

BGer 1C 331/2023 vom 25. April 2025

Bundesgericht, 2025-04-25, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_1C_331_2023

FR: TF 1C 331/2023 du 25 avril 2025

IT: TF 1C 331/2023 del 25 aprile 2025

Regeste

Baubewilligung | Raumplanung und öffentliches Baurecht

Erwägungen

E. 1

Das Bundesgericht prüft seine Zuständigkeit und die Zulässigkeit der Beschwerde von Amtes wegen und mit freier Kognition (Art. 29 Abs. 1 BGG ; BGE 146 II 276 E. 1).

E. 1.1

Angefochten ist ein Endentscheid einer letzten kantonalen Instanz in einer baurechtlichen Angelegenheit. Dagegen steht grundsätzlich die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht offen (Art. 82 lit. a, Art. 86 Abs. 1 lit. d und Abs. 2 sowie Art. 90 BGG). Ein Ausschlussgrund nach Art. 83 BGG liegt nicht vor. Die Beschwerdeführerin hat am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen und ist als Eigentümerin einer unmittelbar an ein Baugrundstück angrenzenden Liegenschaft besonders betroffen und damit zur Beschwerde legitimiert (Art. 89 Abs. 1 BGG).

E. 1.2

Zusammen mit dem Endentscheid kann nach Art. 93 Abs. 3 BGG auch der Zwischenentscheid des Obergerichts des Kantons Appenzell Ausserrhoden vom 26. Januar 2017 angefochten werden, soweit er sich auf den Inhalt des Endentscheids auswirkt.

E. 1.3

Auf die im Übrigen form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde ist somit grundsätzlich einzutreten (Art. 42 Abs. 2 und Art. 100 Abs. 1 BGG). Nicht einzutreten ist allerdings auf die Begehren, mit welchen die Beschwerdeführerin die Aufhebung sämtlicher im Verfahren vorangegangenen Entscheide (u.a. Rekursentscheid BVD vom 30. September 2021 und Bau- und Einspracheentscheid der Baubewilligungskommission vom 16. Dezember 2019) beantragt. Diese sind durch den kantonal letztinstanzlichen Entscheid ersetzt worden (Devolutiveffekt) und somit nicht mehr anfechtbar, sie gelten jedoch immerhin als inhaltlich mitangefochten (BGE 139 II 404 E. 2.5; 134 II 142 E. 1.4).

E. 1.4

Da die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten zulässig ist, kann auf die subsidiäre Verfassungsbeschwerde nicht eingetreten werden (Art. 89 i.V.m. Art. 113 BGG).

E. 2.1

Mit der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten kann insbesondere die Verletzung von Bundesrecht gerügt werden (Art. 95 lit. a BGG). Das Bundesgericht

wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 106 Abs. 1 BGG). Es ist daher weder an die in der Beschwerde vorgebrachten Argumente noch an die Erwägungen der Vorinstanz gebunden; es kann die Beschwerde aus einem anderen als dem angerufenen Grund gutheissen und es kann eine Beschwerde mit einer von der Argumentation der Vorinstanz abweichenden Begründung abweisen (Motivsubstitution). Immerhin prüft das Bundesgericht, unter Berücksichtigung der allgemeinen Begründungspflicht der Beschwerde (Art. 42 Abs. 1 und 2 BGG), grundsätzlich nur die geltend gemachten Rügen, sofern die rechtlichen Mängel nicht geradezu offensichtlich sind (BGE 141 V 234 E. 1). Erhöhte Anforderungen an die Begründung gelten, soweit die Verletzung von Grundrechten und von kantonalem und interkantonaem Recht gerügt wird (Art. 106 Abs. 2 BGG). Die Anwendung von kantonalem Recht überprüft das Bundesgericht vorbehältlich Art. 95 lit. c-e BGG im Wesentlichen auf Willkür und bloss insoweit, als eine solche Rüge in der Beschwerde präzise vorgebracht und begründet wird (Art. 95 BGG i.V.m. Art. 9 BV und Art. 106 Abs. 2 BGG).

E. 2.2

Das Bundesgericht legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat (Art. 105 Abs. 1 BGG). Die vorinstanzliche Sachverhaltsfeststellung kann nur gerügt werden, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht und wenn die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein kann (Art. 97 Abs. 1 und Art. 105 Abs. 2 BGG ; BGE 147 I 1 E. 3.5). Das Bundesgericht prüft nur klar und detailliert erhobene und, soweit möglich, belegte Rügen; auf rein appellatorische Kritik am angefochtenen Entscheid geht es nicht ein (BGE 148 I 104 E. 1.5 mit Hinweisen).

E. 2.3

Neue Tatsachen und Beweismittel dürfen nur so weit vorgebracht werden, als erst der Entscheid der Vorinstanz dazu Anlass gibt (Art. 99 Abs. 1 BGG). Unzulässig sind damit neue Tatsachen, die bereits der Vorinstanz hätten vorgelegt werden können (BGE 143 V 19 E. 1.2; 136 III 123 E. 4.4.3). Tatsachen oder Beweismittel, welche sich auf das vorinstanzliche Prozessthema beziehen, sich jedoch erst nach dem angefochtenen Entscheid ereignet haben oder entstanden sind, können von vornherein nicht durch das angefochtene Urteil veranlasst worden sein. Solche "echte Noven" sind im bundesgerichtlichen Verfahren in jedem Fall unzulässig (BGE 143 V 19 E. 1.2; 139 III 120 E. 3.1.2; 133 IV 342 E. 2.1).

E. 2.4

Die Beschwerdegegnerin beantragt in ihrer Stellungnahme vom 2. September 2024 zur Vernehmlassung des BAFU neu die Durchführung eines Augenscheins durch das Bundesgericht vor Ort. Die erwähnten örtlichen Gegebenheiten gehen jedoch mit hinreichender Klarheit aus den umfangreichen kantonalen Akten, insbesondere den Plänen zum Bauprojekt, dem Augenscheinprotokoll des damaligen DBU vom 1. Mai 2015 sowie den zahlreichen Fotos zur Situation auf dem Baugrundstück und den Plänen aus dem Geoportal des Kantons Appenzell Ausserrhoden hervor, weshalb der Antrag abzuweisen ist. Unter diesen Umständen kann offenbleiben, ob die Vernehmlassung des BAFU tatsächlich ausreichend Anlass für eine Beschwerdeergänzung gegeben hat. Gleiches gilt für die Frage, ob die Beschwerdeführerin in ihrer Beschwerde (S. 27) betreffend die Situation vor Ort ebenfalls die Durchführung eines Augenscheins vom Bundesgericht beantragt oder bei der Bezeichnung des Beweismittels auf den soeben erwähnten Augenschein des DBU verweist.

E. 3.1

Art. 36a Abs. 1 GSchG (SR 814.20) verpflichtet die Kantone, den Raumbedarf der oberirdischen Gewässer festzulegen, der erforderlich ist für die Gewährleistung der natürlichen Funktionen der Gewässer, des Schutzes vor Hochwasser und der Gewässernutzung (Gewässerraum). Diese Anforderungen werden in den Art. 41a (für Fliessgewässer) und Art. 41b (für stehende Gewässer) der Gewässerschutzverordnung vom 28. Oktober 1998 (GSchV; SR 814.201) präzisiert. Die Kantone sorgen dafür, dass der Gewässerraum bei der Richt- und Nutzungsplanung berücksichtigt sowie extensiv gestaltet und bewirtschaftet wird (Art. 36a Abs. 3 Satz 1 GSchG ; vgl. BGE 143 II 77 E. 2).

E. 3.2

Da der vom Regierungsrat des Kantons Appenzell Ausserrhoden mittels vorläufiger Verordnung vom 18. September 2012 über die Einführung des Gewässerraums (RR VO Gewässerraum, bGS 721.131) festgelegte Gewässerraum mangels Bundesrechtskonformität keine Rechtswirkung entfaltet hat (vgl. Erläuternder Bericht vom 2. Mai 2023 des Regierungsrates des Kantons Appenzell Ausserrhoden zum Vernehmlassungsentwurf eines Gesetzes über den Gewässerraum und den Schutz vor Naturereignissen), sind vorläufig weiterhin die Übergangsbestimmungen zur Änderung der GSchV vom 4. Mai 2011 anwendbar. Danach gelten die Vorschriften für Anlagen nach Art. 41c Abs. 1 und 2 GSchV bei Fliessgewässern bis zu 12 m Breite auf einem beidseitigen Streifen von je 8 m plus die Breite der bestehenden Gerinnesohle (Abs. 2 lit. a). Dementsprechend kommt das geplante Bauvorhaben mindestens mit seinem halben Grundriss innerhalb des Gewässerraums zu liegen.

E. 4.1

Gemäss Art. 41c Abs. 1 GSchV dürfen im Gewässerraum nur standortgebundene, im öffentlichen Interesse liegende Anlagen wie Fuss- und Wanderwege, Flusskraftwerke oder Brücken erstellt werden. Sofern keine überwiegenden Interessen entgegenstehen, kann die Behörde (im Gewässerraum) die Erstellung zonenkonformer Anlagen in dicht überbauten Gebieten (lit. a) oder ausserhalb solcher Gebiete auf einzelnen unüberbauten Parzellen innerhalb einer Reihe von mehreren überbauten Parzellen bewilligen (lit. a bis).

E. 4.2

Gemäss der Praxis des Bundesgerichts ist für die Errichtung von Bauten im Gewässerraum eine Ausnahmegewilligung gemäss Art. 41c Abs. 1 lit. a GSchV nur in Gebieten gerechtfertigt, die bereits so dicht überbaut sind, dass der Gewässerraum seine natürliche Funktion auch auf lange Sicht nicht erfüllen kann (BGE 143 II 77 E. 2.8; Urteil 1C_67/2018 vom 4. März 2019 E. 4.3 mit Hinweis). Im Erläuternden Bericht des BAFU vom 20. April 2011 zur Parlamentarischen Initiative "Schutz und Nutzung der Gewässer (07.492) - Änderung der Gewässerschutz-, Wasserbau-, Energie- und Fischereiverordnung" wird dargelegt, dass die Ausscheidung eines Gewässerraums in Städten oder Dorfzentren, die dicht überbaut sind (z.B. städtische Quartiere in Basel am Rhein oder in Zürich an der Limmat), oft nicht oder nur den Gegebenheiten angepasst sinnvoll sei. Die Ausnahmegewilligung nach Art. 41c Abs. 1 Satz 2 GSchV solle hier eine Siedlungsentwicklung nach innen und eine aus Sicht der Raumplanung erwünschte städtebauliche Verdichtung ermöglichen (a.a.O. S. 15). Ausserhalb der dicht überbauten Zentren, z.B. in locker überbauten Aussenquartieren, sei der Gewässerraum dagegen nach den Vorgaben von Art. 41a Abs. 1-3 GSchV bzw. Art. 41b Abs. 1 und 2 GSchV

auszuscheiden (a.a.O. S. 12 und 13). Das Merkblatt "Gewässerraum im Siedlungsgebiet" vom 18. Januar 2013, welches das Bundesamt für Raumentwicklung (ARE) und das BAFU in Zusammenarbeit mit den Kantonen erarbeitet haben, und auf das sich das Bundesgericht in früheren Urteilen bezogen hat (vgl. BGE 143 II 77 E. 2.4, Urteil 1C_106/2018 vom 2. April 2019 E. 5.6), wurde mittlerweile zurückgezogen. An seine Stelle trat die "Modulare Arbeitshilfe zur Festlegung und Nutzung des Gewässerraums in der Schweiz", welche das BAFU, das ARE, das Bundesamt für Landwirtschaft (BLW) und die Konferenz der kantonalen Landwirtschaftsdirektoren (LDK/CDCA) im Juni 2019 herausgegeben haben (publiziert unter www.bafu.admin.ch; nachfolgend: Arbeitshilfe). Diese enthält unter anderem eine Kriterienliste zur Bestimmung des dicht überbauten Gebiets u.a. gestützt auf die bisherige Rechtsprechung des Bundesgerichts (Modul 3.2. - Nutzung des Gewässerraums - Siedlung Ziff. 2.1).

E. 4.3

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung setzt eine sachgerechte Planung einen genügend gross gewählten Perimeter voraus. Planungsperimeter ist - zumindest in kleineren Gemeinden - in der Regel das Gemeindegebiet. Dabei liegt der Fokus auf dem Land entlang des Gewässers. Wie die Beispiele im Erläuternden Bericht zeigen, hat der Verordnungsgeber eine Anpassung des Gewässerraums bzw. Ausnahmegewilligungen vor allem in dicht überbauten städtischen Quartieren und Dorfzentren zulassen wollen, die (wie Basel und Zürich) von Flüssen durchquert werden. In solchen Gebieten sollen die raumplanerisch erwünschte städtebauliche Verdichtung und die Siedlungsentwicklung nach innen ermöglicht und Baulücken geschlossen werden können. Dagegen besteht in peripheren Gebieten, die an ein Fliessgewässer angrenzen, regelmässig kein überwiegendes Interesse an einer verdichteten Überbauung des Gewässerraums. Hier muss daher der minimale Raumbedarf des Gewässers (gemäss Art. 41a Abs. 2 und Art. 41b Abs. 1 GSchV) grundsätzlich respektiert und von nicht standortgebunden Anlagen freigehalten werden (BGE 143 II 77 E. 2.7; 140 II 437 E. 5.1; 140 II 428 E. 7; Urteil 1C_106/2018 vom 2. April 2019 E. 5.7).

E. 4.4

Entsprechend diesen Grundsätzen verneinte das Bundesgericht in einem Fall betreffend die Gemeinde Dagmersellen das Vorliegen von dicht überbautem Gebiet, weil die beiden Baugrundstücke entlang der Wigger in einem peripheren Gebiet lagen, das durch einen Grüngürtel vom Gemeindezentrum getrennt wurde (BGE 140 II 428 E. 8). In einem Fall betreffend die Gemeinde Rüslikon bejahte das Bundesgericht dagegen ein dicht überbautes Gebiet, weil die Bauparzelle nicht peripher, sondern im Hauptsiedlungsgebiet der Agglomeration am linken Seeufer lag, das praktisch durchgehend überbaut war und auch die Bauparzelle und die benachbarten Parzellen seeseits in dichter Folge mit Boots- und Wochenendhäusern überstellt waren (BGE 140 II 437 E. 5.3). In einem Fall betreffend die Gemeinde Altendorf verneinte das Bundesgericht eine zu schliessende Baulücke in dicht überbautem Gebiet, da sich die Bauparzelle am Rand des dicht überbauten Weilers Seestatt befand und eine Siedlungsentwicklung in die Richtung des diesen Weiler umgebenden Grüngürtels nicht erwünscht war (BGE 143 II 77 E. 2.8). Weiter verneinte das Bundesgericht in einem Fall betreffend die Stadt Zug (Urteil 1C_106/2018 vom 2. April 2019 E. 5.8) das Vorliegen von dicht bebautem Gebiet. Das fragliche Gebiet Räämatt war mit Blick auf das Gebiet der Stadt Zug respektive dem Ortsteil Oberwil peripher gelegen. Beim Gebiet handelte es sich weder um eine Zentrums- oder Kernzone noch um einen

Entwicklungsschwerpunkt. Zudem war das Land entlang des Trubikerbachs vorwiegend unbebaut und eine teilweise Renaturierung geplant. In einem Fall betreffend die Gemeinde Liestal (Urteil 1C_540/2021 vom 9. August 2022 E. 3.6) verneinte das Bundesgericht ebenfalls das Vorliegen von dicht bebautem Gebiet, da die fragliche Bauparzelle am Rande des Baugebiets der Stadt Liestal lag und sich nördlich davon ein etwa 170 m langer, der Nichtbauzone zugewiesener Grünraum befand, in dem der Gewässerraum seine natürliche Funktion auch auf lange Sicht erfüllen konnte.

E. 5.1

Die Vorinstanz hielt unter Verweis auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung in ihrem ersten Urteil (E. 4.2) fest, dass die Bauparzellen in einem Gewässerraum lägen, der auf einer Länge von rund 500 m oberhalb und unterhalb ein durchwegs eingedoltes Fliessgewässer (Sägebach) umfasse, das teils bestehende Gebäude und auch die Kantonsstrasse (mittlerweile Nationalstrasse) unterquere. Zudem komme der Gewässerraum mitten in einem beidseits in mehreren Bautiefen überbauten Siedlungsgebiet zu liegen, welches sich entlang der stark befahrenen Kantonsstrasse erstreckte, das auch nur noch wenige Grünflächen aufweise und wo sich ein Schliessen der vorhandenen Baulücken aufdränge. Nach dem derzeitigen Stand des Revitalisierungsplanes könne für den fraglichen Abschnitt nicht mit einer Öffnung des eingedolten Sägebaches gerechnet werden. Es sei davon auszugehen, dass der "Uferstreifen" entlang des eingedolten Sägebaches seine natürliche Funktion seit langem und bis auf weiteres kaum mehr erfüllen könne, ohne dass angesichts der mehrfachen Unterquerung bestehender Gebäude und Strassen ein Widerspruch zur Revitalisierungsplanung erblickt werden könne. Ziehe man diese Umstände gesamthaft in Betracht, seien die Bauparzellen als in einem "dicht überbauten Gebiet" liegend zu qualifizieren. An dieser Einschätzung hielt sie in ihrem zweiten Urteil fest.

E. 5.2.1

Die Beschwerdeführerin bringt vorab vor, sowohl die Gemeinde Herisau als auch der Kanton Appenzell Ausserrhoden hätten es bis anhin versäumt, ihrer Verpflichtung gemäss Art. 36a Abs. 1 GSchG nachzukommen, bis zum 31. Dezember 2018 die Gewässerräume parzellenscharf und in Berücksichtigung der konkreten örtlichen Verhältnisse festzulegen. Dies trifft zwar zu, ist aber wie bereits erwähnt (vorne E. 3.1 f.) für den vorliegenden Fall ohne weitere Bedeutung, weil in einer solchen Situation weiterhin die Vorschriften für Anlagen nach Art. 41c Abs. 1 und 2 GSchV gelten (vgl. auch Urteil 1C_481/2020 vom 3. November 2021 E. 6.2).

E. 5.2.2

Allgemein ist es zwar nicht optimal, dass die Behörden vierzehn Jahre nach Einführung der Bestimmung ihren Auftrag noch nicht erfüllt haben. Aus dem Versäumnis kann jedoch - entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin - nicht gefolgert werden, dass die kantonalen Behörden grundsätzlich keine Ausnahmegewilligung mehr erteilen dürften, weil damit die Erfüllung des gesetzlichen Auftrags gefährdet wäre. Die Erteilung einer Ausnahmegewilligung hängt nicht unmittelbar von den Ausmassen des Gewässerraums ab, sondern ob die Voraussetzungen von Art. 41c Abs. 1 lit. a und a bis GSchV erfüllt sind, was vorliegend zu prüfen ist.

E. 5.2.3

Angesichts der bundesrechtlichen Vorgaben (Art. 41a GSchV) kann ohnehin nicht davon ausgegangen werden, dass der durch den Kanton festgelegte Gewässerraum wesentlich geringere Ausmasse aufweisen würde, es sei denn, dieser nutze die ihm zustehende Möglichkeit, den eingedolten Bach nicht dem Gewässerraum zuzuordnen, soweit keine überwiegenden Interessen entgegenstehen (Art. 41a Abs. 5 lit. b GSchV).

E. 5.3

Im Weiteren ist die Beschwerdeführerin der Ansicht, der Erteilung einer Ausnahmegewilligung würden überwiegende öffentliche Interessen entgegenstehen. Zudem solle die Tankstelle mit Shop auf einer weitgehend offenen, unüberbauten Parzelle erstellt werden. Weiter sei die Schlussfolgerung der Vorinstanz, eine Öffnung des Sägebachs sei auf dem Abschnitt "Säge" bis "Erlenbach" aufgrund der dichten Überbauung "nicht möglich", nicht zutreffend.

E. 5.4

Das BAFU führt in seiner Stellungnahme aus, die fraglichen Parzellen befänden sich in der Wohn- und Gewerbezone WG3 im Süden von Herisau im Ortsteil Wilen. In nächster Nachbarschaft seien weitere Wohnzonen, Gewerbezone sowie Zonen für öffentliche Bauten und Anlagen zu finden. Die nächste im Zonenplan der Gemeinde definierte Kernzone läge mehrere hundert Meter weiter nördlich der streitbetroffenen Parzellen. Mit Blick auf die bestehende Infrastruktur rund um den Sägebach sei der Ortsteil Wilen mehrheitlich eher locker überbaut. Werde der Betrachtungsperimeter auf das ganze Gemeindegebiet ausgelegt, so handle es sich beim Ortsteil Wilen um ein peripher gelegenes Gebiet. Schränke man den Betrachtungsperimeter auf den Ortsteil Wilen ein, so falle zudem auf, dass sich die streitbetroffenen Parzellen gemäss Luftlinie näher bei der nächsten Landwirtschaftszone, Waldzone und Zone übriges Gemeindegebiet befänden als bei der nächsten Kernzone. Die Lage und die bisherige Überbauungsdichte würden nahelegen, dass es sich hier nicht um ein "dicht überbautes" Gebiet im Sinne des Gewässerschutzgesetzes handle. Auch gemäss kantonaler Richtplankarte liege kein Indiz für das Bestehen von "dicht überbaut" vor, sei doch im Ortsteil Wilen kein kantonaler Entwicklungsschwerpunkt vorgesehen. Gestützt auf die periphere Lage der im Streit liegenden Parzellen und mit Blick auf das Land entlang des Sägebachs im Ortsteil Wilen sei die Annahme, das Bauprojekt liege in "dicht überbautem Gebiet" im Sinne des GSchG, nicht zutreffend. Im Übrigen könne im vorliegenden Fall selbst bei Annahme eines "dicht überbauten Gebietes" nicht ausgeschlossen werden, dass überwiegende Interessen gegen die Erteilung einer Ausnahmegewilligung sprechen würden. Es seien keine Gründe dargelegt worden, weshalb eine Offenlegung im Abschnitt des geplanten Bauvorhabens auch langfristig nicht möglich sein werde. Gemäss den einschlägigen Plänen auf dem Geoportal des Kantons Appenzell Ausserrhoden scheine eine Offenlegung sehr wohl möglich, verlaufe der Sägebach doch gerade im Bereich Säge/Wilen grösstenteils durch Gärten und nicht nur direkt unter Gebäuden oder Strassen.

E. 5.5

Die Vorinstanz bekräftigte daraufhin in ihrer Stellungnahme zur Vernehmlassung des BAFU ihre im angefochtenen Urteil getroffene Einschätzung. Bei der Qualifikation als "dicht überbautes Gebiet" spiele es keine Rolle, dass sich die nächste Kernzone mehrere hundert Meter weiter nördlich befinde. Kernzonen könnten zwar Zentrumsfunktion aufweisen, jedoch ergäben sich daraus keine Rückschlüsse in Bezug auf die bauliche

Verdichtung. Der Ortsteil Wilen sei entlang der stark befahrenen Kantonsstrasse durchgehend überbaut und baulich übergangslos mit dem Zentrum von Herisau verbunden. Die streitigen Parzellen befänden sich in der Wohn- und Gewerbezone WG3, welche im Norden direkt an die Wohnzone W3 angrenze, womit die Bauparzellen dem Hauptsiedlungsgebiet zuzuordnen seien. Entlang des eingedolten Bereichs des Sägebachs seien zudem nur wenige Grünflächen vorhanden. Im Weiteren weist die Vorinstanz nochmals ausdrücklich darauf hin, dass die mehrfache Unterquerung bestehender Gebäude und Strassen einer Offenlegung des Sägebachs entgegenstehe. Deshalb seien keine überwiegenden Interessen ersichtlich, aufgrund welcher eine Ausnahmegewilligung zu verweigern sei.

E. 5.6

Die Beschwerdegegerin bringt vor, entgegen der Auffassung des BAFU sei es für die Qualifikation einer Bauparzelle "in dicht überbautem Gebiet" nicht erforderlich, dass sich die betroffene Parzelle in einer Kernzone oder in unmittelbarer Nähe einer solchen befinde. Auch Wohn- und Gewerbezone könnten einen Siedlungscharakter aufweisen, welcher eine dichte Überbauung begründen könne. Anders als in BGE 143 II 77 (Seestatt) oder BGE 140 II 428 (Dagmersellen) würden die fraglichen Parzellen nicht durch die Verkehrsinfrastruktur oder Grünflächen vom Rest des Siedlungsgebiets abgetrennt. Sie seien vielmehr Bestandteil einer ausgeprägten Siedlungszone entlang der heutigen Nationalstrasse N 25. Dies sei ein typisches Bild für ein "Strassendorf", bei dem sich die Siedlungsentwicklung entlang der Verkehrsachse orientiere. Zudem grenze der Sägebach, anders als die Wigger im Fall Dagmersellen, im eingedolten Bereich auch nicht an Grünflächen. Die dichte Überbauung im Ortsteil Wilen entlang der Alpsteinstrasse (N 25) bestehe sowohl nördlich wie auch südlich der streitgegenständlichen Parzellen. Erst ca. 300 m südlich der Parzellen könne eine Lockerung in der Überbauungsdichte ausgemacht werden. Die Parzellen würden sich inmitten eines nach allen Seiten besiedelten, überbauten sowie bestens erschlossenen Gebiets befinden. Von einer peripheren Lage könne keine Rede sein. Weiter befänden sich die fraglichen Parzellen in einer Umgebung mit hohem Verbauungsgrad und wiesen bereits heute eine Oberflächenversiegelung auf. In unmittelbarer Nähe seien fast alle Grundstücke überbaut und es seien keinerlei ungenutzte Grünflächen vorhanden. Der Sägebach sei mehrere hundert Meter in nördlicher und südlicher Richtung der Parzellen eingedolt und mehrheitlich überbaut. Zudem unterquere der Sägebach auch die Alpsteinstrasse (N 25), welche verlegt werden oder den Sägebach neu mit einer Brücke queren müsste. Es erscheine absolut unwahrscheinlich und den kantonalen Zielen zur Siedlungsentwicklung widersprechend, dass der Sägebach innerhalb des Betrachtungsperimeters in Zukunft wieder seine natürliche Funktion erfüllen könne. Eine Öffnung des eingedolten Sägebachs sei angesichts der baulichen Verhältnisse insgesamt nicht nur kaum praktikabel, sondern auch - wie der Kanton bestätigt habe - nicht vorgesehen.

E. 5.7

Wird der Betrachtungsperimeter auf das ganze Gemeindegebiet von Herisau ausgelegt, so handelt es sich beim Ortsteil Wilen, wie das BAFU zutreffend ausführt, um ein peripher gelegenes Gebiet, auch wenn der Ortsteil Wilen baulich übergangslos mit dem Zentrum von Herisau verbunden ist, wie die Vorinstanz vorbringt. Schränkt man den Betrachtungsperimeter auf den Ortsteil Wilen ein, so liegen die streitbetroffenen Parzellen gemäss Luftlinie näher bei Nichtbauzonen als bei der nächsten Kernzone des Ortsteils

Wilen, selbst wenn sie nicht unmittelbar an Grünräume angrenzen. Ebenso wenig wie in einer Zentrums- oder Kernzone befinden sich die fraglichen Parzellen innerhalb eines kantonalen Entwicklungsschwerpunktes. An dieser Beurteilung der Lage des Gebiets ändert auch die Tatsache nichts, dass dieses entlang der Kantonsstrasse durchgehend überbaut ist, wie die Vorinstanz vorbringt. Eine weitgehende Überbauung ist nicht ausreichend, damit ein Gebiet als dicht überbaut gilt (vgl. BGE 140 II 428 E. 7). Ebenfalls genügt es für die Qualifikation als "dicht überbautes Gebiet" nicht, dass der Sägebach eingedolt ist und die Aufwertungsmöglichkeiten im fraglichen Abschnitt beschränkt sind. Dieser Umstand kann im Rahmen der nach Art. 41c Abs. 1 Satz 2 GSchV gebotenen Interessenabwägung für die Erteilung einer Ausnahmegewilligung sprechen, genügt aber für sich allein nicht, um "dicht überbautes Gebiet" zu begründen. Der Gewässerraum soll den Raumbedarf des Gewässers langfristig sicherstellen und ist grundsätzlich unabhängig vom Bestehen konkreter Revitalisierungs- oder Hochwasserschutzprojekte auszuscheiden bzw. freizuhalten (vgl. BGE 140 II 437 E. 5.4; 140 II 428 E. 8). Insgesamt kommt das vorliegende Bauvorhaben aufgrund der peripheren Lage und der bisherigen Überbauungsdichte - vor dem Hintergrund, dass der Begriff des dicht überbauten Gebiets als Ausnahme vom Grundsatz des Schutzes und der extensiven Nutzung des Gewässerraums gemäss Art. 36a GSchG restriktiv auszulegen ist (BGE 140 II 428 E. 7) - somit nicht in einem dicht überbauten Gebiet i.S.v. Art. 41c Abs. 1 lit. a GSchV zu liegen.

E. 6

Gemäss Art. 41c Abs. 1 lit. a bis GSchV kann die Behörde, sofern keine überwiegenden Interessen entgegenstehen, im Gewässerraum auch ausserhalb von dicht überbauten Gebieten zonenkonforme Anlagen auf einzelnen unüberbauten Parzellen innerhalb einer Reihe von mehreren überbauten Parzellen bewilligen (in Kraft seit 1. Mai 2017).

E. 6.1

Der Revision der GSchV vom 22. März 2017 liegt eine vom Parlament im Jahr 2015 angenommene Motion der ständerätlichen Kommission für Umwelt-, Raumplanung und Energie (UREK-S) "Schaffung von Handlungsspielraum in der Gewässerschutzverordnung" zugrunde, die den Bundesrat ersuchte, den Kantonen für die Festlegung der Gewässerräume den maximal möglichen Handlungsspielraum einzuräumen, um lokalen Besonderheiten Rechnung tragen zu können (vgl. dazu Bericht des Bundesrats vom 30. Mai 2018, Differenzierte Ausscheidung und Nutzung von Gewässerräumen). Im Erläuternden Bericht zur Änderung der Gewässerschutzverordnung vom 22. März 2017 (S. 5) führt das BAFU aus, dass es bereits bisher zulässig gewesen sei, in dicht überbautem Gebiet neue zonenkonforme Anlagen im Gewässerraum zuzulassen, sofern keine überwiegenden Interessen entgegenstünden. Auch ausserhalb von dicht überbautem Gebiet könnten jedoch Situationen auftreten, bei denen die Freihaltung des Gewässerraums auf einzelnen unbebauten Parzellen entlang des Gewässers auch auf lange Sicht keinen Nutzen für das Gewässer bringen könne. Dies weil die Raumverhältnisse für das Gewässer ohnehin aufgrund von bestehenden Anlagen mit Bestandsschutz auf lange Sicht beengt blieben. Artikel 41c Absatz 1 lit. a bis GSchV solle neu das Schliessen solcher Lücken ermöglichen (Urteile 1C_540/2021 vom 9. August 2022 4.2; 1C_481/2020 vom 3. November 2021 E. 6.4; 1C_217/2018 vom 11. April 2019 E. 3.5; vgl. Arbeitshilfe, a.a.O., Modul 3.2. - Nutzung des Gewässerraums - Siedlung Ziff. 2.2). Es handelt sich dabei vor allem um Siedlungsgebiete, die aufgrund ihrer peripheren Lage zum Hauptsiedlungsgebiet der Gemeinde nicht dem dicht überbauten Gebiet i.S.v. Art. 41c Abs. 1 lit. a GSchV zugeordnet

werden können (Urteile 1C_481/2020 vom 3. November 2021 E. 6.4; 1C_217/2018 vom 11. April 2019 E. 3.5; je mit Hinweis). Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung kann die Situation auch gegeben sein, wenn eine grosse Parzelle nur teilweise überbaut ist und sich der unüberbaute Teil als Baulücke innerhalb einer Reihe von bereits überbauten Parzellen präsentiert, die den Gewässerraum erheblich und voraussichtlich auf lange Sicht einengen (Urteile 1C_540/2021 vom 9. August 2022 E. 4.2; 1C_217/2018 vom 11. April 2019 E. 3.6).

E. 6.2

Die Vorinstanz hat nicht näher geprüft, ob diese Ausnahmebestimmung erfüllt sein könnte, da sie davon ausgegangen ist, die betroffenen Parzellen würden in "dicht überbautem Gebiet" gemäss Art. 41c Abs. 1 lit. a GSchV liegen, was - wie soeben gesehen - insbesondere aufgrund ihrer peripheren Lage innerhalb der Gemeinde Herisau nicht der Fall ist.

E. 6.3

Aufgrund der Akten ist ohne Weiteres ersichtlich, dass der Baubereich in der Wohn- und Gewerbezone WG3 innerhalb einer Reihe von bereits überbauten Parzellen liegt, die zusammen mit der Nationalstrasse N 25 den Gewässerraum des Sägebachs über eine Distanz von mehreren hundert Metern einengen. Nicht weiter von Belang ist vorliegend, dass das Bauvorhaben mehrere Parzellen betrifft (deren Aufteilung erscheint mehr oder weniger zufällig), da es sich insgesamt um eine Baulücke handelt, welche bereits erschlossen ist. Ob diese Einengung auch auf lange Frist bestehen bleibt, ist hingegen nicht abschliessend geklärt. Die Beschwerdeführerin und das BAFU machen geltend, eine kurz- oder mittelfristige Offenlegung des Sägebachs im Bereich Wilen sei möglich, da dieser dort grösstenteils durch Gärten und nicht direkt unter Gebäuden oder Strassen verlaufe. Gemäss Vorinstanz komme hingegen aufgrund der dichten Bebauung eine Offenlegung nicht in Frage und eine solche sei gemäss den Ausführungen des kantonalen Tiefbauamtes langfristig auch nicht absehbar. Die Beschwerdegegnerin erachtet die Annahme, der Sägebach könne im Bereich der fraglichen Parzellen freigelegt werden, wie bereits erwähnt (vorne E. 5.6), als illusorisch. Sie führt zusätzlich aus, auf den Parzellen selbst sei bereits eine Autowerkstatt und in nächster Nähe fänden sich diverse weitere Geschäftsbetriebe. Auch wenn das Bachbett teilweise nicht direkt unter Gebäuden, sondern unter Asphaltflächen und Gartenbereichen verlaufe, handle es sich dabei um voll ausgenutzte Privatparzellen. Die Freilegung des Sägebachs wäre nur mit weitreichenden Enteignungen und dem Abbruch diverser Gebäude zu erreichen. Zudem unterquere der Sägebach auch die Alpsteinstrasse (N 25), welche verlegt werden oder den Sägebach neu mit einer Brücke queren müsste. Insgesamt würde nicht nur das fragliche Bauvorhaben, sondern eine grosse Zahl von überbauten Grundstücken in den Gewässerraum ragen.

E. 6.4

Es ist Aufgabe der Nutzungsplanung, den definitiven Gewässerraum auszuscheiden und festzulegen, wie die daran angrenzenden Uferstreifen zu nutzen sind. Dabei muss insbesondere der erforderliche Raumbedarf für Revitalisierungen gesichert werden (Art. 41a Abs. 3 lit. b und Art. 41d GSchV). Der übergangsrechtliche Gewässerraum soll gewährleisten, dass im Zeitraum nach dem Inkrafttreten der Verordnung bis zur definitiven Festlegung des Gewässerraums keine unerwünschten neuen Anlagen errichtet werden. Ihm kommt insoweit die Funktion einer Planungszone zu. Die Erteilung einer

Ausnahmebewilligung nach Art. 41c Abs. 1 GSchV darf die künftige Gewässerraum- und Revitalisierungsplanung nicht erschweren und ihr (soweit sie bereits konkretisiert ist) nicht widersprechen (BGE 140 II 437 E. 6.2). Es ist nicht Aufgabe des Bundesgerichts, sondern der zuständigen kantonalen Instanzen zu prüfen, ob längerfristig mit dem Fortbestand der Bauten im Gewässerraum des eingedolten Bachs zu rechnen ist. Wäre dies der Fall, so würde das ökologische Interesse an einer vollständigen Freihaltung der Bauparzellen gering wiegen. Fiele dagegen eine Uferrevitalisierung im streitigen Abschnitt ernsthaft in Betracht (Art. 41d GSchV), so dürfte sie nicht durch die Erteilung einer Ausnahmebewilligung präjudiziert werden (BGE 140 II 437 E. 6.2). Wie es sich mit der konkreten Planung der kommunalen und kantonalen Behörden betreffend Freilegung des Sägebachs verhält, kann das Bundesgericht aufgrund der vorinstanzlichen Erwägungen und der Akten nicht abschliessend beurteilen.

E. 6.5

Die Vorinstanz hat vorliegend nicht alle relevanten Tatsachen ermittelt, wie es zur Anwendung von Art. 41c Abs. 1 lit. a bis GSchV notwendig gewesen wäre. Es gebietet sich deshalb eine Rückweisung der Sache an das Obergericht, das mit den örtlichen Verhältnissen besser vertraut ist als das Bundesgericht.

E. 7.1

Nach dem Gesagten ist die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten gutzuheissen, soweit darauf einzutreten ist. Damit erübrigt sich eine Behandlung der weiteren Rügen der Beschwerdeführerin. Die Sache ist zur Sachverhaltsergänzung und neuer Beurteilung der Frage, ob die Voraussetzungen für die Erteilung einer Ausnahmebewilligung zur Erstellung einer Anlage im Gewässerraum erfüllt sind, an das Obergericht zurückzuweisen. Die Rückweisung mit offenem Ausgang gilt praxisgemäss als Obsiegen der Beschwerdeführerin (Art. 66 Abs. 1 BGG). Damit wird die Beschwerdegegnerin kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 66 und 68 BGG).

E. 7.2

Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind die Gerichtskosten der Beschwerdegegnerin aufzuerlegen (vgl. Art. 66 Abs. 1 BGG). Die Beschwerdegegnerin hat die Beschwerdeführerin für das bundesgerichtliche Verfahren angemessen zu entschädigen (vgl. Art. 68 Abs. 1 und Abs. 2 BGG).

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