterien fest, wie im gegebenen Fall eine Erhöhung oder eine Reduktion der Gewässerraumbreite erfolgen soll.[35]

---

27 Vgl. Rz. 42 ff.
28 STUTZ, Uferstreifen, S. 114.
29 Vgl. Rz 14 f.
30 STUTZ, Uferstreifen, S. 116.
31 BPUK, Fragenkatalog vom 10. Juni 2016, Nr. 13a.
32 FRITZSCHE, Kommentar GSchG, Art. 36 Rz. 48.
33 Art. 41a Abs. 2 lit. b GSchV e contrario; STUTZ, Uferstreifen, S. 114.
34 ARE/BAFU/BPUK, Merkblatt, S. 4.
35 STUTZ, Uferstreifen, S. 114.

21 Demgegenüber verfügen die Kantone über keinen Spielraum bei den Mindestvorgaben an die Gewässerraumbreite.[36] Sie können keine eigenen Reduktionsmöglichkeiten bei der Bestimmung der Gewässerraumbreite oder zusätzliche Verzichtstatbestände bei der Gewässerraumfestlegung vorsehen.

22 Die restriktiven Vorgaben der GSchV an die Gewässerraumfestlegung sind von verschiedener Seite kritisiert worden. Auf parlamentarischer Ebene hat die UREK-N die Motion 12.3334 eingereicht, welche darauf abzielt, die Folgen der revidierten Gewässerschutzgesetzgebung auf die Landwirtschaft abzufedern. Ferner hat die UREK-S die Motion 15.3001 eingereicht, mit welcher der Bundesrat beauftragt worden ist, die GSchV dahingehend anzupassen, dass die Kantone für die Festlegung der Gewässerräume den maximal möglichen Handlungsspielraum erhalten, damit sie lokalen Besonderheiten Rechnung tragen können.[37]

23 In der Folge sind in zwei Etappen Revisionen der GSchV eingeleitet worden. Ein erstes Änderungspaket ist auf den 1. Januar 2016 in Kraft getreten.[38] Dieses beinhaltet zwei zusätzliche Anlagentypen, die im Sinne von Ausnahmen im Gewässerraum bewilligt werden können (Art. 41c Abs. 1 lit. b und c GSchV)[39], den Bestandesschutz von Dauerkulturen (Art. 41c Abs. 2 GSchV) sowie die Regelung des Umgangs mit ackerfähigem Kulturland (Art. 41c^{bis} GSchV). Das zweite Änderungspaket ist am 1. Mai 2017 in Kraft getreten.[40] Es umfasst die Möglichkeit, die Gewässerraumbreite in speziellen Fällen an die topographischen Verhältnisse anzupassen (Art. 41a Abs. 4 lit. b GSchV), den Verzicht auf eine Gewässerraumfestlegung bei sehr kleinen Gewässern (Art. 41a Abs. 5 lit. d GSchV), die Nutzung von Baulücken im Gewässerraum auch ausserhalb von dicht überbauten Gebieten (Art. 41c Abs. 1 lit. a^{bis} GSchV)[41], die Zulassung von Kleinanlagen im Gewässerraum, wenn diese der Gewässernutzung dienen (Art. 41c Abs. 1 lit. d GSchV), eine Ausnahme von den Bewirtschaftungseinschränkungen im Gewässerraum (Art. 41c Abs. 4bis GSchV) und schliesslich eine Präzisierung betreffend den Ersatz von ackerfähigem Kulturland (Art. 41c^{bis} Abs. 2 GSchV).

---

36 FRITZSCHE, Kommentar GSchG, Art. 36 Rz. 45.
37 BAFU, Erläuternder Bericht 2016, S. 2.
38 AS 2015 4791.
39 Vgl. Rz. 83 ff.
40 AS 2017 2585.
41 Vgl. Rz. 79 ff.

2.2. Umsetzung im Kanton Graubünden

24 Die Festlegung des Gewässerraums erfolgt im Kanton Graubünden im Rahmen der Nutzungsplanung. Das Vorgehen ist im Leitfaden des ANU vom 11. Juni 2015 dargelegt; darauf kann verwiesen werden. Einerseits wird im Nutzungsplan eine Gewässerraumzone als überlagerte Spezialzonen nach Art. 18 RPG ausgeschieden; andererseits wird im Baugesetz eine entsprechende Bestimmung aufgenommen, welche die Gewässerraumzone inhaltlich umschreibt.[42] Aus unserer Sicht ist es auch unabdingbar, dass im Planungs- und Mitwirkungsbericht (PMB) Aussagen bezüglich der Festlegung des Gewässerraums gemacht werden. Dies dürfte sich bereits aus Art. 47 Abs. 1 RPV ergeben, ist aber auch im Hinblick auf die Genehmigung der Ortsplanung durch die Regierung und vor allem auch im Hinblick auf die spätere Anwendung (zu denken ist hier an die Frage von Ausnahmebewilligung gemäss Art. 41c Abs. 1 GSchV) von Bedeutung. In den Fällen eines Verzichts auf die Ausscheidung eines Gewässerraums erscheinen uns entsprechende Ausführungen mit der Interessenabwägung als unabdingbar.[43]

2.3. Reduktion der Gewässerraumbreite in dicht überbauten Gebieten

a) Begriffsdefinition «dicht überbaute Gebiete»

25 Die Ausscheidung in dicht überbauten Gebieten ist unter Umständen nicht[44] oder nur nach Anpassung an die baulichen Gegebenheiten sinnvoll. Der Verordnungsgeber sieht deshalb die Möglichkeit vor, den Gewässerraum sowohl bei Fliessgewässern (Art. 41a Abs. 4 GSchV) als auch bei stehenden Gewässern (Art. 41b Abs. 3 GSchV) den baulichen Gegebenheiten zupassen. Voraussetzung hierfür ist mitunter, dass der Schutz vor Hochwasser gewährleistet ist.

26 Die Zielsetzung einer Anpassung des Gewässerraums an die baulichen Gegebenheiten und somit einer Unterschreitung der in der GSchV vorgegebenen Mindestbreiten besteht darin, Siedlungsgebiete zu verdichten und zur Siedlungsentwicklung nach Innen Baulücken zu schliessen. Hierbei muss das Interesse an der baulichen Nutzung gegenüber der Gewässerraumausscheidung in voller Breite überwiegen. Dies ist in erster Linie dort der Fall, wo der

---

[42] Praktisch besteht hier allerdings kaum ein Spielraum, da die Nutzung innerhalb des Gewässerraums abschliessend durch das Bundesrecht vorgegeben wird. Handlungsspielräume beschränken sich auf die Anwendung und Auslegung des Bundesrechts.

[43] Vgl. Rz. 42 ff.

[44] Vgl. zum Verzicht auf die Gewässerraumausscheidung Rz. 42 ff.

Gewässerraum die natürlichen Funktionen im Sinne der Zielsetzung von Art. 36a Abs. 1 lit. a GSchG auch auf lange Sicht nicht erfüllen kann.[45] Diese Beurteilung hängt allerdings nach jüngster Praxis des Bundesgerichts nicht vom Bestehen konkreter Revitalisierungsprojekte ab.[46] Es geht vielmehr darum, die vorherrschenden Gegebenheiten und potentiellen Entwicklungen längerfristig einzuordnen.

27 Das «dicht überbaute Gebiet» ist ein bundesrechtlich neu geschaffener Begriff des Gewässerschutzes und nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung bundesweit einheitlich auszulegen.[47] Beim «dicht überbauten Gebiet» handelt es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff, der durch Lehre und Rechtsprechung näher konkretisiert werden muss, jedoch den Kantonen bei der Umsetzung innerhalb der vorgenannten (engen) Grenzen einen gewissen Spielraum belässt.[48] Der Begriff «dicht überbautes Gebiet» wird vom Verordnungsgeber im Zusammenhang mit der Reduktion der Gewässerraumbreite (Art. 41a Abs. 4 GSchV, Art. 41b Abs. 3 GSchV) sowie bei der Ausnahmebestimmung für Bauten und Anlagen innerhalb des Gewässerraums (Art. 41c Abs. 1 lit. a GSchV, Art. 41c Abs. 1 lit. a^{bis} GSchV) verwendet. Den drei Bestimmungen liegt ein einheitliches Begriffsverständnis zugrunde.[49] Abzugrenzen ist der Begriff «dicht überbautes Gebiet» vom «überbauten Gebiet» gemäss Art. 37 Abs. 3 GSchG sowie von der raumplanungsrechtlichen Wendung der «weitgehenden» Überbauung (Art. 36 Abs. 3 RPG). Dem Begriff «dicht überbautes Gebiet» liegt ein strengerer Massstab zugrunde[50] und er ist als Ausnahme vom grundsätzlichen Schutz und von der extensiven Nutzung des Gewässerraums restriktiv auszulegen.[51]

28 Die Frage, ob ein Gebiet «dicht überbaut» ist, beurteilt sich nach der konkreten Bebauungssituation, mithin nach der baulichen Nutzung eines bestimmten Uferabschnitts. Der Betrachtungsperimeter liegt nicht ausschliesslich auf der konkreten Bauparzelle und auf den unmittelbar angrenzenden Parzellen, sondern – zumindest bei kleineren Gemeinden – im Sinne einer Gesamtbetrachtung auf der Baustruktur des gesamten Gemeindegebietes.[52] Demnach

---

45 FRITZSCHE, Kommentar GSchG, Art. 36 Rz. 77; ARE/BAFU/BPUK, Merkblatt, S. 3.
46 BGE 140 II 428 E. 8.1, S. 436.
47 BGE 140 II 428 (Dagmarsellen), E. 7.
48 FRITZSCHE, Kommentar GSchG, Art. 36 Rz. 84; STUTZ, Uferstreifen, S. 103 f.
49 FRITZSCHE, Kommentar GSchG, Art. 36 Rz. 85; BGE 140 II 428 (Dagmarsellen), E. 7.
50 BGer 1C_558/2015 vom 30. November 2016 (Altendorf), E. 2.7 m.w.V.
51 FRITZSCHE, Kommentar GSchG, Art. 36 Rz. 87; BGE 140 II 428 (Dagmarsellen), E. 7.
52 BGer 1C_558/2015 vom 30. November 2016 (Altendorf), E. 2.7 m.w.V.; FRITZSCHE, Kommentar GSchG, Art. 36 Rz. 88 mit weiteren Verweisen.

liegt ein «dicht überbautes Gebiet» vor, wenn die Grundstücke in der Umgebung baulich weitgehend ausgenützt sind, das zur Bebauung geplante Grundstück in einer Kernzone oder Zentrumszone liegt, in der Umgebung des zur Bebauung geplanten Grundstücks bereits viele Bauten und Anlagen im Uferstreifen bzw. Gewässerraum stehen oder die Bauparzelle eine Baulücke bildet.[53]

29 Da die Gewässerraumfestlegung vor verhältnismässig kurzer Zeit Aufnahme ins GSchG gefunden hat, liegt bis heute noch keine umfangreiche Kasuistik vor. Das Bundesgericht hat sich bisher in lediglich fünf Fällen[54] zur gewässerschutzrechtlichen Problematik des «dicht überbauten Gebietes» geäussert, wobei alle Fälle Ausnahmebewilligungen für Bauten im Uferstreifen, d.h. innerhalb eines noch nicht ausgeschiedenen Gewässerabschnitts, betreffen. Es ist deshalb davon auszugehen, dass der unbestimmte Rechtsbegriff des «dicht überbauten Gebietes» in absehbarer Zeit, namentlich im Zusammenhang mit der Festlegung der Gewässerräume auf Stufe Nutzungsplanung, noch eine weitergehendere Konkretisierung erfahren wird. Die bisherigen Entscheide des Bundesgerichts weisen einen ausgeprägten Einzelfallbezug auf und eigenen sich deshalb nur bedingt zur Herleitung von verallgemeinerungsfähigen Leitsätzen. Allerdings nimmt das Bundesgericht im jüngsten Entscheid «Altendorf» auf seine bisherige Praxis Bezug und bestätigt die entwickelten Grundsätze ausdrücklich.[55] Gemäss aktueller Rechtsprechung und Literatur ist somit von folgenden Fallgruppen auszugehen:

30 *Zentrumsgebiet:*

Als typischerweise «dicht überbaut» gelten Ortsteile mit zentrumsbildenden Funktionen, wie Stadtzentren, städtische Quartiere oder Ortszentren. Werden solche Hauptsiedlungsgebiete von Flüssen durchquert, sollen die – raumplanerisch erwünschte – städtebauliche Verdichtung und die Siedlungsentwicklung nach innen ermöglicht und Baulücken geschlossen werden, weshalb eine Anpassung des Gewässerraums oder eine Ausnahmebewilligung zugelassen werden soll. Gleiches gilt für traditionell gewachsene Dorfzentren in ländlichen Gebieten.[56]

---

53 FRITZSCHE, Kommentar GSchG, Art. 36 Rz. 91; STUTZ, Uferstreifen 104; BGE 140 II 428 (Dagmarsellen), E. 3.3.

54 BGE 140 II 428 (Dagmarsellen); BGE 140 II 437 (Rüschlikon II); BGer 1C_473/2015 vom 22. März 2016 (Hurden); BGer 1C_444/2015 vom 14. März 2016 (Oberrüti) sowie BGer 1C_558/2015 vom 30. November 2016 (Altendorf).

55 BGer 1C_558/2015 vom 30. November 2016, E 2.7.

56 BGer 1C_558/2015 vom 30. November 2016 (Altendorf), E. 2.7 m.w.V.; FRITZSCHE, Kommentar GSchG, Art. 36 Rz. 93.

31 *Gebiete mit Baulücken:*

Gebiete, in denen sich keine oder nur einzelne Anlagen befinden, gelten grundsätzlich nicht als «dicht überbaut». Davon ausgenommen sind eigentliche Baulücken, wenn ein Interesse bzw. ein Bedarf daran besteht, den Gewässerraum an dieser Stelle verdichtet zu überbauen und die Baulücke zu schliessen. Dieser Fallgruppe liegt die Erkenntnis zugrunde, dass mitten im Siedlungsgebiet gelegene, eingezonte Grundstücke zwecks haushälterischer Nutzung des Bodens durch den Gewässerraum nicht dergestalt zerschnitten werden dürfen, dass sie unüberbaubar werden. Baulücken sollen sinnvoll genutzt werden und auf nur teilweise überbauten Parzellen sollen Nachverdichtungen möglich sein.[57] Diese Fallgruppe darf allerdings nicht dahingehend missverstanden werden, dass periphere Gebiete[58] aufgrund von Baulücken als «dicht überbaut» zu qualifizieren wären. Das Bundesgericht legt dem Begriff nach wie vor[59] einen strengen Massstab zugrunde. Allerdings ist mit der Aufnahme von Art. 41c Abs. 1 lit. a^{bis} GSchV die Möglichkeit geschaffen worden, auch ausserhalb des dicht überbauten Gebietes Baulücken zu schliessen.[60]

32 *Periphere Gebiete im Siedlungsraum:*

Ausgehend von den bundesgerichtlichen Erwägungen in den Fällen «Dagmarsellen» und «Altendorf» ist davon auszugehen, dass in peripheren Gebieten, die an Gewässer angrenzen, regelmässig kein überwiegendes Interesse an einer verdichteten Überbauung besteht. Der minimale Raumbedarf des Gewässers gemäss Art. 41a f. GSchV ist zu respektieren und von nicht standortgebundenen Anlagen freizuhalten.[61]

33 *Grünräume:*

Gebiete innerhalb eines bedeutenden siedlungsinternen oder siedlungsnahen Grünraumes gelten nicht als «dicht überbaut». Gleiches gilt für Gebiete mit ökologischer oder landschaftlicher Bedeutung, sei es im Ist-Zustand oder nach getroffener Aufwertungsmassnahme.[62]

---

57 FRITZSCHE, Kommentar GSchG, Art. 36 Rz. 94 und 97; ARE/BAFU/BPUK, Merkblatt, S. 7 f.

58 Vgl. Rz. 32.

59 BGer 1C_558/2015 vom 30. November 2016 (Altendorf), E. 2.7 m.w.V.

60 Vgl. Rz. 79 ff.

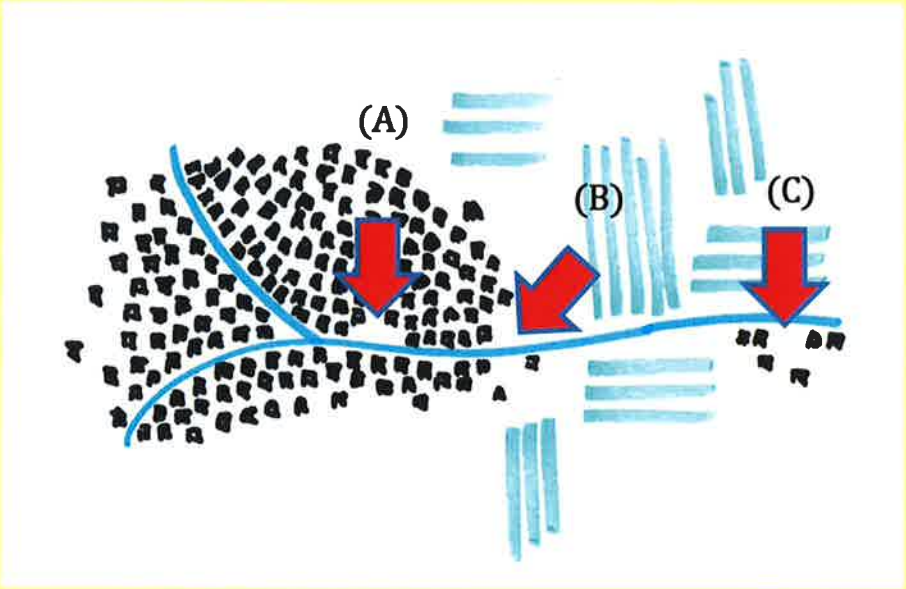
61 BGE 140 II 428 (Dagmarsellen), E. 7; BGer 1C_558/2015 vom 30. November 2016 (Altendorf), E. 2.7; FRITZSCHE, Kommentar GSchG, Art. 36 Rz. 98.

62 FRITZSCHE, Kommentar GSchG, Art. 36 Rz. 99; ARE/BAFU/BPUK, Merkblatt, S. 5; BGE 140 II 428 (Dagmarsellen), E. 3.4.

34 *Neubaugebiete:*

Bei Neubaugebieten, sei es periphere, sei es innerstädtische, ist der Gewässerraum jeweils nach den Bestimmungen von Art. 41a Abs. 2 und Art. 41b Abs. 2 GSchV festzulegen.[63]

35 ***Ergebnis:*** *Die Möglichkeit zur Reduktion der Gewässerraumbreite bei «dicht überbauten Gebieten» besteht nur in sehr eingeschränktem Masse. Der Reduktionstatbestand beschränkt sich im Wesentlichen auf städtische Zentren oder Dorfkerne, die einen hohen Überbauungsgrad aufweisen (A). Nicht als «dicht überbaut» gelten demgegenüber in aller Regel randlich (B) oder peripher gelegene Gebiete die ans Gewässer angrenzen (C).*



63 FRITZSCHE, Kommentar GSchG, Art. 36 Rz. 101.

b) Reduktion der Gewässerraumbreite bei Fliessgewässern (Art. 41a Abs. 4 GSchV)

36 Nach der derzeit geltenden gewässerschutzrechtlichen Regelung ist eine Reduktion der Gewässerraumbreite bei Fliessgewässern hauptsächlich[64] nur in dicht überbauten Gebieten zulässig, um den Gewässerraum an die baulichen Gegebenheiten anzupassen. Vorausgesetzt ist in jedem Fall, dass der Schutz vor Hochwasser auch bei reduzierter Gewässerraumbreite gewährleistet ist. Wann ein Gewässerabschnitt als «dicht überbautes Gebiet» gilt, ist in Rz. 25 ff. ausführlich dargelegt worden. In den Bundesgerichtsentscheiden «Dagmarsellen» und «Oberrüti», die Bauvorhaben an Fliessgewässern betreffen, ist die Qualifikation des betroffenen Gebietes als «dicht überbaut» jeweils verneint worden.[65] Massgebend war in beiden Fällen mitunter die periphere Lage des Standortes im Verhältnis zum gesamten Gemeindegebiet. Es handelte sich demnach nicht um dicht überbaute städtische Quartiere oder Dorfzentren, in denen ein überwiegendes Interesse an einer verdichteten Überbauung bestand. Nach Auffassung des Bundesgerichts ist in peripheren Gebieten, die an ein Fliessgewässer angrenzen, «regelmässig» nicht von einem überwiegenden Interesse an einer verdichteten Überbauung des Gewässerraums auszugehen.[66]

37 Mit der am 1. Januar 2017 in Kraft getretenen Revision der GSchV ist bei der Festlegung der Gewässerräume an Fliessgewässern ein zusätzlicher Reduktionstatbestand geschaffen worden. Demnach kann die Breite des Gewässerraums den topographischen Verhältnissen in Gewässerabschnitten angepasst werden, in denen das Gewässer den Talboden weitgehend ausfüllt und die beidseitig von Hängen gesäumt sind, deren Steilheit keine landwirtschaftliche Bewirtschaftung zulässt (Art. 41a Abs. 4 lit. b GSchV). Die Möglichkeit zur Anpassung des Gewässerraums an solche topographischen Verhältnisse soll nur an Standorten zum Tragen kommen, die in der Regel natürlicherweise weitgehend frei sind von Bauten und Anlagen sowie von einer landwirtschaftlichen Nutzung.[67] Diese Bestimmung dürfte angesichts der sehr restriktiven Voraussetzungen nur in wenigen Einzelfällen zur Anwendung gelangen.

---

[64] Vgl. Rz. 37.

[65] BGE 140 II 428 (Dagmarsellen), E. 8.; BGer 1C_444/2015 vom 14. März 2016 (Oberrüti), E. 3.6.4.

[66] BGer 1C_444/2015 vom 14. März 2016 (Oberrüti), E. 3.6.2.

[67] BAFU, Erläuternder Bericht 2016, S. 3.

38 Die Art und Weise, wie im Anwendungsfall von Art. 41a Abs. 4 GSchV die konkrete Anpassung des Gewässerraums an die baulichen Gegebenheiten zu erfolgen hat, wird den Kantonen überlassen.[68]

c) *Reduktion der Gewässerraumbreite bei stehenden Gewässern (Art. 41b Abs. 4 GSchV)*

39 Auch bei den stehenden Gewässern ist nach der geltenden gewässerschutzrechtlichen Regelung eine Reduktion der Gewässerraumbreite nur in dicht überbauten Gebieten zulässig. Die Anpassung an die die baulichen Gegebenheiten setzt voraus, dass der Hochwasserschutz gewährleistet werden kann. Der Begriff «dicht überbautes Gebiet» stimmt mit der Regelung in Art. 41a Abs. 4 lit. a GSchV überein. Inhaltlich kann auf die Ausführungen in Rz. 25 ff. verwiesen werden. Im Fall «Rüschlikon II» hat das Bundesgericht das Vorliegen eines «dicht überbauten Gebietes» am linken Zürichseeufer bejaht. Massgebend war mitunter der Standort der zu überbauenden Parzelle im Hauptsiedlungsgebiet der Agglomeration von Zürich sowie der Umstand, dass der fragliche Seeuferabschnitt durch eine Ufermauer hart verbaut und zusätzlich mit Boots- und Badehäusern in dichter Folge überstellt war.[69] Im Fall «Hurden» hat das Bundesgericht die Qualifikation als «dicht überbautes Gebiet» verneint. Hierbei fiel ins Gewicht, dass im Gegensatz zu den Verhältnissen in Rüschlikon die betroffene Parzelle in Hurden vom Hauptsiedlungsgebiet deutlich abgesetzt, mithin peripher gelegen, war, eine grösstenteils naturbelassene Ufervegetation aufwies und die Bauten und Anlagen nicht direkt ans Ufer angrenzten. Ferner wurde dem betroffenen Gebiet die Qualität eines der Verdichtung dienenden Entwicklungsschwerpunktes abgesprochen.[70] Im Fall «Altendorf» liegt der betroffene Weiler Seestatt am Seeufer und wird durch die Bahnlinie und einen Grüngürtel vom Hauptsiedlungsbereich Altendorfs getrennt. Nach Auffassung des Bundesgerichts handelt es sich insofern nicht um ein Zentrumsgebiet oder einen Entwicklungsschwerpunkt, sondern um ein peripher gelegenes Gebiet. Im Bereich des Seeufers bestehen grosse Grünflächen mit nur vereinzelten Bauten, die in der überwiegenden Zahl nicht direkt am See stehen. Das Land entlang des Gewässers ist deshalb bei übergeordneter Betrachtung nicht als «dicht überbaut» qualifiziert worden.[71]

---

68 STUTZ, Uferstreifen, S. 114.
69 BGE 140 II 437 (Rüschlikon II), E. 5.4.
70 BGer 1C_473/2015 (Hurden), E. 5.7.
71 BGer 1C_558/2015 vom 30. November 2016 (Altendorf), E. 2.8.

40 Auch im Anwendungsfall stehender Gewässer gilt, dass die Art und Weise, wie die konkrete Anpassung des Gewässerraums an die baulichen Gegebenheiten zu erfolgen hat, den Kantonen überlassen wird.[72]

41 ***Ergebnis:*** *Das Bundesgericht wendet bei der Beurteilung von «dicht überbauten Gebieten» einen strengen Massstab an. Die höchstrichterliche Auslegung des unbestimmten Rechtsbegriffs «dicht überbautes Gebiet» schränkt die kantonalen Spielräume zunehmend ein.*

2.4. Verzicht auf eine Festlegung des Gewässerraums

a) Verzicht bei Fliessgewässern (Art. 41a Abs. 5 GSchV)

42 Soweit keine überwiegenden Interessen entgegenstehen, kann unter den in Art. 41a Abs. 5 GSchV aufgeführten Voraussetzungen auf eine Festlegung des Gewässerraums verzichtet werden. Durch diesen Verzicht sollen nicht etwa Schutz/Nutzen-Konflikte vermieden werden, sondern es soll die Gewässerraumfestlegung auf jene Gewässer konzentriert werden, bei denen solche Konflikte wahrscheinlich sind.[73] Befindet sich ein Fliessgewässer im Wald oder in Gebieten, die im landwirtschaftlichen Produktionskataster gemäss der Landwirtschaftsgesetzgebung nicht dem Berg- oder Talgebiet zugeordnet sind, kann auf eine Gewässerraumfestlegung verzichtet werden (Art 41a Abs. 5 lit. a GSchV). Hierbei wird davon ausgegangen, dass im Wald oder in hochgelegenen Regionen Schutz/Nutzen-Konflikte weniger oft auftreten.[74] Ferner ist ein Verzicht bei eingedolten Fliessgewässern zulässig (Art 41a Abs. 5 lit. b GSchV). Ohne konkretes Projekt ist in vielen Fällen unklar, wo der Gewässerverlauf angelegt werden müsste. Anders verhält es sich jedoch wenn der Hochwasserschutz einen Gewässerraum gebietet oder genügend Raum für eine spätere Ausdolung sichergestellt werden muss.[75] Weiter kann bei künstlich angelegten Gewässern auf eine Gewässerraumfestlegung verzichtet werden (Art 41a Abs. 5 lit. c GSchV). Die Verzichtsmöglichkeit besteht allerdings nur bei vollständig künstlich angelegten Gewässern und nicht etwa bei korrigierten Uferabschnitten eines natürlichen Gewässers.[76]

43 Mit der am 1. Januar 2017 in Kraft getretenen Revision der GSchV ist ein zusätzlicher Verzichtstatbestand geschaffen worden. Demnach kann bei «sehr

---

72 STUTZ, Uferstreifen, S. 114.
73 FRITZSCHE, Kommentar GSchG, Art. 36 Rz. 61.
74 FRITZSCHE, Kommentar GSchG, Art. 36 Rz. 63.
75 FRITZSCHE, Kommentar GSchG, Art. 36 Rz. 64.
76 FRITZSCHE, Kommentar GSchG, Art. 36 Rz. 65.

kleinen» Gewässern auf eine Festlegung des Gewässerraums verzichtet werden (Art 41a Abs. 5 lit. d GSchV). Bei der Beurteilung, was als «sehr klein» zu gelten hat, dürfte in erster Linie von der konkreten Bedeutung des Gewässers auszugehen sein.[77] Das BAFU empfiehlt, darauf abzustellen, ob das Gewässer in der Landeskarte 1:25'000 verzeichnet ist. Es überlässt den Kantonen aber bei dieser Beurteilung einen Ermessensspielraum.[78]

44 Wie bereits weiter vorne ausgeführt, erfolgt die Ausscheidung des Gewässerraums im Rahmen der kommunalen Nutzungsplanung.[79] Dies betrifft auch den Fall, dass auf die Festlegung des Gewässerraums gemäss Art. 41a Abs. 5 GSchV verzichtet wird. Sind die Voraussetzungen des Verzichts erfüllt, kann eine entsprechende Ausscheidung des Gewässerraums in der Nutzungsplanung unterbleiben. Gerade im Falle des Verzichts erscheint es uns aber wichtig und unabdingbar, dass entsprechende Ausführungen zumindest im Planungs- und Mitwirkungsbericht (PMB) gemacht werden, da auf eine Festlegung des Gewässerraums nur verzichtet werden kann, wenn keine überwiegenden Interessen entgegenstehen. Diese Interessenabwägung hat im Einzelfall zu erfolgen.[80] Im PMB, der Bestandteil der Ortsplanungsvorlage und damit auch der Genehmigung darstellt, müsste also im Einzelfall unter Abwägung der verschiedenen Interessen ausgeführt werden, weshalb hinsichtlich einzelner Gewässer auf die Festlegung des Gewässerraums verzichtet wird. Andernfalls könnte die Planung als mangelhaft beanstandet werden, was auch aus Sicht des Grundeigentümers problematisch wäre. Der Verzicht müsste schliesslich im Genehmigungsentscheid der Regierung beurteilt und gegebenenfalls bestätigt werden, damit er mit dem Rechtskrafteintritt der Genehmigung seine Rechtswirkungen entfaltet.

b) Verzicht bei stehenden Gewässern (Art. 41b Abs. 4 GSchV)

45 Die Möglichkeit, bei stehenden Gewässern auf die Festlegung des Gewässerraums zu verzichten, entspricht im Wesentlichen der Regelung bei Fliessgewässern. Bei den stehenden Gewässern fehlt naturgemäss der Verzichtstatbestand des eingedolten Gewässers. Dafür sieht Art. 41b Abs. 4 lit. b GSchV vor, dass auf eine Gewässerraumfestlegung verzichtet werden kann, wenn

---

77 FRITZSCHE, Kommentar GSchG, Art. 36 Rz. 68.

78 BAFU, Erläuternder Bericht 2016, S. 3; ANU Leitfaden Gewässerraumausscheidung Graubünden, S. 30.

79 Vgl. Rz. 24.

80 FRITZSCHE, Kommentar GSchG, Art. 36 Rz. 61f.

die Wasserfläche des betroffenen Gewässers weniger als 0.5 ha beträgt. Dieser Grenzwert ist aus Praktikabilitätsgründen gewählt worden.[81]

46 Auch bei den stehenden Gewässern bedingt der Verzicht auf die Festlegung des Gewässerraums eine Abwägung der konkret betroffenen Interessen und einen formellen Entscheid. Diesbezüglich kann vollumfänglich auf die entsprechenden Ausführungen bei den Fliessgewässern verwiesen werden.[82]

47 ***Ergebnis:*** *Der Verzicht auf eine Festlegung des Gewässerraums setzt eine Interessenabwägung voraus, was dem Kanton einen Ermessensspielraum gewährt. Wichtig ist, dass der Entscheid über den Verzicht materiell begründet wird und in einem formellen Verfahren erfolgt. Idealerweise ist der Verzichtsentscheid in den Planungsprozess zu integrieren.*

2.5. Verzicht vs. Nicht-Vornahme der Gewässerraumfestlegung

48 Laut Absatz 1 der Übergangsbestimmungen zur GSchV-Revison 2011 haben die Kantone den Gewässerraum bis am 31. Dezember 2018 festzulegen. Solange diese Festlegung nicht erfolgt ist, gilt Absatz 2 der Übergangsbestimmungen. Dieser legt in Abhängigkeit der aktuellen Gerinnesohlenbreite zu beiden Seiten des Gewässers einen Uferstreifen fest, in dem die Einschränkungen nach Art. 41c Abs. 1 und 2 GSchV zur Anwendung gelangen. Im Unterschied zum Gewässerraum sind beim Uferstreifen keine lateralen Verschiebungen zur Gewässerachse erlaubt.[83] Die damit verursachten Nutzungseinschränkungen auf den betroffenen Flächen erfolgen direkt aus Gesetz und Verordnung und gelten unmittelbar gegenüber Behörden und Privaten. Der Uferstreifen bedarf mit anderen Worten keines Umsetzungsaktes durch Kanton oder Gemeinden. Daraus folgt, dass die Planungsbehörden diesen Uferstreifen bei der Richt- und Nutzungsplanung zu berücksichtigen haben. Die Baubewilligungsbehörden müssen Baugesuche, die den Uferstreifen beanspruchen, ablehnen, sofern diese nicht die Voraussetzungen von Art. 41c Abs. 1 und 2 GSchV[84] erfüllen.[85]

49 Kann demgegenüber im Zuge der Gewässerraumausscheidung in Anwendung von Art 41a Abs. 5 und Art. 41b Abs. 4 GSchV nach erfolgter Interessenabwägung an bestimmten Gewässerstrecken auf eine Festlegung verzichtet

---

81 BAFU, Erläuternder Bericht 2011, S. 14; FRITZSCHE, Kommentar GSchG, Art. 36 Rz. 67.
82 Vgl. Rz. 44.
83 FRITZSCHE, Kommentar GSchG, Art. 36 Rz. 70.
84 Vgl. Rz. 51 ff.
85 STUTZ, Uferstreifen, S. 102 f.

werden, dann entfallen an den betroffenen Standorten die Einschränkungen nach Art. 41c Abs. 1 und 2 GSchV. Diese Rechtswirkung tritt mit der verbindlichen Ausscheidung bzw. im Zeitpunkt des Verzichts ein.[86]

50 ***Ergebnis:*** *Zwischen der Nicht-Vornahme und dem Verzicht auf eine Festlegung des Gewässerraums bestehen gewichtige Unterschiede in den Rechtsfolgen. Im ersten Fall gilt innerhalb des Uferstreifens vorbehältlich weniger Ausnahmen ein Bauverbot. Im zweiten Fall werden diese Einschränkungen wieder aufgehoben.*

3. Bauten und Anlagen innerhalb des Gewässerraums (Art. 41c GSchV)

3.1. Standortgebundene und im öffentlichen Interessen liegende Anlagen im Gewässerraum (Art. 41c Abs. 1, Satz 1 GSchV)

51 Gemäss Art. 41c GSchV dürfen im Gewässerraum nur standortgebundene, im öffentlichen Interesse liegende Anlagen wie Fuss- und Wanderwege, Flusskraftwerke oder Brücken erstellt werden. Diese Bestimmung umschreibt die Voraussetzungen, unter denen Baugesuche im Gewässerraum bewilligt werden können.[87] Allerdings sind die Begriffe teilweise nicht weiter definiert (Begriff der Anlage) oder es handelt sich um unbestimmte Gesetzesbegriffe bzw. Ermessenstatbestände (öffentliches Interesse und Standortgebundenheit). Es ist damit letztlich im Einzelfall und unter Berücksichtigung der Planungsgrundsätze von Art. 1 und Art. 3 RPG zu prüfen und zu entscheiden, ob ein konkretes Vorhaben im Gewässerraum bewilligungsfähig ist. Im Folgenden werden die Voraussetzungen für die Bewilligungserteilung näher beleuchtet.

---

86 BPUK, Fragenkatalog vom 10. Juni 2016, Nr. 1.

87 Die Bestimmung von Art. 41c GSchV gilt unabhängig davon, ob die Kantone den Gewässerraum innert der in den Übergangsbestimmungen gesetzten Frist festgelegt haben oder nicht. Die Übergangsbestimmungen legen lediglich die Minimaldimensionen des Gewässerraumes für den Zeitraum fest, solange noch keine planerische Umsetzung stattgefunden hat. Sie haben aber keine Auswirkungen auf die grundsätzliche Anwendbarkeit der übrigen Regelungen, insbesondere auch nicht der Bestimmung von Art. 41c GSchV. Dies ergibt sich auch aus den Entscheiden BGE 140 II 437 E. 2.3 (Rüschlikon II) bzw. BGE 140 II 428 E. 2.3 (Dagmarsellen).

a) Anlagen

52 In der Verordnung ist nur von «Anlagen» die Rede.[88] Die bisher erschienenen Publikationen und Gerichtsentscheide gehen – meist stillschweigend – davon aus, dass der Anlagenbegriff in Art. 41c GSchV sowohl Anlagen und Bauten umfasst.[89] Auch der neue Kommentar zum Gewässerschutzgesetz geht vom Bauten- und Anlagenbegriff gemäss Art. 22 RPG aus.[90] Die Bewilligungspflicht erstreckt sich damit mindestens auf *«jene künstlich geschaffenen und auf Dauer angelegten Einrichtungen, die in bestimmter fester Beziehung zum Erdboden stehen und geeignet sind, die Vorstellungen über die Nutzungsordnung zu beeinflussen, sei es, dass sie den Raum äusserlich erheblich verändern, die Erschliessung belasten oder die Umwelt beeinträchtigen».*[91]

53 ***Ergebnis:*** *Unter dem Begriff der Anlagen im Sinne von Art. 41c GSchV fallen die Bauten und Anlagen im Sinne von Art. 22 RPG.*

b) Standortgebundenheit

54 Neue Anlagen im Gewässerraum sind nur dann zulässig, wenn sie dort auch standortgebunden sind. Gemäss dem erläuternden Bericht des BAFU zur GSchV gelten Anlagen dann als standortgebunden, wenn sie *«aufgrund ihres Bestimmungszwecks oder aufgrund der örtlichen Verhältnisse nicht ausserhalb des Gewässerraums angelegt werden können».*[92] Der Begriff der Standortgebundenheit ist dem Raumplanungsrecht (Art. 24 RPG) entnommen; die dort entwickelten Grundsätze lassen sich auch auf die Beurteilung der Standortgebundenheit im Gewässerraum übertragen.

55 Standortgebundenheit im Sinne von Art. 24 RPG setzt voraus, dass der Zweck der Bauten und Anlagen einen Standort ausserhalb der Bauzonen erfordert. Dies ist gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung einerseits dann der Fall, wenn eine Baute aus technischen oder betriebswirtschaftlichen Grün-

---

88 Der Begriff der «Anlage» wird auch in Art. 41c Abs. 1 zweiter Satz und Art. 41c Abs. 2 GSchV verwendet.

89 Vgl. z.B. BGE 140 II 437 (Rüschlikon II), KEHRLI, Gewässerraum, S. 686; das VerwGer ZH geht in seinem Entscheid VB.2012.00644, E. 3.2.2 davon aus, die Aufzählung der standortgebundenen Anlagen in Art. 41c Abs. 1 GSchV sei nicht abschliessend, sondern beispielhaft und schliesse demnach ein Seerestaurant nicht davon aus.

90 FRITZSCHE, Kommentar GSchG, Art. 36a, Rz. 112.

91 BGE 123 II 259 sowie die Kasuistik bei HÄNNI, Planungsrecht, S. 309 ff.

92 BAFU, Erläuternder Bericht 2011, S. 14.

den oder aus Gründen der Bodenbeschaffenheit auf einen Standort ausserhalb der Bauzonen angewiesen ist (sog. positive Standortgebundenheit)[93] oder andererseits wenn ein Werk aus bestimmten Gründen nicht in einer Bauzone realisiert werden kann (sog. negative Standortgebundenheit).[94] Dabei ist jedoch nicht erforderlich, dass überhaupt kein anderer Standort in Betracht fällt; es müssen jedoch besonders wichtige und objektive Gründe vorliegen, die den vorgesehenen Standort gegenüber anderen Standorten innerhalb der Bauzone als viel vorteilhafter erscheinen lassen. Dies setzt eine Interessenabwägung voraus, die sich mit derjenigen nach Art. 24 lit. b RPG überschneidet.[95]

56 Die Bejahung einer ***positiven Standortgebundenheit*** setzt gemäss Rechtsprechung zu Art. 24 RPG keinen Nachweis voraus, dass der gewählte Standort der einzig mögliche ist. Eine sogenannte *relative Standortgebundenheit* ist ausreichend.[96] Verlangt wird eine bezüglich Betrachtungsraum und Aufwand der konkreten Bedeutung des Falles angemessene Standortevaluation, die aufzeigt, dass besonders wichtige und objektive Gründe vorliegen, die den gewünschten Standort ausserhalb der Bauzone als viel vorteilhafter erscheinen lassen als ein Standort innerhalb der Bauzone.[97] Die neuere bundesgerichtliche Rechtsprechung knüpft den Entscheid über die Gewährung einer Ausnahmebewilligung nach Art. 24 RPG daran, dass sämtliche Vor- und Nachteile der vernünftigerweise in Betracht kommenden Standorte innerhalb und ausserhalb der Bauzone bekannt sind und miteinander verglichen werden können, um die insgesamt beste Lösung mit möglichst geringen Auswirkungen auf Raum und Umwelt zu bestimmen.[98] Als objektive, sachliche Gründe gelten in der Praxis technische Anforderungen, Anforderungen an die Bodenbeschaffenheit oder betriebswirtschaftliche Anforderungen.[99] Unerheblich sind demgegenüber subjektive, in der Person des Gesuchstellenden liegende Gründe. Schliesslich beinhaltet der Nachweis der objektiven

---

93 BGE 129 II 63 E. 3.1.

94 BGE 123 II 56 E. 5a.

95 BGE 136 II 214 E. 2.1.

96 BGE 141 II 245 E 7.6.1; BGer 1C_11/2016 E. 4.3.

97 AEMISEGGER / MOOR / RUCH / TSCHANNEN (HrsG.), Praxiskommentar RPG: Bauen ausserhalb der Bauzone, N. 8 zu Art. 24 RPG; WALDMANN / HÄNNI, Handkommentar, N. 10 zu Art. 24 RPG.

98 BGE 141 II 245 E. 7.

99 AEMISEGGER / MOOR / RUCH / TSCHANNEN (HrsG.), Praxiskommentar RPG: Bauen ausserhalb der Bauzone, N. 10 zu Art. 24 RPG m.w.H.

sachlichen Gründe auch eine Darlegung der Aktualität und Dimension des Bedürfnisses sowie der Dauer des Bedürfnisses.[100]

57 Die Annahme einer ***negativen Standortgebundenheit*** ist gemäss Praxis zu Art. 24 RPG nur in ausgesprochenen Ausnahmefällen denkbar; insbesondere aufgrund der Planungspflicht nach Art. 2 RPG ist bei der Annahme der negativen Standortgebundenheit Zurückhaltung geboten. Die negative Standortgebundenheit wird vor allem dann bejaht, wenn für ein Bauvorhaben keine geeignete Bauzone vorhanden ist und es sich also nicht innerhalb der Bauzone verwirklichen lässt, wobei objektive sachliche Gründe dafür vorhanden sein müssen. Regelmässig bilden die Immissionen eines Vorhabens einen derartigen Grund.[101]

58 Diese Begriffsumschreibungen der positiven und negativen Standortgebundenheit sowie die dazu entwickelte Gerichtspraxis können auch bei der Umsetzung von Art. 41c GSchV herangezogenen werden. Demnach ist eine positive bzw. relative Standortgebundenheit dann zu bejahen, wenn besonders wichtige und objektive Gründe vorliegen, die den gewünschten Standort innerhalb des Gewässerraums als viel vorteilhafter erscheinen lassen als ein Standort ausserhalb des Gewässerraums.

59 Zu den Anlagen, die aufgrund ihres Bestimmungszwecks positiv standortgebunden sind, gehören klassischerweise Fuss- und Wanderwege (sofern sie der Erlebbarkeit des Gewässers dienen), Strandbäder, Wasserkraftwerke, Hochwasserschutzbauten oder Brücken.[102] Laut einem Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürichs dient auch ein Seerestaurant der Erlebbarkeit eines Gewässers und damit der Gewässernutzung (im Sinne der Erholungsnutzung); das Restaurant ist deshalb grundsätzlich auf einen Standort in Seenähe angewiesen.[103] Mit der gleichen Begründung kann ein Rastplatz im Gewässerraum als standortgebunden betrachtet werden.[104] Denkbar sind des Weiteren (Abwasser-/Wasser-)Leitungen, die ein Gewässer unterirdisch durchqueren müssen, weil die entsprechende Infrastruktur

---

[100] AEMISEGGER / MOOR / RUCH / TSCHANNEN (HrsG.), Praxiskommentar RPG: Bauen ausserhalb der Bauzone, N. 12 zu Art. 24 RPG m.w.H.

[101] Z.B. Anlagen für die Tierhaltung, Modellflugplätze, kleine Schiessanlagen; vgl. dazu AEMISEGGER / MOOR / RUCH / TSCHANNEN (HrsG.), Praxiskommentar RPG: Bauen ausserhalb der Bauzone, N. 13 f. zu Art. 24 RPG.

[102] Vgl. die exemplarische Aufzählung in Art. 41c Abs. 1 Satz 1 GSchV; BAFU, Erläuternder Bericht 2011, S. 14; KEHRLI, Gewässerraum, S. 686.

[103] VerwGer ZH VB.2012.00644 vom 27. März 2013 E. 3.2.2.

[104] VerwGer BE VGE 2012.463 vom 7. Juli 2014 E. 8.6 = URP 2014 668.

vom Gemeinwesen sonst nicht sinnvoll bereitgestellt werden könnte. Teilweise sind solche Leitungen auf eine Linienführung entlang eines Gewässers angewiesen, damit sie im freien Gelände (Freispiegel) verlaufen können, womit die Ableitung ohne Fremdenergie ermöglicht wird.[105] Es handelt sich dabei um eine positive Standortgebundenheit aus technischen oder betriebswirtschaftlichen Gründen.

60 Laut den erwähnten Erläuterungen des BAFU zur GSchV ist die Standortgebundenheit nicht nur dann gegeben, wenn der Bestimmungszweck einen Standort innerhalb des Gewässerraums erfordert, sondern auch dann, wenn eine Anlage *«aufgrund der standörtlichen Verhältnisse nicht ausserhalb des Gewässerraums»* angelegt werden kann. Dies liegt gemäss den Ausführungen in den BAFU-Erläuterungen z.B. dann vor, wenn ein Bauvorhaben wegen Schluchten oder durch Felsen eingeengten Platzverhältnisse nicht ausserhalb des Gewässerraums ausgeführt werden kann.[106] Auch eine schwierige Bodenbeschaffenheit – felsiger Untergrund, ein an den Gewässerraum angrenzendes wertvollen Naturschutzgebiet oder eine Moorlandschaft - kann dazu führen, dass eine Anlage nicht ausserhalb des Gewässerraums erstellt werden kann.[107] Diese sinngemäss negative Standortgebundenheit ergibt sich jedoch nicht aus dem Zweck der Baute oder Anlage selbst, sondern aus den tatsächlichen Verhältnissen der Umgebung (Platzverhältnisse, Baugrund). Insofern wird u.E. zu Recht die Auffassung vertreten, dass die Standortgebundenheit im Gewässerraum einen gegenüber dem raumplanerischen Begriff erweiterten Gehalt aufweist.[108] Auch in diesem Fall ist eine qualifizierte Auseinandersetzung mit den verschiedenen in Frage kommenden Standortvarianten, den berührten Interessen und der Schutzwürdigkeit der einzelnen Gebiete gefordert.[109] Die Standortgebundenheit muss auch hier nach objektiven und sachlichen Gründen erfolgen. So wird es wohl kaum

---

[105] KEHRLI, Gewässerraum S. 686.

[106] BAFU, Erläuternder Bericht 2011, S. 14.

[107] KEHRLI, Gewässerraum S. 687.

[108] KEHRLI, Gewässerraum, S. 687. Im genannten Aufsatz wird allerdings auch darauf hingewiesen, dass die Standortgebundenheit «aufgrund der standörtlichen Verhältnisse» nicht etwa mit der raumplanungsrechtlichen Standortgebundenheit aufgrund der Bodenbeschaffenheit gleichgestellt werden dürfe. Letztere meine vielmehr, dass der Zweck einer Baute nach einem Standort mit bestimmter Bodenbeschaffenheit verlangt, wie dies klassischerweise bei Anlagen für den Abbau bestimmter Materialien (Kies, Lehm) der Fall ist. Gegenteiliger Auffassung ist das VerwGer ZH in VB.2013.00444 vom 16. Januar 2014 E. 7.2, wonach der Verordnungsgeber die Standortgebundenheit im Gewässerraum «mindestens so eng verstanden haben wollte wie das RPG».

[109] KEHRLI, Gewässerraum, S. 687; auch die Standortgebundenheit aufgrund der standörtlichen Verhältnisse erweist sich somit – wie die Standortgebundenheit aufgrund des Bestimmungszwecks – als relativ. Zwar muss der Standort im Gewässerraum nicht der einzig mögliche sein, er muss aber als qualifiziert vorteilhafter erscheinen.

ausreichen, einen Entscheid lediglich auf Praktikabilitätsüberlegungen – einfacher oder geringerer technischer Aufwand – abzustellen.[110]

61 Für die Prüfung der (positiven oder negativen) Standortgebundenheit im Gewässerraum wird schliesslich generell gefordert, dass für jedes Bauvorhaben der Nachweis eines objektiven Bedürfnisses mit Bezug auf den genauen Standort, den Umfang und die Ausgestaltung der Baute oder Anlage zu erbringen ist. Die Erstellung der Anlage ausserhalb des Gewässerraums muss qualifiziert nachteiliger erscheinen als ein Standort im Gewässerraum.[111] In diesem Zusammenhang sind insbesondere auch mögliche Alternativstandorte zu prüfen.[112] Wie das Verwaltungsgerichtes des Kantons Zürich entschied, vermag die grundsätzliche Standortgebundenheit eines Seerestaurants noch nicht zu begründen, *«an welcher spezifischen Stelle in Seenähe das Restaurant erstellt werden soll, noch lässt sich daraus ableiten, das Gebäude müsse zwingend direkt im Gewässerraum oder gar seeseitig der Uferlinie stehen».*[113]

62 ***Ergebnis:*** *Standortgebunden im Sinne von Art. 41c GSchV sind Bauten und Anlagen, deren Zweck einen Standort ausserhalb der Bauzone erfordern; es kann hier auf die entsprechende bundesgerichtliche Rechtsprechung zur positiven (insbesondere zur relativen) und negativen Standortgebundenheit zurückgegriffen werden. Darüber hinaus ist die Standortgebundenheit gemäss dieser Bestimmung aber auch dann zu bejahen, wenn die Baute oder Anlage aufgrund der standörtlichen Verhältnisse nicht ausserhalb des Gewässerraums angelegt werden kann.*

c) Öffentliches Interesse

63 Standortgebundene Vorhaben müssen schliesslich im öffentlichen Interesse liegen, um im Gewässerraum bewilligt werden zu können. Auch hier haben wir es mit einem unbestimmten Rechtsbegriff bzw. mit einer wertungsbedürftigen Generalklausel zu tun, welche konkretisierungsbedürftig ist und verschiedenste Interessen beinhalten kann, die sich hauptsächlich aus der

---

[110] VerwGer SG B 2011/164 vom 11. Dezember 2012 E. 3.3.6.

[111] KEHRLI, Gewässerraum, S. 688; BGE 136 II 214 E. 2.1 m.w.H.

[112] BGE 136 II 214 E. 2.2: Eine Prüfung der Standortgebundenheit erscheint unvollständig, wenn keine Auseinandersetzung mit möglichen Alternativstandorten stattfindet.

[113] VerwGer ZH VB 2012.0064 vom 27. März 2013 E. 3.2.2.

Verfassung sowie den Ziel- und Zweckartikeln in den entsprechenden Sachgesetzen gewinnen lassen.[114] In den hier zu beurteilenden Fällen ist insbesondere auf die Planungsgrundsätze nach Art. 3 RPG sowie die Ziele des RPG (Art. 1 RPG) zurückzugreifen, welche bei allen raumwirksamen Massnahmen zu berücksichtigen sind. Zu beachten sind sodann auch bestehende Planungen, welche Ausdruck des öffentlichen Interesses sind (z.B. Richtplaneinträge). Zu beachten ist ferner, dass ausdrücklich ein *öffentliches* Interesse vorhanden sein muss, um eine Bewilligung nach Art. 41c Abs. 1 Satz 1 GSchV erteilen zu können. Liegt nur ein privates Interesse vor, kommt lediglich eine Bewilligung nach Art. 41c Abs. 1 Satz 2 in Frage; in diesem Fall dürfen dem Vorhaben keine überwiegenden Interessen entgegenstehen.

64 Die BAFU-Erläuterungen erwähnen lediglich Wege zur Erholungsnutzung als im öffentlichen Interesse liegend.[115] In der Literatur werden auch Anlagen zur Erschliessung von rechtskräftig ausgeschiedenen Bauparzellen, zum Schutz vor Hochwasser sowie zur Förderung erneuerbaren Energien genannt.[116] Als im öffentlichen Interessen liegend erachtete das Verwaltungsgericht des Kantons Bern im weiteren auch die Infrastruktur eines Rastplatzes an der Aare mit der Begründung (verkürzt), dass der Rastplatz mit der natürlichen Funktion des Gewässers als Lebensraum für Tiere und Pflanzen im Einklang stehe und der Erholungsnutzung diene, welche ebenfalls eine Gewässer(raum)funktion darstelle.[117]

65 ***Ergebnis:*** *Ob ein öffentliches Interesse gegeben ist, richtet sich in erster Linie nach den Planungsgrundsätzen (Art. 3 RPG) und den Zielen der Raumplanung (Art. 1 RPG).*

---

[114] WIEDERKEHR / RICHLI, Praxis, Rz. 1854 ff.

[115] BAFU, Erläuternder Bericht 2011, S. 14.

[116] KEHRLI, Gewässerraum, S. 689.

[117] Das Interesse am öffentlichen Zugang und der Begehung von Fluss- und Seeufern findet Ausdruck in den Planungsgrundsätzen des RPG, so in Art. 3 Abs.2 lit. c RPG. Die Thematik von privaten Bootshäusern und Steganlagen dürfte sich im Kanton Graubünden kaum stellen, weshalb auf weitere Ausführungen an dieser Stelle verzichtet und stattdessen auf die Darlegungen bei KEHRLI, S. 690, verwiesen werden kann.

3.2. Weitere Anlagen innerhalb des Gewässerraums (Art. 41c Abs. 1, Satz 2, lit. a - c GSchV)

a) In dicht überbauten Gebieten (Art. 41c Abs. 1 lit. a GSchV)

i. Zonenkonforme Anlagen in dicht überbauten Gebieten innerhalb des Gewässerraums

66 Neben den standortgebunden und im öffentlichen Interesse liegenden Bauten und Anlagen nach Art. 41c Abs. 1 Satz 1 GSchV lässt die Verordnung im Gewässerraum auch zonenkonforme Anlagen in dicht überbauten Gebieten zu, sofern keine überwiegenden Interessen entgegenstehen. Diese Ausnahmeregelung war bereits in der Verordnung vom 4. Mai 2011 enthalten und hat in der Zwischenzeit zu verschiedenen Gerichtsentscheiden geführt. Dabei ging es in der Regel um die Frage, ob das Kriterium des dicht überbauten Gebiets gegeben ist. Dazu haben wir uns unter Rz. 25 ff. geäussert. Im Folgenden geht es darum, wie diese Ausnahmebestimmung in der praktischen Anwendung zu handhaben ist.

67 Gemäss dem erläuternden Bericht des BAFU soll mit dieser Ausnahme vom grundsätzlichen Anlagenverbot im Gewässerraum insbesondere eine Siedlungsentwicklung nach Innen und eine aus Sicht der Raumplanung erwünschte städtebauliche Verdichtung (z.B. durch das Füllen von Baulücken) ermöglicht werden.[118] Die Voraussetzungen, unter denen eine Ausnahmebewilligung erteilt werden kann, werden in der Verordnung abschliessend geregelt.[119] Vorausgesetzt wird (kumulativ), dass ein dicht überbautes Gebiet vorliegt, die Anlage zonenkonform ist und keine überwiegenden Interessen entgegenstehen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass grundsätzlich kein Anspruch auf die Erteilung einer Ausnahmebewilligung besteht.[120] In der Literatur wird hinsichtlich Art. 41c Abs. 1 GSchV ausgeführt, es sei davon auszugehen, dass lediglich ein «bedingter Anspruch auf Erteilung der Ausnahmebewilligung» bestehe.[121] Bedingt sei der Anspruch insoweit, als die zuständige Behörde verpflichtet sei, ein eingereichtes Baugesuch auf seinen Ausnahmecharakter zu prüfen und bei Vorliegen einer Ausnahmesituation die Ermessensausübung in Form einer umfassenden Interessenabwägung vorzunehmen habe. Diese Erörterungen brauchen u.E. aber nicht vertieft zu werden. Massgebend erscheint uns, dass in den verschiedenen Prüfungsschritten

---

[118] Erläuternder Bericht 2011, S. 15.

[119] FRITZSCHE, Kommentar GSchG Rz. 119 zu Art. 36a GSchG.

[120] WIEDERKEHR / RICHLI, Praxis, Band II, Rz. 381 mit zahlreichen Verweisen.

[121] KEHRLI, S. 696.

(darauf ist noch zurückzukommen) in nachvollziehbarer Weise dargelegt wird, dass die geplante Baute im dicht überbauten Gebiet liegt, zonenkonform bzw. standortgebunden ist und keine überwiegenden Interessen entgegenstehen. Dies belässt den Behörden ein gewisses Ermessen (Entschliessungsermessen) bei ihrem Entscheid, in welches ein Gericht in der Regel nur mit Zurückhaltung eingreift. Allerdings ist das Ermessen pflichtgemäss zu handhaben. Die rechtsanwendenden Behörden sind dabei insbesondere an das Rechtsgleichheitsgebot, das Verhältnismässigkeitsprinzip und die Pflicht zur Wahrung der öffentlichen Interessen gebunden.[122] Ausserdem sind Sinn und Zweck der gesetzlichen Ordnung auch bei Ermessensentscheiden zu beachten.

68 Die Reihenfolge, in welcher die Voraussetzungen für die Erteilung einer Ausnahmebewilligung geprüft werden, ist teilweise unterschiedlich.[123] Die Zonenkonformität vorausgesetzt, macht es aus unserer Sicht Sinn, zunächst das Vorliegen eines dicht überbauten Gebiets als erste und unabdingbare Voraussetzung für die Erteilung einer Ausnahmebewilligung zu prüfen. Ist das Vorhandensein eines dicht überbauten Gebiets zu verneinen, erübrigen sich weitere Prüfungen.

69 Sodann ist in einem nächsten Schritt die Standortgebundenheit zu prüfen; es ist insbesondere durch die Bauherrschaft nachzuweisen, dass keine weniger starke Beanspruchung des Gewässerraums durch die vorgesehene Baute möglich ist.[124]

70 Schliesslich ist zu untersuchen, ob der zonenkonformen und standortgebundenen Anlage im dicht überbauten Gebiet keine überwiegenden Interessen entgegenstehen. Dies setzt gemäss bundesgerichtlicher Praxis eine umfassende Interessenabwägung voraus, welche insbesondere die Anliegen des Hochwasserschutzes des Natur- und Heimatschutzes und das Interesse der Öffentlichkeit an einem erleichterten Zugang zu den Gewässern (Art. 3 Abs.

---

[122] FRITZSCHE, Kommentar GSchG, Rz. 122 zu Art. 36a GSchG; Verwaltungsgericht Zürich, VB.2014.00073, E.3.2.

[123] Das Bundesgericht prüfte in BGE 139 II 470 (Rüschlikon I) E. 4.5 zunächst die Voraussetzung des «dicht überbauten Gebiets», um anschliessend die Interessenabwägung vorzunehmen und am Schluss auf die Standortgebundenheit einzugehen. In BGE 140 II 437 (Rüschlikon II) war die Zonenkonformität nicht umstritten, worauf das Bundesgericht zunächst das Kriterium des «dicht überbauten Gebiets» prüfte und in einem zweiten Schritt die Interessenabwägung vornahm; gleich ging das Verwaltungsgericht Zürich in VB.2014.00073, E. 3, vor. Die Frage der Standortgebundenheit wurde nicht speziell thematisiert.

[124] BGE 139 II 470 (Rüschlikon I) E. 4.5; KEHRLI, Gewässerraum, S. 697; HÄNNI/ ISELI, Erste Urteile, S. 88.

2 lit. c RPG) zu berücksichtigen hat.[125] In diesem Sinne müssen etwa das Interesse an einer naturnahen, offenen Wasserführung, an der Schaffung von Lebensraum für Pflanzen und Tiere oder an einem genügenden Sichtbezug zum Gewässer gegen Interessen der Erholungsnutzung oder gegen Interessen der Verdichtung und haushälterischen Bodennutzung abgewogen werden.[126] Sodann ist im Rahmen der Interessenabwägung auch sicher zu stellen, dass die Erteilung einer Ausnahmebewilligung nach Art. 41c Abs. 1 GSchV die künftige Gewässerraum- und Revitalisierungsplanung nicht erschweren und ihr (soweit sie bereits konkretisiert ist) nicht widersprechen darf.[127]

71 In einem neueren Entscheid[128] dehnte das Bundesgericht die Interessenabwägung auf die Interessen des Ortsbildschutzes aus. Die Erteilung einer Ausnahmebewilligung im Gewässerraum nach Art. 41c Abs. 1 GSchV stelle – so das Bundesgericht – „als bundesrechtlich geregelte Spezial- bzw. Ausnahmebewilligung mit engem Bezug zum Natur- und Heimatschutz" eine Bundesaufgabe i.S.v. Art. 78 Abs. 2 BV und Art. 2 NHG dar. Folglich sei auch das Bundesinventar der schützenwerten Ortsbilder der Schweiz von nationaler Bedeutung (ISOS) bei der nach Art. 41c Abs. 1 GSchV erforderlichen Interessenabwägung unmittelbar anwendbar.[129]

72 Aus der bisher ergangenen Gerichtspraxis lassen sich zu den Ausnahmebewilligungen in dicht überbauten Gebieten innerhalb des Gewässerraums folgende Schlüsse und Erkenntnisse ziehen:

- *Rüschlikon I (BGE 139 II 470) und Rüschlikon II (BGE 140 II 437)*

73 In diesen beiden Entscheiden ging es um die Errichtung eines Einfamilienhauses mit Garage am Zürichsee. Im ersten Entscheid hielt das Bundesgericht fest, das Bauvorhaben sei zwar zonenkonform, verletze aber den übergangsrechtlichen Gewässerabstand von 20 Metern und sei nicht standortgebunden. Unter Vorbehalt der Erteilung einer Ausnahmebewilligung nach Art. 41c Abs. 1 Satz 2 GSchV sei das geplante Einfamilienhaus damit unzulässig. Das Bundesgericht wies die Angelegenheit an den Kanton zurück, um die Möglichkeit einer Ausnahmebewilligung gemäss dieser Bestimmung zu prüfen. In diesem Rahmen sei – so das Bundesgericht –

---

[125] BGE 140 II 437 (Rüschlikon II) E. 6; 139 II 470 (Rüschlikon I) E. 4.5.
[126] KEHRLI, Gewässerraum, S. 678.
[127] BGE 140 II 437 (Rüschlikon II) E. 6.2.
[128] Urteil 1C_558/2015 vom 30. November 2016 (Altendorf).
[129] BGer 1C_558/2015 vom 30 November 2016, E. 3.1.

zunächst der Begriff des «dicht überbauten Gebiets» zu prüfen und anschliessend eine Interessenabwägung vorzunehmen. Falls die Interessenabwägung eine Ausnahmebewilligung zulasse, bedeute dies jedoch nicht, dass die Baute direkt am Gewässer erstellt werden dürfe. Der Uferstreifen sei räumlich «so wenig wie möglich in Anspruch zu nehmen, und es ist grundsätzlich Sache der Bauherrschaft nachzuweisen, dass keine weniger starke Beanspruchung des Gewässerraums durch die vorgesehene Baute möglich ist».[130]

74 Im zweiten Entscheid hiess das Bundesgericht eine Beschwerde der Bauherrschaft gut, nachdem das Verwaltungsgericht die Baubewilligung der Gemeinde aufgehoben hatte. Das Bundesgericht qualifizierte das Gebiet zunächst als «dicht überbaut», weil der betreffende Abschnitt des Zürichsees durch eine Ufermauer hart verbaut und zusätzlich mit Boots- und Badehäusern in dichter Folge überstellt ist. Sodann befasste sich das Gericht mit der Interessenabwägung, speziell unter den Aspekten des Natur- und Landschaftsschutzes und dem Interesse der Öffentlichkeit an einem erleichterten Zugang zu den Gewässern. Unter Berücksichtigung der speziellen Interessenslage erachtete es das Bundesgericht nicht für nötig, das Bauen im Gewässerraum vollständig zu verbieten. Vielmehr könne den Anliegen einer lockeren Überbauung der ersten Bautiefe zur Erhaltung der Ufervegetation bzw. zur Zugänglichmachung des Seeufers für die Öffentlichkeit mit Auflagen und Bedingungen Rechnung getragen werden, indem die Ausnahmebewilligung nur für landschaftsverträgliche Bauvorhaben gewährt werde, wobei Auflagen zur Sicherstellung des Zugangs der Öffentlichkeit und einer naturnahen Bepflanzung verbunden werden könne.[131]

- *Verwaltungsgericht Zürich VB.2014.00073*

75 In diesem Fall ging es um den Neubau eines Einfamilienhauses mit einem Abstand von 5.01 m zur Dohle eines Baches. Die Baudirektion hatte im Rahmen eines Vorentscheidverfahrens festgestellt, es könne für die Errichtung des Neubaus keine gewässerschutzrechtliche Ausnahmebewilligung in Aussicht gestellt werden. Das Baurekursgericht wies eine dagegen erhobene Beschwerde ab; das Verwaltungsgericht Zürich hiess die Beschwerde dagegen gut. Zur Begründung des abweisenden Entscheides hatten die Vorinstanzen die Hochwassergefahr und die Verhinderung der

[130] BGE 139 II 470 (Rüschlikon I) E. 4.5.
[131] BGE 140 II 347 (Rüschlikon II) E. 6.3.

drohenden Präjudizierung einer späteren Renaturierung des Baches geltend gemacht.

76 Das Veraltungsgericht Zürich führte aus, Bauvorhaben im Gewässerraum seien nicht von vornherein vom Anwendungsbereich von Art. 41c Abs. 1 GSchV ausgenommen, selbst wenn sie aus Gründen des Hochwasserschutzes besondere Auflagen erfordern würden. Zu verlangen sei auch in diesen Fällen eine Einzelfallabwägung, wobei dem Ausnahmecharakter der Bestimmung und den übrigen wiederstreitenden Interessen Rechnung zu tragen sei. Hinsichtlich der befürchtenden Präjudizierung einer möglichen Renaturierung hielt das Verwaltungsgericht fest, die zuständigen Behörden hätten diesem Aspekt im Rahmen von Nutzungs- und Baubewilligungsverfahren frühzeitig in koordinierter Weise Rechnung zu tragen. Mit Blick auf eine umfassende Interessenabwägung seien im vorliegenden Fall die verschiedenen Möglichkeiten einer offenen Führung des Fliessgewässers umfassend zu prüfen und unterschiedliche Lösungen (Varianten) abzuklären, was nicht erfolgt sei. Es sei insbesondere die Frage zu klären, ob die nach Realisierung des Bauvorhabens noch verbleibende Renaturierungsmöglichkeit den Anforderungen von Art. 37 Abs. 2 GSchG genüge. Es gehe aber nicht an, die Ausnahmebewilligung für das innerhalb des übergangsrechtlichen geregelten Gewässerraums geplante Einfamilienhaus ohne genaue Prüfung der massgebenden Sachumstände mit der Begründung zu verweigern, dass eine mittlere Hochwassergefahr bestehe und noch kein konkretes und rechtlich gesichertes Projekt für den hochwassersicheren bzw. renaturierten Ausbau des Bachs vorliege.[132]

77 ***Ergebnis:*** *Die bisher ergangenen Gerichtsurteile zu Ausnahmebewilligungen für zonenkonforme Anlagen in dicht überbauten Gebieten innerhalb des Gewässerraums zeigen, dass die Gerichtspraxis noch nicht gefestigt ist. Nach unserem Dafürhalten macht es Sinn, bei der Prüfung entsprechender Gesuche wie folgt vorzugehen: Die Zonenkonformität der Anlage vorausgesetzt, ist zunächst zu prüfen, ob ein dicht überbautes Gebiet zu bejahen ist. Ist dies der Fall, ist in einem nächsten Schritt die Standortgebundenheit zu untersuchen und schliesslich ist die Interessenabwägung vorzunehmen. Dabei sind unter Umständen auch Varianten zu klären und künftigen Renaturierungsvorhaben Rechnung zu tragen.*

[132] VB.2014.00073, E. 3.3 – 3.5.

ii. Verhältnis zur Reduktion der Gewässerraumbreite

78 Der Begriff «dicht überbautes Gebiet» wird vom Verordnungsgeber sowohl im Zusammenhang mit der Reduktion der Gewässerraumbreite (Art. 41a Abs. 4 GSchV, Art. 41b Abs. 3 GSchV) als auch bei der Ausnahmebestimmung für Bauten und Anlagen innerhalb des Gewässerraums (Art. 41c Abs. 1 lit. a GSchV) verwendet. Den drei Bestimmungen liegt ein einheitliches Begriffsverständnis zugrunde.[133] Im Einzelfall dürfte deshalb unter Berücksichtigung der konkreten Umstände abzuwägen sein, ob der Schutz/Nutzen-Konflikt bereits bei der Gewässerraumfestlegung im Planungsprozess über eine Reduktion der Breite gelöst werden kann oder ob lediglich bezüglich des fraglichen Einzelobjekts im Rahmen einer Ausnahmebewilligung entschieden werden soll.

b) Zonenkonforme Anlagen ausserhalb von dicht überbauten Gebieten auf einzelnen unüberbauten Parzellen innerhalb einer Reihe von mehreren überbauten Parzellen (Art. 41c Abs. 1 lit. a^bis GSchV)

79 Mit der Verordnung vom 22. März 2017 (Inkrafttreten 1. Mai 2017) wurde Art. 41c Abs. 1 GSchV um lit. a^bis ergänzt. Demnach können „zonenkonforme Anlagen ausserhalb von dicht überbauten Gebieten auf einzelnen unüberbauten Parzellen innerhalb einer Reihe von mehreren überbauten Parzellen" bewilligt werden, sofern keine überwiegenden Interessen entgegenstehen. Diese Ergänzung der Verordnung geht zurück auf eine Motion der ständerätlichen Kommission für Umwelt, Raumplanung und Energie (UREK-SR) vom 19. Januar 2015. Mit dieser Motion wurde der Bundesrat beauftragt, „die Gewässerschutzverordnung und entsprechenden Richtlinien dahingehend anzupassen, dass die Kantone für die Festlegung der Gewässerräume nach Art. 36a des Gewässerschutzgesetzes dem grösstmöglichen Handlungsspielraum erhalten".[134]

80 Die Stossrichtung der etwas sperrig geratenen Formulierung von lit. a^bis wird im erläuternden Bericht wie folgt umschrieben:

«Bereits bisher war es zulässig, in dicht überbautem Gebiet neue zonenkonforme Anlagen im Gewässerraum zuzulassen, sofern keine überwiegenden Interessen entgegenstehen. Auch ausserhalb von dicht überbautem Gebiet könnten Situationen auftreten, bei denen die Freihaltung des Gewässerraums auf einzelnen unbebauten Parzellen entlang des Gewässers auf lange Sicht keinen Nutzen für das Gewässer

---

[133] FRITZSCHE, Kommentar GSchG, Art. 36 Rz. 85; BGE 140 II 428 (Dagmarsellen), E. 7.
[134] Motion 15.3001 der UREK-SR.

bringen kann. Dies weil die Raumverhältnisse für das Gewässer ohnehin aufgrund von bestehenden Anlagen mit Bestandschutz langfristig beengt bleiben. Art. 41c Abs. 1 Bst. a^bis^ soll neu nun das Schliessen solcher Baulücken ermöglichen. In der Regel sind diese Baulücken sofort oder kurzfristig bebaubar. Ausserdem sind Erschliessungseinrichtungen ausreichend vorhanden oder können ohne erheblichen Aufwand hergestellt werden".[135]

81 Dieser Bestimmung dürfte in der künftigen Praxis eine wichtige Bedeutung zukommen. Unabhängig davon, ob das Gebiet dicht überbaut ist oder nicht, soll das Bauen dort möglich sein, wo das Gewässer seine natürliche Funktion und den Hochwasserschutz ohnehin nicht gewährleisten kann. Dies ist insbesondere dort der Fall, wo Baulücken bestehen. Der Verordnungstext spricht von „einzelnen unüberbauten Parzellen innerhalb einer Reihe von mehreren überbauten Parzellen". Diese Formulierung in der Verordnung und die Ausführungen im erläuternden Bericht lassen darauf schliessen, dass man die Baulücken im Sinne des Raumplanungsrechtes im Auge hatte.[136] Danach gelten einzelne unüberbaute Parzellen und Parzellenteile von geringer Fläche als Baulücken, die unmittelbar an das überbaute Gebiet grenzen, von der nachbarlichen Überbauung geprägt sind und, namentlich wegen ihrer fortgeschritten Erschliessung an der Siedlungsqualität teilhaben.[137] In der bundesgerichtlichen Rechtsprechung wird jeweils eine, die einzelparzellenübergreifende, gebietsbezogene Betrachtungsweise gefordert.[138] Massgebend ist eine qualitative Beurteilung, quantitative Gesichtspunkte allein können nicht den Ausschlag geben.[139] Soweit einer unüberbauten Fläche aufgrund ihrer Grösse, ihres Erschliessungsstandes sowie des Umstandes, dass sie einer selbständigen planerischen Behandlung zugänglich ist, eigenständige Bedeutung zu, gehört sie nicht zum weitgehend überbauten Gebiet. Dementsprechend fallen unüberbaute Flächen am Rande des Siedlungsgebietes und grössere Areale innerhalb des Siedlungsgebietes, die der Auflockerung und Trennung, der Erhöhung der Wohnqualität und der Schaffung von Freizeitbereichen dienen, nicht unter das weitgehend überbaute Gebiet. Unter Umständen kann jedoch bloss ein Teil einer solchen Parzelle zum weitgehend überbauten Gebiet gehören.[140]

---

135 Erläuternder Bericht 2016, S. 4.

136 AEMISEGGER / MOOR / RUCH / TSCHANNEN (HrsG.), Praxiskommentar RPG: Nutzungsplanung, N. 203 zu Art. 5 RPG; BGE 132 II 218 E. 4.2 S. 223 m.w.H.

137 BGE 132 II 218 E. 4.2. S. 223.

138 Urteil BGer 1A.41/2002 vom 26.11.2002, E. 4.

139 BGE 132 II 218 E. 4.2.3. – 4.2.5, S. 224.

140 AEMISEGGER / MOOR / RUCH / TSCHANNEN (HrsG), Praxiskommentar RPG: Nutzungsplanung, N. 203 zu Art. 5 RPG.

82 Diese neue Bestimmung bietet den Behörden einen nicht unerheblichen Spielraum. Gerade vor dem Hintergrund, dass der Begriff des „dicht überbauten Gebiets" restriktiv ausgelegt wird[141], ermöglicht diese Bestimmung sachgerechte Lösungen für unüberbaute Parzellen, die nicht in einem dicht überbauten Gebiet liegen. Dabei ist immer auch die Stossrichtung dieser Bestimmung im Auge zu behalten, welche gemäss der Motion der UREK-SR zum Ziel hatte, einen „grösstmöglichen Handlungsspielraum" bei der Festlegung der Gewässerräume zu schaffen.

c) Land- und forstwirtschaftliche Spur- und Kieswege (Art. 41c Abs. 1 lit. b GSchV)

83 Diese Bestimmung wurde – wie im Übrigen auch Art 41c Abs. 1 lit. c – im Zuge der Revision vom 4. November 2015 (Inkrafttreten 1.1.2016) in die Verordnung aufgenommen. Damit sollte die Möglichkeit geschaffen werden, unter bestimmten Voraussetzungen im Gewässerraum auch land- und forstwirtschaftliche Güterwege zu bewilligen, die nicht im öffentlichen Interesse liegen. Diese Bestimmung findet in jenen Fällen Anwendung, in denen die standörtlichen Platzverhältnisse natürlicherweise beschränkt sind und verschiedene Interessen an der Nutzung der begrenzten Fläche bestehen (insbesondere Interessen an Verkehrs- und anderen Infrastrukturanlagen sowie der landwirtschaftlichen Nutzung).[142] Unter diesen Voraussetzungen sind land- und forstwirtschaftliche Spur- und Kieswege mit einem Abstand von mindestens 3 m von der Uferlinie des Gewässers zulässig.

84 Diese Ergänzung der Verordnung macht auf jeden Fall Sinn, öffnet sie doch den bisher sehr engen, auf die zonenkonformen Bauten im dicht überbauten Gebiet beschränkten, Katalog der Ausnahmebewilligungen. Damit werden land- und forstwirtschaftliche Güterwege im Gewässerraum auch dann möglich, wenn keine eigentliche Standortgebundenheit gegeben ist; beschränkte Platzverhältnisse und das Fehlen von entgegenstehenden überwiegenden Interessen sind ausreichend.

---

[141] Vgl. Rz. 27 ff.

[142] BAFU, Erläuternder Bericht 2014, S. 8.

d) Anlagen zur Wasserentnahme oder -einleitung (Art. 41c Abs. 1 lit. c GSchV)

85 Schliesslich sind im Gewässerraum neu auch Anlagen bewilligungsfähig (vorausgesetzt es stehen dem Vorhaben keine überwiegenden öffentlichen Interessen entgegen), welche der Wasserentnahme und -einleitung dienen. Dazu zählen beispielsweise Anlagen zur Erhaltung und Verbesserung von Struktur und Wasserhaushalt des Bodens (z.B. Drainagen, Bewässerung), zur Wärmenutzung oder zu Kühlzwecken.[143]

e) Der Gewässernutzung dienende Kleinanlagen (Art. 41c Abs. 1 lit. d GSchV)

86 Mit der seit 1. Mai 2017 in Kraft stehenden Anpassung von Art. 41c Abs. 1 lit. GSchV sollen gemäss dem erläuternden Bericht nun explizit neue Kleinanlagen bzw. der Ersatz einer bestehenden Kleinanlage mit einem anderen Typ von Kleinanlage (z.B. Schlipf anstelle Plattenweg) ermöglicht werden. Dies soll aber nur dann möglich sein, wenn die Kleinanlage der Nutzung der Gewässer dient und keine überwiegenden Interessen entgegenstehen (z.B. keine wesentlichen ökologischen Beeinträchtigungen als Folge, keine Konflikte mit der Raumplanungsgesetzgebung). Mit der Formulierung «der Gewässernutzung dienen» sei in diesem Zusammenhang primär der Zugang zum Gewässer angesprochen. Ob solche Anlagen dann bewilligungsfähig sind, ergibt sich in erster Linie aus der Raumplanungsgesetzgebung, insbesondere aus den bundesrechtlichen Bestimmungen zum Bauen ausserhalb der Bauzonen. Ziel der neuen Bestimmung im GSchV ist es, eine derartige Anlage nicht zu verhindern, falls diese gemäss Raumplanungsgesetzgebung grundsätzlich zulässig ist.[144]

3.3. Bestandesschutz (Art. 41c Abs. 2 GSchV)

87 Gemäss Art. 41c Abs. 2 GSchV sind Anlagen sowie Dauerkulturen nach Art. 22 Abs. 1 Buchstaben a-c, e und g-i der landwirtschaftlichen Begriffsverordnung vom 7. Dezember 1998 im Gewässerraum in ihrem Bestand grundsätzlich geschützt, sofern sie rechtmässig erstellt wurden und bestimmungsgemäss nutzbar sind. Bei der Auslegung dieser Bestimmung beschränken wir uns auf die Anlagen, wobei zwischen dem Bestandesschutz innerhalb und ausserhalb der Bauzonen zu unterscheiden ist.

---

[143] BAFU, Erläuternder Bericht 2014, S. 8.

[144] Erläuternder Bericht 2016, S. 4.

a) Ausserhalb der Bauzone

88 Das Bundesgericht hat sich in seinem Entscheid 1C_345/2014 vom 17. Juni 2015 (Wollishofen) zu Inhalt und Tragweite des Bestandesschutzes gemäss Art. 41c Abs. 2 GSchV für bestehende zonenwidrige Bauten und Anlagen ausserhalb der Bauzone (Art. 24c RPG) wie folgt geäussert:

> *«4.1.3. Dem Wortlaut lassen sich keine Hinweise zur genauen Tragweite von Art. 41c Abs. 2 GSchV entnehmen. Hingegen fällt auf, dass diese Norm den Bestandesschutz im Unterschied zu Art. 24c RPG lediglich auf Verordnungsstufe regelt. Das spricht dagegen, den Bestandesschutz nach Art. 41 Abs. 2 GSchV in einem engeren Sinn zu verstehen als in Art. 24c RPG, zumal sich der Uferschutz gemäss Gewässerschutzgesetzgebung und jener gemäss Raumplanungsgesetzgebung zu einem erheblichen Teil überschneiden (vgl. Art. 36a Abs. 1 GSchG sowie Art. 3 Abs. 2 lit. c und Art. 17 Abs. 1 lit. a RPG). Die Verankerung von Art. 41c Abs. 2 GSchV auf einer tieferen Normstufe legt es vielmehr nahe, den Schutz des Gewässerraums als öffentliches Interesse zu sehen, das als wichtiges Anliegen gemäss Art. 24c Abs. 2 RPG anzuerkennen und in die Interessenabwägung einzubeziehen ist (ebenso der Entscheid des Baurekursgerichts des Kantons Zürich vom 25. September 2013 E. 6, in: BEZ 2014 Nr. 13). Soweit Art. 24c RPG anwendbar ist, kommt Art. 41c Abs. 2 GSchV deshalb keine eigenständige Bedeutung zu.»*[145]

89 Das Bundesgericht hat sich damit für einen erweiterten Bestandesschutz ausgesprochen, welcher neben Unterhalts- und einfachen Erneuerungsarbeiten auch Erneuerungen, teilweise Änderungen, massvolle Erweiterungen und einen Wiederaufbau zulässt.[146] Der Umfang der erweiterten Bestandesgarantie richtet sich somit nach den Bestimmungen von Art. 24c RPG bzw. Art. 42 RPV.

90 Als zulässige Erneuerungen im Sinne von Art. 24c Abs. 2 RPG sind dabei aperiodische, „grosse" Unterhaltsarbeiten zu verstehen, die über den normalen Unterhalt hinausgehen und welche eine Baute auf einen zeitgemässen Stand heben; diese Erneuerungsarbeiten wirken sich regelmässig wertvermehrend auf die Baute aus.[147] Sodann lässt Art. 24c RPG auch teilweise Änderungen

---

[145] Diese Rechtsprechung wurde im Entscheid 1C_43/2015 (Vinelz) vom 6.11.2015 bestätigt, wobei dort ausdrücklich darauf hingewiesen wurde, dass eine massvolle Erweiterung im Rahmen einer jeweils durchzuführenden Interessenabwägung zulässig sei.

[146] Lediglich im Sinne eines einfachen Bestandesschutzes hatten vor dem Bundesgericht das Verwaltungsgericht Bern (Urteil vom 7. Juli 2014, VGE 100.2012.463, in URP 2014, 685) und das Verwaltungsgericht St. Gallen (Urteil vom 24.03.2015, B 2013/153) entschieden.

[147] AEMISEGGER / MOOR / RUCH / TSCHANNEN (HrsG), Praxiskommentar RPG: Bauen ausserhalb der Bauzone, N. 23 zu Art. 24c RPG.

und die massvolle Erweiterung von Gebäuden zu, soweit die Identität der Baute oder Anlage einschliesslich ihrer Umgebung in den wesentlichen Zügen gewahrt bleibt (Art. 42 Abs. 1 RPV). Über diesen Rahmen hinausgehende bauliche Tätigkeiten stellen vollständige (und nicht teilweise) Änderungen dar, welche im Rahmen von Art. 24, 24b, 24d oder 24e RPG zu beurteilen sind. Bei der Beurteilung der Identität sind die Merkmale einer Baute im Moment der Zuweisung zum Nichtbaugebiet mit jenem, der mit dem Baugesuch angestrebt wird, massgebend (Art. 42 Abs. 2 RPV). Dabei setzt Identität voraus, dass die „Wesensgleichheit" der Baute hinsichtlich des Umfangs, der äusseren Erscheinung sowie der Zweckbestimmung gewahrt bleibt und keine wesentlichen neuen Auswirkungen auf die Nutzungsordnung, Erschliessung und Umwelt geschaffen werden.[148] Die Prüfung, ob die Identität der Baute oder Anlage im Wesentlichen gewahrt bleibt, hat unter Würdigung der gesamten Umstände zu erfolgen, wobei Art. 42 Abs. 3 RPV gewisse nummerische Schranken aufgestellt hat, um den Begriff der massvollen Erweiterung zu konkretisieren.[149] Schliesslich ist im Rahmen von Art. 24c Abs. 4 ein Wiederaufbau (Ersatzneubau) zulässig, soweit die Baute oder Anlage im Zeitpunkt der Zerstörung oder des Abbruchs noch bestimmungsgemäss nutzbar war und an ihrer Nutzung ein ununterbrochenes Interesse besteht. Gleichzeitig darf der Standort der Ersatzbaute von demjenigen der früheren Baute oder Anlage geringfügig abweichen, soweit dies objektiv geboten erscheint. In allen Fällen, welche bauliche Massnahmen im Rahmen des Bestandesschutzes zum Gegenstand haben, bleibt allerdings die Vereinbarkeit mit den wichtigen Anliegen der Raumplanung vorbehalten (Art. 24 Abs. 5 RPG).[150]

91 Offengelassen hat das Bundesgericht die Frage des Bestandesschutzes hinsichtlich der zonenkonformen Bauten ausserhalb der Bauzonen.[151] Das Bundesgericht wollte (und musste) sich nicht dazu äussern, ob im Falle bestehender zonenkonformer Bauten im Gewässerraum (für welche Art. 24c RPG nicht zum Zug kommt) Art. 41c Abs. 2 GSchV der gleiche Anwendungsbereich zuzuerkennen ist wie Art. 24c RPG, wobei es hier vor allem darum geht, un-

---

[148] AEMISEGGER / MOOR / RUCH / TSCHANNEN (HrsG), Praxiskommentar RPG: Bauen ausserhalb der Bauzone, N. 25 ff. zu Art. 24c RPG m.w.H.

[149] AEMISEGGER / MOOR / RUCH / TSCHANNEN (HrsG), Praxiskommentar RPG: Bauen ausserhalb der Bauzone, vgl. dazu die Ausführungen und Praxishinweise N. 30 ff. zu Art. 24c RPG.

[150] Die wichtigen Anliegen ergeben sich aus den Zielen und Grundsätzen der Raumplanung (Art. 1 und 3 RPG); AEMISEGGER / MOOR / RUCH / TSCHANNEN (HrsG), Praxiskommentar RPG: Bauen ausserhalb der Bauzone, N. 44 ff. zu Art. 24c RPG.

[151] Offengelassen wurde diese Frage durch das Bundesgericht für jene Fälle, in denen Art. 24c RPG nicht zum Zug kommt.

gerechtfertigte Ungleichbehandlungen zu vermeiden. Kehrli hielt in ihrer Abhandlung dafür, es würde zu weit gehen, dem Art. 41c Abs. 2 GSchV über den Weg der Auslegung für zonenkonforme Vorhaben den gleichen Anwendungsbereich zuzuerkennen, wie ihn Art. 24c RPG vorgibt. Die Problematik der Ungleichbehandlung sei durch den Gesetz- oder Verordnungsgeber selber zu klären. Gerade unter dem Blickwinkel des Gleichbehandlungsgebotes wäre aber nicht einzusehen, weshalb der Bestandesschutz bei zonenkonformen Bauten ausserhalb der Bauzonen eingeschränkt werden sollte und die Eigentümer dieser Bauten schlechter gestellt werden sollten als jene mit zonenwidrigen Bauten. Dafür gibt es u.E. keinerlei sachliche Begründung, weshalb der erweiterte Bestandesschutz nach der hier vertretenen Auffassung auch für zonenkonforme Bauten ausserhalb der Bauzone gelten muss.

92 ***Ergebnis:*** *Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung gilt ausserhalb der Bauzonen ein erweiterter Bestandesschutz, welcher neben Unterhalts- und Erneuerungsarbeiten auch teilweise Änderungen, massvolle Erweiterungen und einen Wiederaufbau zulässt.*

b) Innerhalb der Bauzone

93 Für die Fälle innerhalb der Bauzone richtet sich der Bestandesschutz gemäss der neuesten bundesgerichtlichen Rechtsprechung primär nach kantonalem Recht, wobei die Kantone einen Spielraum geniessen.[152] Dabei hat die kantonale Regelung des Bestandesschutzes zum einen die Eigentumsgarantie (Art. 26 BV) zu respektieren, darf zum anderen aber auch nicht dazu führen, dass die bundesrechtlichen Bestimmungen des Gewässerraums ausgehöhlt werden.

94 Für das bündnerische Recht steckt Art. 81 des kantonalen Raumplanungsgesetzes (KRG) den zulässigen Rahmen ab. So dürfen rechtmässig erstellte Bauten und Anlagen, die den geltenden Vorschriften nicht mehr entsprechen, erhalten und erneuert werden (einfacher Besitzstand). Sodann dürfen solche Bauten und Anlagen nach Art. 81 Abs. 2 KRG zudem umgebaut, massvoll erweitert oder in ihrer Nutzung geändert werden (erweiterter Bestandesschutz), wenn dadurch die Abweichung von den geltenden Vorschriften nicht verstärkt wird und keine überwiegend öffentlichen oder nachbarlichen Inte-

[152] BGE 1C_473/2015 vom 22. März 2016 (Hurden), E. 4.2 m.w.H.

ressen entgegenstehen. Schliesslich besteht die Möglichkeit des Wiederaufbaus nach Zerstörung oder Abbruch im Rahmen des Hofstattrechts (Art. 81 Abs. 3 KRG) nach Massgabe der jeweiligen kommunalen Bestimmungen.

95 Der erweiterte Bestandesschutz nach Art. 81 Abs. 2 KRG setzt voraus, dass u.a. keine überwiegenden öffentlichen Interessen entgegenstehen. Soweit es sich um einen erweiterten Bestandesschutz im Gewässerraum handelt, sind bei der Interessenabwägung grundsätzlich die gleichen Aspekte zu beurteilen wie bei der Ausnahmebewilligung nach Art. 41c Abs. 1 GSchV.[153] Zu berücksichtigen ist hier allerdings, dass es sich um bestehende Bauten und Anlagen handelt, welche sich grundsätzlich auf den erweiterten Bestandesschutz berufen können. Dementsprechend lässt der Gesetzestext Umbauten, massvolle Erweiterungen und Nutzungsänderungen zu, wenn „die Abweichung von den geltenden Vorschriften nicht verstärkt wird und keine überwiegenden öffentlichen oder nachbarlichen Interessen" entgegenstehen. Mit dieser Formulierung wollte der Gesetzgeber einen Ausgleich zwischen den Interessen an einer sinnvollen Weiterverwendung rechtswidriger Bauten und den Interessen der Öffentlichkeit und des Nachbarn an der möglichst ungeschmälerten Durchsetzung der jeweils rechtskräftigen Bau- und Nutzungsordnung andererseits sicherstellen.[154] Gleichzeitig wurde die Frage, wann bei einem Um- oder Erweiterungsbau von einer Verstärkung der bestehenden Rechtswidrigkeit gesprochen werden könne, wie folgt beantwortet: „Eine solche dürfte im Allgemeinen dann vorliegen, wenn das öffentliche oder nachbarliche Interesse, das die verletzte Norm schützen soll, durch den Um- oder Erweiterungsbau stärker beeinträchtigt würde".[155] Bezogen auf den Gewässerraum bedeutet dies also, dass Um- oder Erweiterungsbauten im Gewässerraum zulässig sind, es sei denn, der Um- oder Erweiterungsbau hätte eine ökologische Verschlechterung des Gewässers zur Folge. In der Praxis dürfte dies höchstens bei Erweiterungsbauten im Gewässerraum denkbar sein.

96 Die gleichen Überlegungen gelten auch hinsichtlich des Hofstattrechts, welches die Gemeinden in ihren Baugesetzen unter Berücksichtigung der öffentlichen und nachbarlichen Interessen regeln können (Art. 81 Abs. 3 KRG). Soweit das kommunale Recht den Abbruch und Wiederaufbau zulässt, stehen die Ersatzneubauten unter dem erweiterten Bestandesschutz; eine Bewilligungsverweigerung unter dem Titel des Schutzes des Gewässerraums

---

[153] Vgl. dazu Rz. 63.

[154] Botschaft der Regierung an den Grossen Rat 2004-2005 (KRG-Revision), S. 353.

[155] Botschaft der Regierung an den Grossen Rat 2004-2005 (KRG-Revision), S. 353.

kommt daher nur in Frage, wenn sich durch die Ersatzneubaute eine Verschlechterung für den Gewässerraum ergibt (gegenüber der bestehenden Baute). Dies dürfte in der Praxis wohl nur bei einer Verschiebung des Standortes für die Ersatzneubaute denkbar sein.[156]

97 ***Ergebnis:*** *Der Bestandesschutz innerhalb der Bauzone richtet sich nach dem kantonalen Recht. Art. 81 des kantonalen Raumplanungsgesetzes (KRG) enthält einen erweiterten Bestandesschutz, wenn dadurch die Abweichung von den geltenden Vorschriften nicht verstärkt wird und keine überwiegenden öffentlichen oder nachbarlichen Interesse entgegenstehen.*

3.4. Auflagen

98 Im Rahmen der Interessenabwägung kann sich mitunter die Frage stellen, ob sich gewisse Schutzziele der gesetzlichen Bestimmungen auch mit Auflagen erreichen lassen. Zumindest in einem Fall (Rüschlikon II) hat das Bundesgericht diese ausdrücklich bejaht.[157] Laut Bundesgericht war es der kantonalen Bewilligungsbehörde in erster Linie darum gegangen, «eine lockere Überbauung der ersten Bautiefe sicher zu stellen, um zwischen den Bauten Ufervegetation zu erhalten und eine Querverzahnung des Uferbereichs mit dem Hinterland zu erreichen». Hinzu kam das Interesse, das Seeufer für die Öffentlichkeit zugänglich zu machen. Wie das Bundesgericht ausführte, sei es für diese Zwecke nicht nötig, das Bauen im Gewässerraum vollständig zu verbieten. *«Den genannten Anliegen kann mit Auflagen und Bedingungen Rechnung getragen werden, indem die Ausnahmebewilligung nur für landschaftsverträgliche Bauvorhaben gewährt wird, mit Auflagen zur Sicherstellung des Zugangs der Öffentlichkeit und einer naturnahen Bepflanzung.»*[158] Auch das Verwaltungsgericht Zürich führte in einem Entscheid aus, dass Bauvorhaben vom Gewässerraum nicht von vornherein im Anwendungsbereich des Art. 41c abs. 1 GSchV ausgenommen seien, selbst wenn sie aus Gründen des Hochwasserschutzes besondere Auflagen erfordern. Nötig sei jedoch eine Einzelfallabwägung unter Berücksichtigung der verschiedenen Interessen und der Prüfung von verschiedenen Lösungen.[159]

99 Aufgrund dieser Ausführungen ist davon auszugehen, dass die Anwendung von Auflagen und Bedingungen auch im Bereich des Gewässerraums durchaus zulässig und geboten ist (wie im übrigen Verwaltungs- und speziell im

---

[156] Dies ist ohnehin nur möglich, soweit das kommunale Recht dies zulässt.
[157] BGE 140 II 437 (Rüschlikon II) E. 6.3.
[158] BGE 140 II 437 (Rüschlikon II) E. 6.3.
[159] Verwaltungsgericht Zürich VB.2014.00073 E. 3.3 und 3.5.

Baurecht). Wenn sich die Schutzziele mit Auflagen und Bedingungen erreichen lassen, kann es mitunter angezeigt sein, von einem Bauverbot abzusehen und die Schutzziele mit Nebenbestimmungen sicherzustellen. Dabei unterliegt der Erlass von Auflagen und Bedingungen (Nebenbestimmungen) den allgemeinen verwaltungsrechtlichen Regeln. Sie sind grundsätzlich nur dann zulässig, wenn sie sich auf eine gesetzliche Grundlage stützen, einem öffentlichen Interesses entsprechen, in einem hinreichend engen Sachzusammenhang zum anzuordnenden Entscheid stehen und verhältnismässig sind.[160] Wie die Gerichtspraxis immer wieder festgehalten hat, bedarf es jedoch keiner expliziten gesetzlichen Grundlage für Auflagen und Bedingungen; es genügt, wenn sich die Anordnung der Nebenbestimmung aus Sinn und Zweck des Gesetzes ergibt.[161] Soweit sich also die Nebenbestimmungen an den Schutzzielen der GSchV halten, im öffentlichen Interesse stehen und verhältnismässig sind, ist deren Anwendung durchaus zulässig bzw. gelegentlich sogar geboten.[162]

100 ***Ergebnis:*** *Soweit sich die mit den Schutzzielen der Gewässerschutzverordnung anvisierten Schutzziele mit Auflagen und Bedingungen erreichen lassen, ist deren Anwendung zulässig und unter Umständen geboten. Dabei hat sich der Erlass von Bedingungen und Auflagen nach den allgemeinen verwaltungsrechtlichen Regeln zu richten.*

---

[160] WIEDERKEHR / RICHLI, Praxis, Band I, Rz. 2526 m.w.H.

[161] WIEDERKEHR / RICHLI, Praxis, Band I, Rz. 2528 m.w.H.

[162] In der Praxis dürften vor allem Beseitigungsrevers und Auflagen zur Anwendung kommen, welche eine bestimmte Überbauung, Nutzung bzw. Bewirtschaftung vorschreiben.

III. Zusammenfassung der Ergebnisse

101 *Die Möglichkeit zur Reduktion der Gewässerraumbreite bei «dicht überbauten Gebieten» besteht nur in sehr eingeschränktem Masse. Der Reduktionstatbestand beschränkt sich im Wesentlichen auf städtische Zentren oder Dorfkerne, die einen hohen Überbauungsgrad aufweisen. Nicht als «dicht überbaut» gelten demgegenüber in aller Regel randlich oder peripher gelegene Gebiete die ans Gewässer angrenzen.*

102 *Das Bundesgericht wendet bei der Beurteilung von «dicht überbauten Gebieten» einen strengen Massstab an. Die höchstrichterliche Auslegung des unbestimmten Rechtsbegriffs «dicht überbautes Gebiet» schränkt die kantonalen Spielräume zunehmend ein.*

103 *Der Verzicht auf eine Festlegung des Gewässerraums setzt eine Interessenabwägung voraus, was dem Kanton einen Ermessensspielraum gewährt. Wichtig ist, dass der Entscheid über den Verzicht materiell begründet wird und in einem formellen Verfahren erfolgt. Idealerweise ist der Verzichtsentscheid in den Planungsprozess zu integrieren.*

104 *Zwischen der Nicht-Vornahme und dem Verzicht auf eine Festlegung des Gewässerraums bestehen gewichtige Unterschiede in den Rechtsfolgen. Im ersten Fall gilt innerhalb des Uferstreifens vorbehältlich weniger Ausnahmen ein Bauverbot. Im zweiten Fall werden diese Einschränkungen wieder aufgehoben.*

105 *Unter dem Begriff der Anlagen im Sinne von Art. 41c GSchV fallen die Bauten und Anlagen im Sinne von Art. 22 RPG.*

106 *Standortgebunden im Sinne von Art. 41c GSchV sind Bauten und Anlagen, deren Zweck einen Standort ausserhalb der Bauzone erfordern; es kann hier auf die entsprechende bundesgerichtliche Rechtsprechung zur positiven (insbesondere zur relativen) und negativen Standortgebundenheit zurückgegriffen werden. Darüber hinaus ist die Standortgebundenheit gemäss dieser Bestimmung aber auch dann zu bejahen, wenn die Baute oder Anlage aufgrund der standörtlichen Verhältnisse nicht ausserhalb des Gewässerraums angelegt werden kann.*

107 *Ob ein öffentliches Interesse gegeben ist, richtet sich in erster Linie nach den Planungsgrundsätzen (Art. 3 RPG) und den Zielen der Raumplanung (Art. 1 RPG).*

108 *Die bisher ergangenen Gerichtsurteile zu Ausnahmebewilligungen für zonenkonforme Anlagen in dicht überbauten Gebieten innerhalb des Gewässerraums zeigen, dass die Gerichtspraxis noch nicht gefestigt ist. Nach unserem Dafürhalten macht es Sinn, bei der Prüfung entsprechender Gesuche wie folgt vorzugehen: Die Zonenkonformität der Anlage vorausgesetzt, ist zunächst zu prüfen, ob ein dicht überbautes Gebiet zu bejahen ist. Ist dies der Fall, ist in einem nächsten Schritt die Standortgebundenheit zu untersuchen und schliesslich ist die Interessenabwägung vorzunehmen. Dabei sind unter Umständen auch Varianten zu klären und künftigen Renaturierungsvorhaben Rechnung zu tragen.*

109 *Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung gilt ausserhalb der Bauzonen ein erweiterter Bestandesschutz, welcher neben Unterhalts- und Erneuerungsarbeiten auch teilweise Änderungen, massvolle Erweiterungen und einen Wiederaufbau zulässt.*

110 *Der Bestandesschutz innerhalb der Bauzone richtet sich nach dem kantonalen Recht. Art. 81 des kantonalen Raumplanungsgesetzes (KRG) enthält einen erweiterten Bestandesschutz, wenn dadurch die Abweichung von den geltenden Vorschriften nicht verstärkt wird und keine überwiegenden öffentlichen oder nachbarlichen Interesse entgegenstehen.*

111 *Soweit sich die mit den Schutzzielen der Gewässerschutzverordnung anvisierten Schutzziele mit Auflagen und Bedingungen erreichen lassen, ist deren Anwendung zulässig und unter Umständen geboten. Dabei hat sich der Erlass von Bedingungen und Auflagen nach den allgemeinen verwaltungsrechtlichen Regeln zu richten.*

Dr. iur. Gieri Caviezel

Lic. iur. Michelangelo Giovannini

IV. ANHANG

Zusammenfassung der Erkenntnisse aus der Begutachtung der Praxisbeispiele.