

## **AG\_GERICHTE AGVE 2018 16 vom 3. März 2018**

AG Gerichte, 2018-03-03, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ag\\_gerichte\\_AGVE\\_2018\\_16](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ag_gerichte_AGVE_2018_16)

FR: AG\_GERICHTE AGVE 2018 16 du 3 mars 2018

IT: AG\_GERICHTE AGVE 2018 16 del 3 marzo 2018

### **Regeste**

16 Art. 36a GSchG; Art. 41a und b sowie ÜbgBest GSchV§ 29b (neu)

### **Volltext**

Aargau Obergericht Verwaltungsgericht 03.03.2018 AGVE 2018 16

16 Art. 36a GSchG; Art. 41a und b sowie ÜbgBest GSchV§ 29b (neu)

AGVE 2018 - Band 16 2018 Obergericht, Abteilung Verwaltungsgericht 190 16 Art. 36a GSchG; Art. 41a und b sowie ÜbgBest GSchV Der Gewässerraum nach Art. 36a GSchG und Art. 41a und b GSchV ist in einem raumplanerischen Verfahren festzulegen, das eine Würdigung der konkreten Verhältnisse und eine umfassende Interessenabwägung unter Einbezug aller interessierten Kreise, insbesondere auch der betroffenen Grundeigentümer, erlaubt. Denselben Anforderungen unterliegt der Verzicht auf die Festlegung von Gewässerraum (für künstlich angelegte Gewässer). Eine generell-abstrakte Bezeichnung von Gewässerraum oder ein generell-abstrakter Verzicht auf solchen wird diesen Anforderungen nicht gerecht; ebenso wenig eine kantonale Fachplanung, der keine Abklärung der konkreten Verhältnisse und eine umfassende Interessenabwägung vorangegangen ist. Eine auf Stufe der Nutzungsplanung erlassene kommunale Abstandsvorschrift gegenüber einer Gewässerparzelle, mit welcher die in Art. 41a GSchV für den Gewässerraum von Fließgewässern vorgesehenen Mindestmasse unterschritten werden, ohne dass die einem Verzicht auf die Ausscheidung von Gewässerraum entgegenstehenden (ökologischen) Interessen genügend geprüft und gewürdigt wurden, ist bundesrechtswidrig und muss aufgehoben werden. 2018 Bau-, Raumentwicklungs- und Umweltschutzrecht 191 Aus dem Entscheid des Verwaltungsgerichts, 3. Kammer, vom 1. März 2018, in Sachen A. und B. gegen Einwohnergemeinde C. und Regierungsrat (WBE.2017.224). Sachverhalt (Zusammenfassung) A. Vom 19. Januar 2015 bis 17. Februar 2015 legte der Gemeinderat C. die Teiländerung 2013 der Bau- und Nutzungsordnung (BNO) und des Zonenplans auf. Die Teiländerung der BNO bezweckt in erster Linie die Anpassung der Begriffe und Messweisen an die interkantonale Vereinbarung über die Harmonisierung der Baubegriffe (IVHB). Daneben wird u.a. für den S.-Bach eine kommunale Abstandsregelung vorgesehen, die den folgenden Wortlaut aufweist: § 29b (neu) Gegenüber der S.-Bachparzelle sind mindestens die zonengemässen Grenzabstände - und nicht die Gewässerabstände - einzuhalten. Der Gemeinderat legt die Abstände anhand des Naturwertes der Ufer und der situationsgerechten Einpassung der Bauten in die Quartierstruktur fest. B. Namentlich gegen diese Bestimmung erhoben A. und B. zunächst eine Einwendung, die vom Gemeinderat C. am 13. April 2015 abgewiesen wurde, und alsdann - nach Annahme durch die Gemeindeversammlung C. am 18. Juni 2015, Ablauf der Referendumsfrist und Publikation der Teilrevision der BNO im kantonalen Amtsblatt vom 14. August 2015 - Beschwerde beim Regierungsrat. Dieser wies die Beschwerde am 22.

März 2017 ab und genehmigte die angefochtene Bestimmung. Gegen den Genehmigungsentscheid erhoben A. und B. Beschwerde beim Verwaltungsgericht und verlangten dessen Aufhebung. 2018 Obergericht, Abteilung Verwaltungsgericht 192 Aus den Erwägungen 1. Streitgegenstand des vorliegenden Verfahrens bildet die Vereinbarkeit des von der Einwohnergemeindeversammlung C. am 18. Juni 2015 beschlossenen und von der Vorinstanz am 22. April 2017 genehmigten § 29b nBNO mit höherrangigem Recht. (...)

2. 2.1. Gemäss Art. 36a GSchG legen die Kantone nach Anhörung der betroffenen Kreise den Raumbedarf der oberirdischen Gewässer (Gewässerraum) fest, der für die Gewährleistung folgender Funktionen erforderlich ist: (a) die natürlichen Funktionen der Gewässer; (b) den Schutz vor Hochwasser; (c) die Gewässernutzung (Abs. 1). Der Bundesrat regelt (in der GSchV) die Einzelheiten (Abs. 2). Die Kantone sorgen dafür, dass der Gewässerraum bei der Richt- und Nutzungsplanung berücksichtigt sowie extensiv gestaltet und bewirtschaftet wird (Abs. 3 Satz 1). In Gebieten ausserhalb von Biotopen von nationaler Bedeutung, kantonalen Naturschutzgebieten, Moorlandschaften von besonderer Schönheit und nationaler Bedeutung, Wasser- und Zugvogelreservaten von internationaler und nationaler Bedeutung sowie Landschaften von nationaler Bedeutung und kantonalen Landschaftsschutzgebieten im Sinne von Art. 41a Abs. 1 GSchV muss die Breite des Gewässerraums mindestens betragen: (a) für Fliessgewässer mit einer Gerinnesohle von weniger als 2 m natürlicher Breite 11 m; (b) für Fliessgewässer mit einer Gerinnesohle von 2-15 m natürlicher Breite die 2,5-fache Breite der Gerinnesohle plus 7 m (Art. 41a Abs. 2 GSchV). Die nach den Absätzen 1 und 2 berechnete Breite des Gewässerraums muss erhöht werden, soweit dies erforderlich ist zur Gewährleistung: (a) des Schutzes vor Hochwasser; (b) des für eine Revitalisierung erforderlichen Raums; (c) der Schutzziele von Objekten nach Absatz 1 sowie anderer überwiegender Interessen des Natur- und Landschaftsschutzes; (d) einer Gewässernutzung 2018 Bau-, Raumentwicklungs- und Umweltschutzrecht 193 (Art. 41a Abs. 3 GSchV). Soweit der Hochwasserschutz gewährleistet ist, kann die Breite des Gewässerraums den baulichen Gegebenheiten in dicht überbauten Gebieten angepasst werden (Art. 41a Abs. 4 lit. a GSchV). Auf die Festlegung des Gewässerraums kann verzichtet werden, wenn das Gewässer künstlich angelegt ist, soweit keine überwiegenden Interessen entgegenstehen (Art. 41a Abs. 5 lit. c GSchV). Im Gewässerraum dürfen nach Art. 41c Abs. 1 GSchV vorbehaltlich der dort genannten Ausnahmen nur standortgebundene, im öffentlichen Interesse liegende Anlagen wie Fuss- und Wanderwege, Flusskraftwerke oder Brücken erstellt werden. Die Kantone legen den Gewässerraum gemäss den Art. 41a und 41b GSchV bis zum 31. Dezember 2018 fest. Solange sie den Gewässerraum nicht festgelegt haben, gelten die Vorschriften für Anlagen nach Art. 41c Absätze 1 und 2 GSchV entlang von Gewässern auf einem beidseitigem Streifen mit einer Breite von je: (a) 8 m plus die Breite der bestehenden Gerinnesohle bei Fliessgewässern mit einer Gerinnesohle bis 12 m Breite; (b) 20 m bei Fliessgewässern mit einer bestehenden Gerinnesohle von mehr als 12 m Breite; (c) 20 m bei stehenden Gewässern mit einer Wasserfläche von mehr als 0,5 ha

(Übergangsbestimmungen zur Änderung [der GSchV] vom 4. Mai 2011 [ÜbgBest GSchV], Abs. 1 und 2). Die beidseitigen, gleich breiten Uferstreifen unterscheiden sich insofern vom Gewässerraum gemäss Art. 41a GSchV, als letzterer ein Korridor ist, in dem das Gewässer nicht in der Mitte fliessen muss (Erläuternder Bericht des Bundesamts für Umwelt [BAFU] vom 20. April 2011 zu A. Parlamentarische Initiative Schutz und Nutzung der Gewässer [07.492] - Änderung der Gewässerschutz-, Wasserbau-, Energie- und Fischereiverordnung, B. Versickerung von Abwasser - Änderung der Gewässerschutzverordnung,

C. Anpassung der Fischnahmen - Änderung der Fischereiverordnung [nachfolgend: Erläuternder Bericht BAFU], S. 10 und 30; CHRISTOPH FRITSCH, in: PETER HETTICH/LUC JANSEN/ROLAND NORER [HRSG.], Kommentar zum Gewässerschutzgesetz und zum Wasserbaugesetz, Zürich/Basel/Genf 2016, Art. 36a GSchG N 70). 2018 Obergericht, Abteilung Verwaltungsgericht 194 2.2. Die Vorinstanz ist der Auffassung, der Kanton Aargau habe den Gewässerraum gemäss den Art. 41a und 41b GSchV festgelegt. Damit bleibe kein Raum für eine Anwendung der ÜbgBest GSchV. (...) 2.3. 2.3.1. Vorab ist der Vorinstanz darin beizupflichten, dass die Kantone bezüglich des Instrumentariums für die Festlegung des Gewässerraums einen Spielraum erhalten haben (vgl. HANS W. STUTZ, Uferstreifen und Gewässerraum - Umsetzung durch die Kantone, in: URP 2012, S. 90 ff., S. 116). Ob dieser Spielraum darin begründet liegt, dass der Bund in diesem Bereich allenfalls nur über eine Grundsatzgesetzgebungskompetenz gemäss Art. 76 Abs. 2 BV verfügt (a.M. FRITSCH, a.a.O., vor Art. 36a-44 GSchG N 16, wonach Art. 36a GSchG seine Verfassungsgrundlage in Art. 76 Abs. 3 BV habe), kann dahingestellt bleiben. Ähnlich wie in anderen Umweltbereichen kann die Festlegung des Gewässerraums mittels einer kantonalen Fachplanung erfolgen. Damit ist eine kantonsweit einheitliche Festlegung des Gewässerraums gewährleistet. Insbesondere ergeben sich an den Gemeindegrenzen keine Abstimmungsschwierigkeiten. Aufgrund von Art. 36a Abs. 3 GSchG ist der so festgelegte Gewässerraum für die Richt- und Nutzungsplanung, im Baubewilligungsverfahren und bei den übrigen raumwirksamen Tätigkeiten der kantonalen und kommunalen Behörden verbindlich. Auch eine direkte Bestimmung des Gewässerraums in der kommunalen Nutzungsplanung ist möglich. Der Gewässerraum kann ferner mit einem kantonalen Nutzungsplan festgelegt werden. Denkbar ist sodann ein Zusammenwirken von Kanton und Gemeinden, indem etwa der Kanton Richtlinien für die Festlegung des Gewässerraums erlässt, die von den Gemeinden in der Nutzungsplanung umgesetzt werden müssen (STUTZ, a.a.O., S. 116 f.; BGE 139 II 470, Erw. 4.3). Es ist nicht anzunehmen, dass das BAFU den dargelegten Spielraum mit seinen Ausführungen im Erläuternden Bericht vom 20. April 2011, wonach die Kantone den Gewässerraum in einer Gewässerraumkarte festlegen (die bei der Richt- und Nutzungsplanung berücksichtigt wird) (a.a.O., S. 13), auf ein bestimmtes Planungsinstrument eingrenzen wollte. Im von der Bau-, Planungs- und Umweltdirektoren-Konferenz (BPUK), der Konferenz der Landwirtschaftsämter der Schweiz (KOLAS), dem BAFU, dem Bundesamt für Landwirtschaft (BLW) und dem Bundesamt für Raumentwicklung (ARE) erarbeiteten, von der BPUK-Hauptversammlung am 20. September 2012 genehmigten Synthesebericht (nachfolgend: Synthesebericht) heisst es jedenfalls, die definitive Festlegung der Gewässerräume könne über behördenverbindliche Planungen wie Gewässerrauminventare oder -karten geschehen, sofern die Grenzen des Gewässerraums darin klar ersichtlich sind und als Nutzungseinschränkungen angewendet werden können (a.a.O., S. 3). So oder so ist die Sicherung des Gewässerraums nach den Intentionen des Bundesgesetzgebers in einem raumplanerischen Verfahren zu vollziehen, das einerseits die konkreten Verhältnisse würdigt und andererseits - im Dienste einer umfassenden Interessenabwägung (vgl. Erw. 2.3.3 hinten) - die Anhörung und Mitwirkung der betroffenen Kreise, insbesondere auch der Grundeigentümer und Grundstücksbenutzer, gewährleistet (vgl. dazu schon den VGE vom 21. Juni 2017 [WBE.2016.451/452], Erw. II/3.2.2; VGE vom 27. September 2012 [WNO.2012.2], Erw. II/4.4.1, S. 12 f. mit Hinweisen). In der gegenwärtigen Ausgestaltung trifft dies aus Sicht des Verwaltungsgerichts am ehesten auf die kommunale

Nutzungsplanung zu. Ein entsprechender Ausbau der kantonalen Fachplanung könnte zu gewissen Doppelspurigkeiten führen. Eine rein generell-abstrakte Festlegung des Gewässerraums ist demgegenüber unzulässig. Die Art. 41a und 41b GSchV erheischen zwingend die Berücksichtigung von Kriterien, die eine Betrachtung der konkreten Situation erfordern. Eine flächendeckend einheitliche Regelung, wie sie die vom kantonalen Recht abzulösende ÜbgBest GSchV vorsehen, würde dem Sinn und Zweck des Bundesrechts nicht entsprechen. Mit einer generell-abstrakten Regelung liesse sich auch kein befriedigendes Gesamtergebnis erzielen, das die konkreten Bedürfnisse (pro Gewässerabschnitt) und alle berechtigten Interessen angemessen berücksichtigt (FRITSCHÉ, a.a.O., Art. 36a GSchG N 34; STUTZ, a.a.O., S. 117 f.). Wie viel Raum für den Hochwasserschutz, 2018 Obergericht, Abteilung Verwaltungsgericht 196 die Ökologie oder die Gewässernutzung benötigt wird, ist von Fall zu Fall verschieden. Dasselbe gilt für die baulichen Gegebenheiten und die planerisch gewünschte Siedlungsentwicklung, die sich von Ort zu Ort unterschiedlich gestaltet (JEANETTE KEHRLI, Gewässerraum festlegen - Worauf die Kantone in Recht und Praxis achten müssen, in: Raum & Umwelt, VLP-ASPAN, November 4/17, S. 24). Dem ist bereits bei der Festlegung der Gewässerräume Rechnung zu tragen. Vor diesem Hintergrund bildet die in § 127 Abs. 1 BauG verankerte, von der Vorinstanz beschriebene Definition des Gewässerraums einzig anhand der Gewässerbreite bzw. Gewässerfläche keine den Anforderungen von Art. 41a und 41b GSchV gerecht werdende Gewässerraumfestlegung.

2.3.2. Unter Verweis auf die Entstehungsgeschichte von Art. 36a GSchG und dessen Wortlaut, der sich praktisch vollständig mit der bis zum 1. Juni 2011 in Kraft stehenden Fassung von Art. 21 Abs. 2 und 3 der Verordnung über den Wasserbau vom 2. November 1994 (Wasserbauverordnung, WBV; SR 721.100.1) deckt, hält die Vorinstanz fest, das zweistufige Prozedere mit der in Art. 36a Abs. 1 GSchG normierten Festlegung der Gewässerräume (erster Schritt) und deren späteren Ausscheidung in der (kommunalen) Nutzungsplanung gemäss Art. 36a Abs. 3 GSchG (zweiter Schritt) sei im Gesetz selber angelegt. In der Rechtsprechung und Lehre würden die beiden Stufen zum Teil nicht sauber auseinandergelassen und die Begrifflichkeiten miteinander vermengt. Die Kantone seien nicht verpflichtet, bei der Gewässerraumfestlegung für alle Gewässer Einzelfalllösungen zu treffen. Auf Stufe der Nutzungsplanung könne der in § 127 BauG und der Fachkarte festgelegte Gewässerraum den konkreten Verhältnissen in einem gewissen Ausmass noch angepasst werden. Dort könnten sich auch alle Betroffenen einbringen, mit Rechtsmitteln dagegen zur Wehr setzen und es habe eine umfassende Interessenabwägung in Kenntnis aller Argumente der Betroffenen stattzufinden. Dies im Gegensatz zur Festlegung des Gewässerraums gemäss Art. 36a Abs. 1 GSchG, die auch ohne Rechtsmittelverfahren erfolgen könne. Es seien lediglich die betroffenen Kreise anzuhören, was formlos geschehen könne. Vor Erlass von § 127 BauG seien alle 2018 Bau-, Raumentwicklungs- und Umweltschutzrecht interessierten Kreise (Bauernverband, Umweltverbände, Gewerbeverband, Hauseigentümerverband, Ortsbürgergemeindeverband usw.) angehört worden, wobei die Basis und die Berechnungsweise für die Gewässerraumkarte bekannt gewesen seien. Die Gewässerraumkarte sei zwar nicht direkt grundeigentümerverbindlich, müsse aber von den Baupolizeibehörden bei allen raumwirksamen Tätigkeiten, insbesondere bei der Erteilung von Baubewilligungen, berücksichtigt werden. Dadurch sei der Rechtsschutz gewährleistet. (...) Die sich aus Art. 36a Abs. 3 GSchG ergebende Pflicht, den notwendigen Gewässerraum in der Richt- und Nutzungsplanung zu berücksichtigen, sei ohnehin eine permanente Aufgabe, die mit dem erstmaligen Ausscheiden der Gewässerräume in der

Nutzungsplanung nicht an Aktualität einbüsse. Mit Bezug auf Einzelprojekte könne sich später durchaus Anpassungsbedarf ergeben. Deswegen rechtfertige es sich jedoch nicht, auf Vorrat Gewässerraum auszuscheiden, mit allen damit verbundenen Einschränkungen für die Bewirtschaftung. Die ÜbgBest GSchV stellten namentlich ohne eine zeitliche Limitierung, wie sie etwa für Planungszonen gemäss Art. 27 RPG gelte, einen schweren Eingriff in die Eigentumsfreiheit dar, vor allem in der nicht dicht überbauten Bauzone, wo ein Gewässer eingedolt, künstlich angelegt oder sehr klein sei und daher im Normalfall keinen Gewässerraum benötige. Ein derartiger Eingriff müsste seine Grundlage in einem formellen Gesetz haben. Spätestens seit dem 1. Juni 2016 (fünf Jahre nach Inkrafttreten) seien die ÜbgBest GSchV nicht mehr verfassungskonform, was das Verwaltungsgericht im Rahmen einer inzidenten Normenkontrolle festzustellen habe, falls es zum Schluss gelange, dass die ÜbgBest GSchV im Kanton Aargau nach wie vor anwendbar seien.

### 2.3.3. Diese rechtsstaatlichen Bedenken der Vorinstanz können nicht geteilt werden.

Art. 36a GSchG und die ausführenden Bestimmungen in der GSchV dienen wichtigen öffentlichen Anliegen (Gewährleistung der natürlichen Funktion der Gewässer, Schutz vor Hochwasser und Gewässernutzung). Mit den ÜbgBest GSchV soll sichergestellt werden, dass im Gewässerraum keine unerwünschten neuen Anlagen mehr errichtet werden, welche diese Anliegen durchkreuzen 2018 Obergericht, Abteilung Verwaltungsgericht 198 (BGE 139 II 470, Erw. 4.2; FRITSCHÉ, a.a.O., Art. 36a GSchG N 73). Dabei muss man sich auch vor Augen halten, dass die Kantone aufgrund der von der Vorinstanz selber ins Spiel gebrachten WBV (Art. 21 Abs. 2 und 3) schon seit 1999 verpflichtet sind, einen ausreichenden Gewässerraum für Gewässer festzulegen. Die fachlichen Anliegen hinter diesem Bundesauftrag sind seit langem bekannt (KEHRLI, a.a.O., S. 5). Würde die ÜbgBest GSchV aufgrund der Säumnis eines Kantons im Bereich der Gewässerraumfestlegung wesentlich länger als bis zum 31. Dezember 2018 gelten, wäre allenfalls eine Entschädigungspflicht aus materieller Enteignung näher zu prüfen (FRITSCHÉ, a.a.O., Art. 36a GSchG N 166). Solange jedoch Planungszonen, Bausperren und dergleichen vorübergehender Natur sind und nicht mehr als maximal zehn Jahre dauern, begründen sie nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung grundsätzlich keinen Anspruch aus materieller Enteignung (BGE 123 II 481, Erw. 9; BGE 109 Ib 20, Erw. 4a; Urteil des Bundesgerichts vom 14. März 2008 [1C\_317/2007], Erw. 2). Ein schwerer Eingriff in die Eigentumsgarantie, für den eine (kompetenzgemäss erlassene) Verordnung als Rechtsgrundlage nicht genügt, wird vom Bundesgericht in der Regel erst angenommen, wenn Grundeigentum zwangsweise entzogen oder der bisherige oder künftig mögliche bestimmungsgemässe Gebrauch des Grundstücks (auf Dauer) verunmöglicht oder stark erschwert wird (ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Auflage, Zürich/St. Gallen 2016, Rz. 2344 mit Hinweisen). Zutreffend ist aber, dass die Kantone ein evidentes Interesse daran haben, den Gewässerraum zwecks Ablösung der ÜbgBest GSchV möglichst rasch festzulegen (FRITSCHÉ, a.a.O., Art. 36a GSchG N 69; KEHRLI, a.a.O., S. 9; Synthesebericht, S. 7). In diesem Sinne wurde den Kantonen von den involvierten Bundesämtern zugestanden, dass der Gewässerraum als hinreichend festgelegt gilt und die ÜbgBest GSchV nicht mehr gelten, sobald der Gewässerraum samt genauem Grenzverlauf in behördenverbindlichen Planungen wie Gewässerrauminventaren oder -karten ausgewiesen wird (Synthesebericht, S. 3 und 7). Nichtsdestotrotz kennt das Bundesrecht prozessuale Vorgaben, die vom kantonalen Recht respektiert werden müssen. 2018 Bau-, Raumentwicklungs- und Umweltschutzrecht 199 Dazu gehört das in Art. 36a Abs. 1 GSchG statuierte Anhörungsrecht der betroffenen

Kreise . Dieses Anhörungsrecht ist als eine Art Ver- nehmlassungsverfahren zu verstehen, das zwar relativ formlos ausge- stellt werden kann und den Betroffenen keine Rechtsmittelmöglich- keit bietet. Das bedeutet allerdings nicht, dass nur Verbände anzuhö- ren wären. Der Einbezug der betroffenen Kreise ermöglicht die not- wendige Breite der Interessenabwägung und bildet damit eine wichti- ge Grundlage für den sachgerechten Planungsentscheid. Daher ist der Kreis der einzubeziehenden Personen nicht zu eng zu ziehen, son- dern sind in der Regel nicht nur die Grundeigentümer, sondern auch Mieter, Pächter (Bewirtschafter) und die betroffenen Gemeinden an- zuhören (FRITSCHKE, a.a.O., Art. 36a GSchG N 28 f.). Auf diese Weise besteht eher Gewähr dafür, dass der Kanton nicht an den Inte- ressen der Betroffenen vorbeiplant und seine Planung in den Nut- zungsplanungen im grossen Stil überarbeitet werden muss. Daraus ergibt sich, dass die umfassende Interessenabwägung nicht - wie von der Vorinstanz propagiert - auf die der Gewässer- raumplanung des Kantons nachfolgende Stufe der kommunalen Nut- zungsplanung mit der definitiven, direkt grundeigentümerverbind- lichen Ausscheidung der Gewässerräume verlagert werden kann, die Ablösung der ÜbgBest GSchV jedoch bereits zu einem früheren Zeitpunkt erfolgt. Dies gilt namentlich dort, wo das Bundesrecht für die Festlegung von Gewässerraum oder den Verzicht darauf explizit an eine Interessenabwägung anknüpft. Das ist beispielsweise bei Art. 41a Abs. 5 lit. c GSchV der Fall, wonach bei künstlich angeleg- ten Gewässern auf die Festlegung des Gewässerraums verzichtet werden kann, soweit keine überwiegenden Interessen entgegenste- hen. Das lässt sich letztlich nur anhand einer umfassenden Interes- senabwägung beurteilen. Wird diese nicht schon vom Kanton beim Verzicht auf die Festlegung von Gewässerraum durch entsprechende Kennzeichnung des künstlich angelegten Gewässers in der Gewäs- serraumkarte vorgenommen, kann das Verfahren zur Gewässerraum- festlegung in diesem Zeitpunkt nicht als vollendet betrachtet werden; die ÜbgBest GSchV zur Sicherung des Gewässerraums bleiben daher anwendbar. Die gegenteilige Annahme würde dazu führen, dass für alle künstlich angelegten Gewässer mit (vorläufigem) Verzicht des 2018 Obergericht, Abteilung Verwaltungsgericht 200 Kantons auf die Festlegung eines Gewässerraums (in der Gewässer- raumkarte) kein Gewässerraum mehr gesichert ist, bevor überhaupt genügend ergründet wurde, ob es im Einzelfall und unter Würdigung der konkreten Verhältnisse nicht doch überwiegende Interessen gibt, welche die Festlegung von Gewässerraum (wenigstens abschnitts- weise) erfordern. Die Nutzungsplanung der Gemeinden, in deren Rahmen allenfalls Bedarf nach einem Gewässerraum für ein künst- lich angelegtes Gewässer erkannt würde, käme dann unter Umstän- den zu spät. Durch die Bewilligung von Bauten im Gewässerraum, die sich in dieser Konstellation nicht unter Hinweis auf die kantonale Planung bzw. die Gewässerraumkarte verhindern liessen, könnten bereits Fakten geschaffen worden sein, die mit den Schutzzielen der Gewässerraumvorschriften nicht zu vereinbaren sind. Demgemäss braucht es für einen gültigen, die ÜbgBest GSchV ablösenden Verzicht auf die Festlegung von Gewässerraum in An- wendung von Art. 41a Abs. 5 lit. c GSchV eine umfassende Interes- senabwägung (vgl. auch KEHRLI, a.a.O., S. 18), sei dies auf Stufe der Fachplanung des Kantons - (vorerst) ohne Rechtsmittelmöglichkeit - oder der anschliessenden Nutzungsplanung der Gemeinden, in deren Rahmen die (vorstrukturierte) Interessenabwägung (des Kantons) ab- geschlossen und im Rechtsmittelverfahren überprüft werden kann. Das bedeutet, dass die verschiedenen öffentlichen und privaten Inte- ressen, die für oder gegen die Festlegung oder Ausscheidung von Ge- wässerraum für ein künstlich angelegtes Gewässer sprechen, sorgfäl- tig gegeneinander abgewogen werden müssen. Überwiegende Inte- ressen, die eine

Festlegung des Gewässerraums bei künstlich angelegten Gewässern notwendig machen, sind auch hier insbesondere Interessen des Hochwasserschutzes sowie die allenfalls vorhandene ökologische Bedeutung des Gewässers. Bei künstlich angelegten Gewässern, die eine ökologische Bedeutung haben (z.B. Binnenkanäle entlang kanalisierter Flüsse wie dem Alpenrhein, Gewässer, die eine Bedeutung als Lebensraum oder für die Vernetzung von Lebensräumen haben), ist ein Gewässerraum auszuschneiden (Erläuternder Bericht BAFU, S. 13). 2018 Bau-, Raumentwicklungs- und Umweltschutzrecht 201 2.3.4. 2.3.4.1. In Erw. 6.8 f. des Beschwerdeentscheids führt die Vorinstanz aus, die Kennzeichnung der künstlich angelegten Gewässer in der Gewässerraumkarte als solche ohne besondere ökologische Bedeutung beruhe auf einer Einzelfallbeurteilung für jedes betroffene Gewässer. Die ersten Weichen seien schon im Gesetzgebungsverfahren (zu § 127 BauG) gestellt worden. Dort seien die vorhandenen Interessen ermittelt und mithilfe ausgewiesener Massstäbe beurteilt worden. Am 16. März 2016 habe der Regierungsrat die Gewässerraumkarte beschlossen. Die vom Regierungsrat vorgenommene Interessenabwägung habe dazu geführt, den S.-Bach in der Gewässerraumkarte als Fliessgewässer im Sinne von § 127 Abs. 1bis lit. a BauG (künstlich angelegt und ohne besondere ökologische Bedeutung) zu klassieren. Er habe sich insbesondere von den Überlegungen des BVU (Abteilung für Baubewilligungen) leiten lassen, das am 17. Juli 2015 für ein Bauvorhaben am S.-Bach die Zustimmung erteilt habe. Die erwähnten Überlegungen des BVU werden auf S. 16 f. des Beschwerdeentscheids wiedergegeben. Zu den öffentlichen Interessen, die einem Verzicht auf die Festlegung von Gewässerraum für den S.-Bach entgegenstehen könnten, heisst es dort: Beim S.-Bach D. ist die Hochwassergefährdung kein Thema, da die Wassermenge beim Bachabschlag reguliert wird. Es ist definiert, wie viel Wasser im Maximum dem S.-Bach zugeführt werden kann, so dass keine Hochwassergefährdung entstehen kann. Dem S.-Bach D. wird aus Sicht des Kantons nur eine geringe ökologische Bedeutung zugewiesen, da der Bach auf weiten Strecken hart verbaut ist und es nie eine durchgehende Vernetzung bis zur Mündung geben wird. Es ist klar, dass der S.-Bach im Siedlungsgebiet eine Vernetzungssachse darstellt und abschnittsweise einem im dicht besiedelten Raum wichtigen Lebensraum darstellt, der punktuell auch ökologisch aufgewertet wurde. Aufgrund seiner Entstehung und im Vergleich zu natürlichen Gewässern hat der S.-Bach jedoch eine zu kleine ökologische Bedeutung, als dass wegen dieser eine Festlegung eines Gewässerraums verlangt würde. 2018 Obergericht, Abteilung Verwaltungsgericht 202 In der Botschaft Nr. 15.18 des Regierungsrats an den Grossen Rat zur Änderung des BauG, Teilrevision Umsetzung des Gewässerraums gemäss Bundesrecht vom 14. Januar 2015, fehlen Angaben zum S.-Bach von C. und D. Es wird bloss allgemein festgehalten, dass diejenigen künstlich angelegten Gewässer, die keine besondere ökologische Bedeutung haben, in der Gewässerraumkarte speziell gekennzeichnet würden, wozu auf Abb. 7 (auf S. 14) verwiesen wird. Gegenüber diesen Kanälen und künstlich angelegten Gewässern (z.B. Wasserkraftwerks- oder Industriekanäle, Be- und Entwässerungsgräben, Stadtbäche) seien keine vorgegebenen Abstände einzuhalten (a.a.O., S. 13). An der Vernehmlassung, die vom 26. März 2014 bis Ende Juni 2014 dauerte, beteiligten sich zehn Parteien, zwölf regionale Planungsverbände, 14 andere Verbände, 80 Gemeinden und vier Einzelpersonen. Ob und inwieweit dabei § 127 Abs. 1bis lit. a BauG oder sogar einzelne künstlich angelegte Gewässer thematisiert wurden, geht aus der Botschaft (S. 7 f.) nicht hervor. Unbekannt ist ferner, ob und inwieweit der Regierungsrat entsprechende Äusserungen beim Entscheid über die ökologische Bedeutung der einzelnen künstlich angelegten Gewässer einbezogen und

gewürdigt hat. Für die betroffenen Grundeigentümer war im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens sodann kaum absehbar, welche Konsequenzen bzw. Auswirkungen auf die Nutzung ihres Eigentums diese Gesetzesbestimmungen konkret haben würden.

2.3.4.2. Die Beschwerdeführer weisen zu Recht darauf hin, dass die oben (Erw. 2.3.4.1 vorne) zitierte Stellungnahme des BVU zum geringen ökologischen Wert des S.-Bachs wenig fundiert erscheint. Es lässt sich nicht nachvollziehen, welche Datenlage dieser Einschätzung zugrunde liegt. So werden beispielsweise keine (detaillierten) Angaben zum zahlenmässigen Verhältnis des verbauten zum nicht verbauten Teil des S.-Bachs oder dazu gemacht, auf welchen Abschnitten und für welche Arten (von Pflanzen oder Tieren) der S.-Bach einen wichtigen Lebensraum bildet. Die Beschwerdeführer verlangen von den Behörden in diesem Zusammenhang Bestandesaufnahmen, Begehungsprotokolle und dergleichen, die auch im vorliegenden Verfahren nicht beigebracht wurden. Das vermittelt den Eindruck, dass der Sachverhalt im Vorfeld der Verabschiedung der Gewässerraumkarte gar nicht oder zu wenig vertieft abgeklärt wurde, um eine auf den konkreten Fall des S.-Bachs zugeschnittene, umfassende Interessenabwägung zu ermöglichen. An mehr Datenmaterial hätte man unter Umständen gelangen können, wenn man die Naturschutzorganisationen zum beabsichtigten Verzicht auf die Festlegung eines Gewässerraums für den S.-Bach angehört hätte. Stattdessen wurden die Umweltverbände offenbar auf das Nutzungsplanungsverfahren verwiesen. Von vornherein unzulässig wäre es, den (geringen) ökologischen Wert des S.-Bachs aus seiner Entstehungsgeschichte abzuleiten. Die Art und Weise der Entstehung (künstlich angelegt) ist nur das eine Tatbestandsmerkmal, das für den Verzicht auf die Festlegung von Gewässerraum in Anwendung von Art. 41a Abs. 5 lit. c GSchV und § 127 Abs. 1 bis lit. a BauG erfüllt sein muss; das Fehlen überwiegender Interessen, die einem solchen Verzicht entgegenstehen, das andere Kriterium, das gesondert geprüft werden muss. Es ist zumindest nicht aktenkundig, dass der Verabschiedung der Gewässerraumkarte durch den Regierungsrat im Fall des S.-Bachs eine eingehende und einzelfallbezogene Prüfung derartiger Interessen vorgegangen ist. Folglich ist darauf abzustellen, dass die Gewässerraumkarte mit Bezug auf den S.-Bach, der darin als künstlich angelegtes Gewässer ohne besondere ökologische Bedeutung gekennzeichnet wird, die ÜbgBest GSchV mit den gemäss Abs. 2 grundsätzlich freizuhaltenden Uferstreifen nicht abzulösen vermochte. Das heisst aber entgegen der Meinung der Beschwerdeführer nicht notwendigerweise, dass die ÜbgBest GSchV für den S.-Bach weiterhin gelten. Sie könnten durch eine planerische Festlegung auf Stufe der kommunalen Nutzungsplanung, die nach umfassender Interessenabwägung zustande gekommen ist und den materiellen Kriterien von Art. 36a GSchG und Art. 41a und 41b GSchV, namentlich Art. 41a Abs. 5 lit. c GSchV entspricht, verdrängt worden sein (FRITSCHER, a.a.O., Art. 36a GSchG N 74).

2.3.4.3. Die Vorinstanz und die Beschwerdeführer gehen übereinstimmend davon aus, dass die Gemeinde C. bis anhin nicht auf Stufe der 2018 Obergericht, Abteilung Verwaltungsgericht 204 Nutzungsplanung auf die Ausscheidung von Gewässerraum für den S.-Bach verzichtet hat. Tatsächlich hat die Einwohnergemeinde C. Stand heute weder sich mit der Ausscheidung von Gewässerraum im Allgemeinen befasst noch Bestimmungen erlassen, mit denen auf die Ausscheidung eines Gewässerraums für den S.-Bach verzichtet wird. Mit dem Beschluss des umstrittenen § 29b nBNO hat sie jedoch gegenüber der S.-Bachparzelle (mindestens) einzuhaltende (zonengemässe) Grenzabstände definiert, mit denen ein von Überbauungen grundsätzlich freizuhaltender Gewässerraum mit den Mindestmassen nach

Bundesrecht und im Übrigen auch mit den vom Kanton in § 127 Abs. 1 BauG festgelegten Ausmassen nicht gewährleistet ist. (...) Insofern hat die Einwohnergemeindeversammlung C. implizit auf die Ausscheidung von Gewässerraum für den S.-Bach verzichtet. Dies gilt umso mehr, als den Gemeindebehörden die Thematik durch die Einwendung der Beschwerdeführer bekannt war. An der Einwendungsverhandlung vom 19. März 2015 wurde darüber debattiert, ob für den S.-Bach ein Gewässerraum ausgeschieden werden muss. Dem Protokoll zum Einwendungsentscheid vom 13. April 2015 ist zu entnehmen, dass sich die Gemeinde gegen eine Festlegung von Gewässerraum wehre, keine Hochwassergefährdung bestehe und die ökologische Bedeutung des S.-Bachs nicht überbewertet werden dürfe. Auf der Gegenseite beharrten die Beschwerdeführer darauf, dass der S.-Bach ein ökologisch wertvolles Gewässer sei, für das ein Gewässerraum ausgeschieden werden müsse. Setzen sich Gemeindebehörden - wie der Gemeinderat C. - im Rahmen einer Teilrevision der Nutzungsplanung mit der Frage auseinander, ob für ein künstlich angelegtes Gewässer Gewässerraum ausgeschieden werden muss, und entscheiden sie sich (in Anwendung von Art. 41a Abs. 5 lit. c GSchV) gegen die Ausscheidung von Gewässerraum, reicht ein solches Vorgehen, um die ÜbgBest GSchV abzulösen, sofern die Voraussetzungen für einen Verzicht auf die Festlegung von Gewässerraum erfüllt sind. Insofern ist § 29b nBNO nicht auf seine Übereinstimmung mit den ÜbgBest GSchV, die bei einem gültigen Verzicht auf die Ausscheidung von Gewässerraum ohnehin wegfielen, sondern vielmehr auf diejenige mit Art. 41a 2018 Bau-, Raumentwicklungs- und Umweltschutzrecht 205 Abs. 5 lit. c GSchV zu überprüfen. Dass Art. 41a Abs. 5 lit. c GSchV einen expliziten Verzicht in Form einer BNO-Bestimmung (wonach für ein bestimmtes Gewässer kein Gewässerraum ausgeschieden werde) oder einer (ohnehin bloss orientierenden) Kennzeichnung im Zonenplan (analog derjenigen in der Gewässerraumkarte des Kantons) verlangen würde, ist nicht ersichtlich. Auch braucht ein Verzicht gemäss Art. 41a Abs. 5 lit. c GSchV nicht zwingend mit der Festlegung oder Ausscheidung von Gewässerraum für andere Gewässer zeitlich koordiniert zu werden.

3. 3.1-3.2. (Prüfung der Frage, ob auf Stufe der Nutzungsplanung die nach Art. 41a Abs. 5 lit. c GSchV für den Verzicht auf die Ausscheidung von Gewässerraum für den S.-Bach erforderliche Interessenabwägung stattgefunden hat) 4. Zusammenfassend ist der Verzicht auf die Festlegung von Gewässerraum für den S.-Bach auf Ebene der Fachplanung des Kantons durch dessen Kennzeichnung in der Gewässerraumkarte als künstlich angelegtes Gewässer ohne besondere ökologische Bedeutung nicht nach einer umfassenden Interessenabwägung zustande gekommen, weshalb dieser planerische Entscheid die ÜbgBest GSchV mit den in Abs. 2 vorgesehenen grundsätzlich freizuhaltenden Uferstreifen nicht abzulösen vermochte. Auf Stufe der kommunalen Nutzungsplanung gibt es zwar durch den Beschluss von § 29b nBNO einen weiteren planerischen Entscheid, mit welchem implizit auf die Ausscheidung von Gewässerraum für den S.-Bach verzichtet wurde. Doch liegt diesem Entscheid eine ungenügende Interessenabwägung zugrunde, die den Anforderungen von Art. 41a Abs. 5 lit. c GSchV nicht entspricht. Ungenügend ist die Interessenabwägung insofern, als der Sachverhalt zur Beurteilung des ökologischen Werts des S.-Bachs unzureichend abgeklärt und unvollständig gewürdigt wurde. Das beruht insbesondere auf den Fehlannahmen, dass einem künstlich angelegten Gewässer ohne Vernetzungsfunktion zwischen natürlichen Fliessgewässern a priori keine ökologische Bedeutung beigemessen werden kann, die einem Verzicht auf die Festlegung von Gewässerraum entgegenstehen könnte, und dass die Gewässerraumvorschriften zu wenig flexibel sind, um mit

einer abschnittswisen Lagebeurteilung sowohl dem Interesse am Schutz der natürlichen Funktionen als auch demjenigen am Erhalt des Ortsbilds und der städtebaulichen Entwicklung des S.-Bachs Rechnung tragen zu können. Solange kein rechtsgenügender Verzicht auf die Festlegung von Gewässerraum für den S.-Bach vorliegt, erweist sich § 29b nBNO mit einer Bachab- standsvorschrift, die einen potenziellen Verstoss gegen die Gewässer- raumgesetzgebung respektive die darin vorgeschriebenen Mindest- masse für Gewässerräume beinhaltet, als bundesrechtswidrig. In teilweiser Gutheissung der vorliegenden Beschwerde ist so- mit der im Rahmen der Teilrevision BNO C. eingeführte, von der Gemeindeversammlung am 18. Juni 2015 beschlossene § 29b nBNO von der Genehmigung durch den Regierungsrat (...) auszunehmen und aufzuheben. (...)

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.