

OW_GERICHTE VVGE 1987/88 Nr. 59 vom 1. Juli 2016

OW Obergericht, 2016-07-01, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ow_gerichte_VVGE 1987_88 Nr. 59](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ow_gerichte_VVGE_1987_88_Nr_59)

FR: OW_GERICHTE VVGE 1987/88 Nr. 59 du 1 juillet 2016

IT: OW_GERICHTE VVGE 1987/88 Nr. 59 del 1 luglio 2016

Regeste

VVGE 1987/88 Nr. 59, S. 149: Art. 8 Verordnung über die Schifffahrt. Tragweite des Richtplanes (Erwägung 2). Art. 2 Abs. 1 und Art. 3 WBPG. Bewilligungspflicht für die Inanspruchnahme öffentlicher Gewässer (Erwägung 3). Die Duldung eines re

Erwägungen

E. 2

Der Regierungsrat beruft sich in erster Linie auf Art. 8 der Verordnung über die Schifffahrt vom 26. Februar 1982 (SchV), der den jederzeitigen Widerruf von Bewilligungen u.a. dann vorsieht, wenn öffentliche Interessen dies erfordern. Ferner beruft er sich auf die Ausführungsbestimmungen zum Richtplan über Anlagen für die Schifffahrt vom 5. Juli 1983 (ABSchV), wonach alle Bewilligungen für bestehende Anlagen, die weder Boots- noch Badehütten sind und die keinen Bezug zu einer Gemeinschaftsanlage haben, längstens bis zum 1. Mai 1985 befristet wurden (Art. 7) und die sofortige Entfernung der Anlagen ohne Bewilligung vorgesehen ist, sofern keine nachträgliche Bewilligung in Aussicht gestellt werden kann (Art. 8). Was die SchV betrifft, gilt es zunächst festzuhalten, dass dieser, auf den 1. Mai 1982 in Kraft gesetzten Verordnung keine Rückwirkung zukommt. Früher erteilte Bewilligungen können demnach nicht ohne weiteres unter Hinweis auf Art. 8 dieser Verordnung widerrufen werden. Was den Seerichtplan über Anlagen für die Schifffahrt sowie die dazugehörigen Ausführungsbestimmungen betrifft, so sind diese nicht für den Bürger, sondern für die Behörden verbindlich (Art. 9 Abs. 1 RPG). Richtpläne stehen nicht auf der Stufe von für die Rechtsunterworfenen verbindlichem Recht, sondern wirken im Rahmen des geltenden Rechts. Sie legen die künftige Nutzung des Bodens in den Grundzügen fest und zeigen auf, in welchem Rahmen, in welche Richtung gesetzlich vorhandenes Planungsermessen gebraucht werden soll (Art. 1 ABSchV; Art. 9 RPG; L. Schürmann, Bau- und Planungsrecht, Bern 1981, 114 und 119; EJPD, Der Richtplan nach dem RPG, Bern 1979, 55 und 62). Die vom Regierungsrat zitierten Vorschriften der ABSchV sowie der Richtplan selber bieten deshalb an sich keine gesetzliche Grundlage zum Widerruf von Bewilligungen, zeigen aber auf, wie der Regierungsrat vorzugehen gedenkt. Ob dieses Vorgehen im Einzelfall zulässig ist, entscheidet sich aber letztlich nach Gesetz und Verfassung. Immerhin garantieren Richtpläne und die dazu erlassenen Ausführungsbestimmungen, dass die zu treffenden Einzelverfügungen in einem sachlich umfassenden planerischen Konzept eingebettet sind und dass alle gleichartigen baulichen Anlagen am ganzen See auch nach gleichen Gesichtspunkten beurteilt und auch sonst die Planungsgrundsätze rechtsgleich durchgeführt werden.

E. 3

a) Nicht jede Art der Inanspruchnahme öffentlichen Grundes durch Private bedarf einer staatlichen Bewilligung. So ist der schlichte Gemeingebrauch, bei dem die

Inanspruchnahme öffentlicher Sachen im Rahmen des Gewohnten bleibt und den Gebrauch der Sache durch andere weder verhindert noch erschwert, in der Regel bewilligungsfrei. Das Recht auf diesen Gebrauch ist seiner Natur nach allerdings kein subjektives Recht, das Anspruch auf Fortbestand und Weiterbenützung der öffentlichen Sache beinhaltet. Ist demgegenüber die Gebrauchsart nicht mehr gemeinverträglich, greift sie über die Zweckbestimmung der Sache hinaus oder stört sie die Benutzung, die anderen Berechtigten gestattet worden ist, bedarf es für diesen gesteigerten Gemeingebrauch in der Regel einer Bewilligung. Hat die Benutzungsart ihrem Inhalt nach ausschliesslichen Charakter, was sich namentlich auf Grund der Dauer und Intensität der Nutzung bestimmt, liegt Sondernutzung vor (zum Ganzen Imboden/Rhinow, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Basel 1976, Nr. 117 ff.). Die Abrenzung der drei Gebrauchsarten öffentlicher Sachen ist weder durch Lehre noch Rechtsprechung restlos geklärt. Insbesondere kann auch nicht einfach darauf abgestellt werden, ob im konkreten Fall eine Bewilligung verlangt wurde oder nicht und welcher begrifflichen Umschreibungen sich die Behörden bedienen. Es besteht nun aber kein Zweifel, dass die Erstellung von Bootsstegen auf öffentlichem Grund über den bewilligungsfreien schlichten Gemeingebrauch hinausgeht, wird doch der gleiche Gebrauch der Sache durch andere am betreffenden Ort dadurch ausgeschlossen und ein anderer Gebrauch zumindest erschwert (Imboden/Rhinow, a.a.O., Nr. 118 B I). b) Die Rechtsprechung steht auf dem Standpunkt, dass die zur Aufsicht über die öffentlichen Sachen zuständige Behörde kraft Sachherrschaft befugt ist, auch ohne besondere gesetzliche Grundlage eine über den schlichten Gemeingebrauch hinausgehende Benützung von einer Bewilligung abhängig zu machen (Nachweise bei Imboden/Rhinow, a.a.O., Nr. 118 B II; F. Gygi, Verwaltungsrecht, Bern 1986, 235). Eine generelle Bewilligungspflicht für die Benützung öffentlichen Grundes über den schlichten Gemeingebrauch hinaus wurde in Obwalden erstmals mit dem BauG vom 16. Mai 1965 eingeführt (Art. 3). In bezug auf die öffentlichen Gewässer wurde indessen schon früher eine Bewilligungspflicht für deren Inanspruchnahme durch Errichtung von Bauten und Anlagen statuiert. Bereits das Wasserbaupolizeigesetz vom 9. April 1877 kannte unzweifelhaft eine solche Bewilligungspflicht. Art. 1 WBPG umschreibt zunächst den Kreis der als öffentlich geltenden Gewässer, darunter den Sarnersee. Nach Art. 2 Abs. 1 dürfen Bauten, Anlagen und Vorrichtungen welche auf die Höhe des Wasserstandes, den Lauf des Gewässers und die Sicherheit des Ufers Einfluss haben, oder welche die bestehenden Uferlinien verändern, nur mit Bewilligung des Regierungsrates zur Ausführung gelangen. Als solche bewilligungspflichtige Anlagen nennt Abs. 2 Triebwerke, Wasserleitungen, Abzugsräben, Schöpfwerke, Bade- und Waschwäuser. Als weitere Kategorie bewilligungspflichtiger Anlagen gelten schliesslich nach Art. 3 "Brücken und Stege über diese Gewässer, sowie Überfahrtsstationen, mit welchen dauernde Einrichtungen (Ketten, Seile u.s.w.) verbunden sind". Ob der Gesetzgeber damals bereits an Stege gedacht hatte, die zum Zwecke des Badens oder des Anlegens von Booten vom Ufer aus auf den Seegrund hinaus gebaut werden, ist irrelevant. Art. 3 WBPG unterstellt "Stege über diese Gewässer" unmissverständlich der Bewilligungspflicht. Eine Bewilligungspflicht ergäbe sich aber auch aus Art. 2 Abs. 1 WBPG, nach dem es für die Bewilligungspflicht u.a. darauf ankommt, dass eine Anlage Einfluss auf den Lauf des Gewässers hat. Dies trifft auch auf Anlagen zu, die durch vertikale Vorrichtungen im Seegrund befestigt sind. Dass das Wasser im See - im Gegensatz zu Bächen und Flüssen - weniger "Lauf" aufweist, ist unerheblich. Auch die Praxis hat diese Bestimmungen schon immer in diesem Sinn ausgelegt. So beschloss der Regierungsrat am 13. April 1911 mittels einer Publikation im

Amtsblatt, darauf aufmerksam zu machen, "dass für die Errichtung von Anlagen auf Seegrund eine regierungsrätliche Bewilligung eingeholt werden muss" (Amtsblatt vom 18. Mai 1911, 178). Eingeleitet wurde die Publikation mit der Feststellung, es sei wahrgenommen worden, dass den Seen und anderen öffentlichen Gewässern entlang öfters Uferbauten und Hochbauten "ohne weitere Bewilligung errichtet werden". Wenn auch die Publikation die Rechtsgrundlage der Bewilligung nicht nannte, kann nicht zweifelhaft sein, dass der Regierungsrat Bewilligungen nach Art. 2 f. WBPG im Auge hatte. Mit Inkrafttreten der SchutzV am 9. Juli 1964, die der Regierungsrat gestützt auf Art. 132 EZumZGB erliess, galt für die Seezone ein generelles Bauverbot, und Bewilligungen konnten sogar nur noch als Ausnahmbewilligungen erteilt werden (Art. 3), so bei Vorliegen ausserordentlicher Verhältnisse und wenn die Anwendung der Zonenvorschriften zu unbilligen Härten führen würde, sofern dies mit dem öffentlichen Interesse vereinbart werden konnte und keine erhebliche Beeinträchtigung der Landschaft zu befürchten war. Seit Inkrafttreten des RPG am 1. Januar 1980 kommen nun auch von Bundesrechts wegen ausserhalb der Bauzonen nur noch Ausnahmbewilligungen für standortbedingte bauliche Anlagen in Frage (Art. 24 Abs. 1 lit. a RPG).

E. 4

Die Beschwerdeführer machen zu Recht nicht geltend, dass ihnen selber bzw. ihrem Rechtsvorgänger eine formellrechtliche Bewilligung für die Erstellung bzw. Erneuerung des Steges erteilt worden ist. Eine solche vermöchten sie - wie sich aus den Akten ergibt - auch nicht nachzuweisen. Indessen stellte V. bei den zuständigen Behörden wiederholt Gesuche um eine nachträgliche Bewilligung der ursprünglich erstellten bzw. erneuerten Steganlage, ohne dass diese Gesuche je behandelt worden wären. Es gilt daher zu prüfen, ob dem Beseitigungsanspruch allenfalls der Vertrauensschutz entgegensteht. Aus dem Verhalten der Behörden durfte V. wohl schliessen, dass die Behörden den bewilligungslosen Zustand duldeten. Indessen wird dadurch die fehlende Bewilligung nicht ersetzt oder gar ein wohl erworbenes Recht begründet. Vielmehr kann die Duldung des unbewilligten Steges höchstens bedeuten, dass die Behörden vorläufig von irgendwelchen Sanktionen absahen, den zumindest formellrechtlich gesetzwidrigen Zustand auf Zusehen hin duldeten. Die Beschwerdeführer können sich aber insofern auf den Vertrauensgrundsatz berufen, als den in guten Treuen getätigten Investitionen angemessen Rechnung zu tragen ist. Indessen muss die heute mehr als 20-jährige Einzelsteganlage - trotz dauernden und regelmässigen Unterhalts - als amortisiert gelten. Hinzu kommt, dass im Jahre 1973 - ebenfalls ohne Bewilligung - ein Bootsanzug erstellt sowie die Holzpfosten des Steges durch massivere Metallpfähle ersetzt wurden. Unter diesen Umständen fällt aber ein Anspruch auf angemessene Amortisation gutgläubig getätigter Investitionen ausser Betracht.

E. 5

Bauten, die ohne Bewilligung auf öffentlichen Grund erstellt wurden, sind grundsätzlich zu beseitigen. Indessen stellt sich die Frage, ob das Gemeinwesen und gegebenenfalls nach welchem Zeitpunkt den Abbruch einer nicht bewilligten Anlage nicht mehr durchsetzen kann. a) Unter Vorbehalt der Wiederherstellung des gesetzmässigen Zustandes aus baupolizeilichen Gründen im engeren Sinne ist die Befugnis der Behörden, den Abbruch eines baugesetzwidrigen Gebäudes oder Gebäudeteiles anzuordnen, grundsätzlich auf 30 Jahre beschränkt. Das Bundesgericht begründet die dreissigjährige Frist mit der analogen Anwendung der für die ausserordentliche Ersitzung nach Art. 662 ZGB geltenden Frist

(BGE 107 Ia 122). Einen Vorbehalt in dem Sinne, dass bereits ein kürzerer Zeitablauf der Wiederherstellung des gesetzmässigen Zustandes entgegenstehen kann, machte das Bundesgericht für den Fall, dass die Behörden die rechtswidrigen Anlagen über Jahre hinweg duldeten, obschon ihnen die Gesetzwidrigkeit bekannt war oder sie diese bei Anwendung der gebotenen Sorgfalt hätten kennen müssen. In solchen Fällen könnte der aus Art. 4 BV folgende Schutz von Treu und Glauben Platz greifen (a.a.O., 124 E. 1c; 105 Ib, 271 f. E. 6c). Indessen kann die Rechtsprechung des Bundesgerichtes in bezug auf die Verwirkung des Anspruchs auf Wiederherstellung bau- oder forstpolizeiwidriger Zustände nicht unbesehen auf den hier zur Diskussion stehenden Beseitigungsanspruch übertragen werden. Im einen der beiden erwähnten Entscheide des Bundesgerichtes ging es darum, ob der Eigentümer gewissermassen das Recht ersitze, den an sich rechtswidrigen Zustand - es handelte sich um eine widerrechtliche Rodung - seiner Liegenschaft beizubehalten. Das Bundesgericht bejahte die Frage insofern, als es die Befugnis der Behörden, die Wiederaufforstung auch nach 30 Jahren seit der unerlaubten Rodung zu verlangen, verneinte (BGE 105 Ib 270 f. E. 6). Im anderen Fall ging es um die Beseitigung eines baugesetzwidrigen Zustandes nach über 30 Jahren. Das Bundesgericht nahm die Verwirkung der Befugnis an, den Abbruch eines rechtswidrigen Gebäudeteiles zu verlangen. In beiden Fällen hatten die Grundeigentümer öffentliche Eigentumsbeschränkungen missachtet. Das Bundesgericht verneinte im Ergebnis die Befugnis des Gemeinwesens, nach 30 Jahren die vom Eigentümer missachtete öffentlichrechtliche Eigentumsbeschränkung durchzusetzen. Im hier interessierenden Zusammenhang geht es bei der Frage nach einer allfälligen Verwirkung des Beseitigungsanspruchs aber um etwas ganz anderes. Im Gegensatz zu den erwähnten Fällen handelt es sich vorliegend nicht darum, dass ein Grundeigentümer die Durchsetzung öffentlichrechtlicher Eigentumsbeschränkungen nach Jahren abwehren will. Vielmehr geht es um die Frage, ob ein Privater ein Sondernutzungsrecht an einer öffentlichen Sache ersitzen kann, d.h. die Frage einer allfälligen Verwirkung des Beseitigungsanspruches erweist sich als Problem der Ersitzung dinglicher Rechte an öffentlichen Sachen. Es ist somit danach zu fragen, ob sich ein Privater auch ohne Konzession zufolge 30-jähriger ungestörter Nutzung ein einem verliehenen Sondernutzungsrecht ebenbürtiges Recht an einer öffentlichen Sache zu verschaffen vermag. b) Der Sarnersee ist ein öffentliches Gewässer (Art. 1 WBPG). Ein unentziehbares Sondernutzungsrecht kommt in der Regel einem beschränkten dinglichen Rechte gleich (BGE 96 I 291; Imboden, Der verwaltungsrechtliche Vertrag, ZSR 1958, 170a). Es fragt sich deshalb, ob ein beschränktes dingliches Recht an einer öffentlichen Sache der Ersitzung überhaupt zugänglich ist. Nach überwiegender Auffassung ist die Ersitzung dinglicher Rechte an einer öffentlichen Sache grundsätzlich nicht möglich (Meier-Hayoz, N. 145 zu Art. 664 ZGB; Haab, N 6 und 19 zu Art. 661-663 ZGB; BGE 52 II 120 f; 96 II 25 ff; a.M. Liver, N. 121 ff. zu Art. 731 ZGB). Nach der abweichenden Meinung Livers schliesst das ZGB die Ersitzung an den gemäss kantonalem Recht in das Grundbuch nicht aufgenommenen öffentlichen Grundstücken nicht aus, wogegen sie das kantonale öffentliche Recht ausschliessen könne. Allerdings hält Liver die Ersitzung auch ohne eine ausdrückliche Vorschrift dann als ausgeschlossen, wenn durch sie die Zweckbestimmung der Sache beeinträchtigt würde (a.a.O., N. 127 f). Es besteht nun aber kein Zweifel, dass der Sarnersee dem öffentlichen Gemeingebrauch dient und dass der Gemeingebrauch durch ein in Frage stehendes Sondernutzungsrecht eingeschränkt wird. Deshalb macht ja das WBPG bereits den gesteigerten Gemeingebrauch ausdrücklich von einer Bewilligung abhängig. Es kann daher keinem Zweifel unterliegen,

dass ein Sondernutzungsrecht nur durch Verleihung erworben werden, jedoch niemals ersessen werden kann. Dies wiederum bedeutet, dass der Geltendmachung des staatlichen Beseitigungsanspruches auch nach 30 Jahren nicht die Einrede der Ersitzung entgegengehalten werden kann.

E. 6

a) Die formelle Gesetzwidrigkeit allein rechtfertigt nun aber den Abbruch einer unbewilligten Baute dann nicht, wenn die materiellen Voraussetzungen zur Erteilung einer Bewilligung gegeben sind. Vor einem Abbruch ist daher zu prüfen, ob die Anlage allenfalls nachträglich bewilligt werden könnte. Dabei ist nicht auf die Rechtslage abzustellen, wie sie im Zeitpunkt des Abbruchbefehls besteht, sondern wie sie im Zeitpunkt der Erstellung derselben bestand. Eine Ausnahme gilt nur dort, wo anzunehmen ist, dass der betreffende Bauherr nur deshalb ohne Bewilligung baute, um einer für ihn ungünstigen Rechtsänderung zuvorzukommen, weil er damit rechnen musste, dass die Bewilligung bei ordnungsgemässer Einreichung und Behandlung des Baugesuches erst unter dem neuen, für ihn ungünstigeren Recht erteilt worden wäre (BGE 104 Ib 303 f). Darum geht es vorliegend aber nicht. Es ist somit zu prüfen, ob und allenfalls in welcher Form die Anlage der Beschwerdeführer zum Zeitpunkt ihrer Errichtung bewilligt worden wäre. b) Die Beschwerdeführer machen geltend, ihr Rechtsvorgänger hätte im Jahre 1964 eine Bewilligung vorbehaltlos, ohne Revers belastet erhalten. Sie stellen sich damit auf den Standpunkt, dass die Abbruchverfügung in wohlerworbene Rechte eingreife. Polizeiliche Bewilligungen begründen in der Regel keine wohlerworbenen Rechte, welche ihren Inhaber vor Beschränkungen schützen, denen ein neues Gesetz die bisher bewilligte Tätigkeit im öffentlichen Interesse unterwirft. Die Aufrechterhaltung der früheren Rechtsordnung kommt an sich nur in Frage, wenn diese durch besondere Vorschrift des Gesetzes als unabänderlich erklärt worden ist (BGE 87 I 424). Hinsichtlich der Rechtsbeständigkeit von Bewilligungen kann es daher entscheidend sein, ob diese lediglich als Polizeibewilligungen oder aber als subjektive Rechte verleihende Verfügungen zu qualifizieren sind. Sonderbewilligungen schliessen denn auch in der Regel das Recht ein, feste und ihrer Natur nach auf die Dauer angelegte bauliche Anlagen zu errichten. Charakteristisch für die mit Sondernutzung umschriebene Gebrauchsart ist, dass zufolge ihrer Intensität in der Regel jeder andere Gemeingebrauch der öffentlichen Sache, handle es sich dabei um schlichten oder um gesteigerten Gemeingebrauch, am gleichen Ort oder zur gleichen Zeit ausgeschlossen ist (B. Knapp, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Basel 1983, Rz 1824 ff; A. Grisel, Traité du droit administratif, 1984 II, 563; F. Fleiner, a.a.O., 379; BGE 96 I 290 E. 5a; ZBl 1978, 93; 1935, 186 f.). Das WBPG selber verwendet einerseits in den Art. 2 ff. den Begriff der Bewilligung, in Art. 46 in der Fassung vom 28. April 1907 im Zusammenhang mit der Erteilung von Bewilligungen für die Benutzung der Wasserkraft den Begriff der Wasserkonzession. Indessen lassen die in Gesetzen oder auch Verfügungen jeweils verwendeten Begriffe allein keinen Schluss auf den Charakter eines Rechtes zu. Bemerkenswert ist immerhin, dass Bewilligungen nach Art. 2 ff. WBPG keineswegs nur auf Zusehen, d.h. von Gesetzes wegen nur mit dem Vorbehalt des Widerrufs erteilt werden. Eine solche Bestimmung findet sich erstmals in Art. 8 SchutzV vom 26. Februar 1982. Indessen machte der in einzelnen Bewilligungen jeweils angebrachte Widerrufsvorbehalt klar, dass dem Inhaber kein subjektives Recht verliehen wurde (vgl. nachfolgend Erwägung c). Man könnte sich nun fragen, ob Bewilligungen, die ohne ausdrücklichen Widerrufsvorbehalt erteilt wurden, nicht als Sondernutzungsbewilligungen aufzufassen sind, die dem Inhaber ein subjektives Recht einräumen. Die Frage kann hier indessen offen

bleiben, da die Beschwerdeführer eine solche unbeschwerte Bewilligung nicht vorzulegen vermögen. Ein subjektives Recht kann aber auch nicht aus Art. 17 Abs. 1 SchutzV abgeleitet werden. Gemäss dieser Bestimmung bleiben bisher, das heisst vor Inkrafttreten der Verordnung erteilte Bewilligungen in ihrem Bestand gewahrt. Damit sollte aber lediglich verdeutlicht werden, dass die SchutzV in bezug auf bestehende Bewilligungen keine (negativen, einschränkenden) Änderungen bringt. Vielmehr sollten bereits erteilte, also altrechtliche Bewilligungen bestehen bleiben, jedoch nur im bisherigen Umfang. Wer also bei Inkrafttreten der SchutzV nicht im Besitz einer unbeschwerten Bewilligung bzw. eines Sondernutzungsrechtes war, kann sich heute nicht darauf berufen, dass er nun zufolge der "Bestandesgarantie" von Art. 17 Abs. 1 SchutzV über ein solches Recht verfüge. c) Der Regierungsrat macht geltend, in der Praxis seien Bewilligungen nie anders als in Verbindung mit der Nebenbestimmung erteilt worden, dass die bewilligten Anlagen auf Verlangen des Staates jederzeit zu beseitigen seien, dass also die Bewilligungen mit einem Revers versehen worden seien und verweist auf die Dissertation von Britschgi über das öffentliche Wasserrecht des Kantons Obwalden (Diss. Freiburg 1952, 83), wo ausgeführt wird, nach jüngster Praxis würden solche Anlagen als sog. Reversbauten "konzessioniert". In diesem Zusammenhang erwähnt Britschgi einen Regierungsratsbeschluss vom 12. Juli 1911, worin allerdings - entgegen der Darstellung Britschgis - nicht im Sinne eines generellen Beschlusses festgehalten wurde, dass "sämtliche Besitzer von Bade- und Schiffshütten ... zur Unterzeichnung eines Reverses zu veranlassen" seien (a.a.O., Anm. 13), sondern es wurde in einem konkreten Fall dem Gesuchsteller bewilligt, bei Sarnen auf Seegrund eine Bootshütte zu erstellen "gegen Unterzeichnung eines Revers, dass er die Hütte auf Verlangen des Staates jederzeit wieder entferne und auf den ihm zur Verfügung gestellten Seegrund niemals rechtlichen Anspruch erheben werde" (RRB in Band 35, 585). In einem anderen Fall hatte der Regierungsrat dem Kurund Verkehrsverein Lungern am 11. Dezember 1915 eine "Konzession zur Aufstellung einer Badeanstalt am Lungernsee" bewilligt. In die Konzession war die folgende Bestimmung aufgenommen worden: "Sofern jemals aus diesem oder jenem, im Interesse der Öffentlichkeit liegenden Gründe die Beseitigung der fraglichen Baute wünschenswert oder notwendig sein sollte, so ist der Eigentümer verpflichtet, dieselbe auf erste Aufforderung hin und ohne irgend welche Entschädigung beanspruchen zu können, sofort zu entfernen." (unveröffentlichter BGE vom 2. Februar 1924 i.S. Kur- und Verkehrsverein Lungern c. Zentralschweizerische Kraftwerke AG und Regierungsrat des Kantons Unterwalden ob dem Wald, Seite 4). Während der Amtsbericht über die Staatsverwaltung 1924/1926 eigens erwähnt, dass am Sarnersee eine Schiffhütte "mit Revers" erteilt wurde (79), registrieren andere Amtsberichte die Erteilung solcher "Konzessionen", ohne dabei den Charakter von Reversbauten eigens hervorzuheben. Der Amtsbericht 1912/14 hält fest, "dass den Benützern von Bade- und Schiffhütten an den Seen Konzessionen erteilt und damit endlich für den Bestand dieser Bauten eine gesetzliche Grundlage geschaffen" wurde (100). Der Amtsbericht 1916/1920 erwähnt zwei "Konzessionen" am Sarnersee (69), der Amtsbericht 1926/1928 erwähnt vier Bewilligungen für Bade- und Schiffhütten am Sarnersee (87). Im Amtsbericht 1953/1954 schliesslich wird festgehalten, dass am Ende der Berichtsperiode am Sarnersee 40 auf öffentlichem Grund bewilligte Schiff- und Badehütten bestanden (339 f.). Bewilligungen kleinerer Anlagen wie die hier zur Diskussion stehenden Bootsstege fanden in den Amtsberichten keine Erwähnung. Indessen ist zugunsten der Beschwerdeführer davon auszugehen, dass ihrem Rechtsvorgänger der Steg seinerzeit, wenn auch mit einem Beseitigungsvorbehalt beschwert, bewilligt worden wäre. d) In diesem Zusammenhang

stellt sich die Frage, ob die gesetzlich an sich nicht vorgesehene Verknüpfung der Bewilligung mit einem Widerrufsvorbehalt zulässig war. Das WBPG sieht nämlich die Erteilung von Bewilligungen mit Widerrufsvorbehalt nicht vor; dies im Gegensatz zu Art. 8 SchutzV vom 26. Februar 1982. Soweit jedenfalls eine den Revers enthaltende Nebenbestimmung aus dem mit dem Gesetz verfolgten Zweck, aus einem mit der Hauptanordnung in Sachzusammenhang stehenden öffentlichen Interesse hervorgeht, ist der Widerrufsvorbehalt auch ohne Normierung durch einen ausdrücklichen Rechtssatz zulässig (Imboden/Rhinow, a.a.O., Nr. 39, B III b). Als öffentlichrechtliche Eigentumsbeschränkung ist er insbesondere dann gerechtfertigt, wenn die in Frage stehende Bewilligung überhaupt verweigert werden könnte (BGE 99 Ia 484 f; 101 Ia 191; 109 Ib 119; Imboden/Rhinow, a.a.O., Nr. 37 B V; F. Gygi, Verwaltungsrecht, Bern 1986, 293 f). Soweit mit dem in der Bewilligung vorgesehenen Revers keine anderen Zwecke verfolgt werden, kann dem Widerruf der Bewilligung nicht entgegengehalten werden, das Gesetz selber, auf welchem die Bewilligung beruht, sehe dies nicht vor. Was die erwähnte Möglichkeit der Bewilligungsverweigerung betrifft, ist vorweg festzustellen, dass der Bürger keinen subjektiven Anspruch auf Bewilligung eines gesteigerten Gemeingebrauchs hat, auch nicht einmal auf Ausübung schlichten Gemeingebrauchs, soweit jedenfalls mit der Verweigerung des Gemeingebrauchs nicht die Ausübung von Freiheitsrechten verunmöglicht oder erschwert wird (Imboden/Rhinow, a.a.O., 118 B II). Was nun die baulichen Anlagen im speziellen auf öffentlichen Gewässern bzw. auf Seegrund betrifft, wäre die grundsätzliche Verweigerung von Bewilligungen weder heute noch nach Inkrafttreten des WBPG willkürlich gewesen. Dabei muss man sich namentlich vor Augen halten, dass die bevorzugte Stellung, welche die Anstösser an öffentliche Gewässer geniessen, indem sie in der Regel in der Lage sind, den Gemeingebrauch intensiver zu nutzen als Dritte, rein tatsächlicher Natur ist. Trotz dieser faktischen Möglichkeiten und eventuell auch grösserer wirtschaftlicher Interessen (Aufwertung eines Ufergrundstückes) stehen den Anstössern diesbezüglich nicht mehr Rechte zu als Dritten (Fleiner, Institutionen des dt. Verwaltungsrechts, Nachdruck 1963, 377; Haab, Kommentar N 21 zu Art. 664 ZGB; F. Gygi, a.a.O., 238). Dies bedeutet aber, dass die zuständige Behörde in bezug auf die Bewilligung gesteigerten Gemeingebrauchs oder gar die Einräumung von Sondernutzung nicht zwischen Seeanstössern und anderen Bürgern unterscheiden darf, dass sie, wenn nebst den Uferanstössern auch eine Vielzahl anderer Bürger um solche Bewilligungen nachsuchten, gar keine andere Wahl hätte, als Bewilligungen grundsätzlich zu verweigern. Anders entscheiden führte zu unhaltbaren Ergebnissen, indem nämlich die Behörden bei einem Überhandnehmen von Gesuchen solche entweder weiterhin bewilligten und die daherigen negativen Folgen in Kauf nehmen würden oder aber wegen Überbeanspruchung der öffentlichen Sache von einem bestimmten Moment an ablehnen müssten, was zu Ungleichheiten führte. Der Umstand allein, dass bis anhin offenbar kaum andere Personen als solche mit Seeanstoss um Bewilligungen nachsuchten, vermag an diesen grundsätzlichen Aspekten nichts zu ändern. Wenn daher die zuständige Behörde schon vor Jahrzehnten das Problem so löste, dass sie den Gesuchstellern Bewilligungen zwar nicht einfach verweigerte, diese jedoch mit einem Widerrufsvorbehalt verknüpfte, handelte sie rechtmässig. Ist nun aber davon auszugehen, dass die Anlage der Beschwerdeführer mit einem Revers bewilligt worden wäre, so ist die Frage der Beseitigung nicht anders zu beantworten als bei bewilligten, aber mit einem Widerrufsvorbehalt versehenen Stegen. So gesehen unterscheidet sich deren Widerruf hinsichtlich der Voraussetzungen kaum mehr von jenen der nicht bewilligten Stege.

E. 7

Obwohl die Rechtsbeständigkeit von Bewilligungen mit Widerrufsvorbehalt nicht gesichert ist, geht die Praxis davon aus, dass der Widerrufsvorbehalt nicht einfach eine "autorisation à bien plaître" beinhalte (BGE 96 I 290). Auch solche Bewilligungen dürfen nur aus stichhaltigen Gründen widerrufen werden. Die Gründe müssen innerhalb des Sachbereichs desjenigen Gesetzes liegen, auf Grund dessen der Verwaltungsakt erlassen worden ist (F. Gygi, a.a.O., 293 f; Wolf/Bachof, Verwaltungsrecht I, München 1974, 49 I c; E. Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 10. Auflage, 266). So lässt auch ein ausdrücklicher Widerrufsvorbehalt keinen Raum für eine willkürliche Zurücknahme der Bewilligung. Der Widerruf einer mit einem Widerrufsvorbehalt versehenen Bewilligung kann zwar begrifflich nicht einfach dem Widerruf im Sinne der Anpassung ursprünglich fehlerfreier Verfügungen ohne Widerrufsvorbehalt gleichgesetzt werden. Für Forsthoff besteht die rechtliche Wirkung des Widerrufsvorbehalts in der Umkehr der Beweislast, indem nicht der Staat das Vorhandensein, sondern der Betroffene das Fehlen stichhaltiger Widerrufsgründe nachzuweisen habe (a.a.O., 267). Sodann gilt es bei der sog. Anpassung immer abzuwägen zwischen dem Interesse an der richtigen Durchführung des Rechts und jenem der Rechtssicherheit, weil sich der Bewilligungsinhaber grundsätzlich auf die Rechtsbeständigkeit der Verfügung verlassen darf. Letzteres soll nun aber gerade durch den Widerrufsvorbehalt verhindert werden. Dies würde an sich den Schluss nahelegen, dass es genügen muss, wenn sachlich haltbare, vertretbare, im öffentlichen Interesse liegende Gründe für einen Widerruf vorliegen, ohne dass noch wie bei der sog. Anpassung auf das Problem der Rechtssicherheit ein besonderes Augenmerk zu richten wäre. Wenn auch die Unterschiede zwischen einer vorbehaltlos erteilten Bewilligung und einer unter Widerrufsvorbehalt erteilten nicht in Frage gestellt werden sollen, so würde ein grundsätzliches Nichtberücksichtigen des Rechtssicherheitsproblems im Falle des Widerrufs solcher Bewilligungen der tatsächlichen Interessenlage nicht gerecht. So hat das Bundesgericht im Falle von jeweils auf nur zwei Jahre befristeten Taxistandbewilligungen entschieden, dass die im Vertrauen auf die regelmässige Erneuerung der Bewilligung in angemessener Weise getroffenen Dispositionen im Einzelfall im Laufe der Zeit ein derartiges Gewicht erhalten können, dass die Rechtsstellung des Bewilligungsinhabers faktisch die gleiche sei, wie wenn ihm die Bewilligung unbefristet auf Dauer erteilt worden wäre (BGE 102 Ia 448 f.). Nicht anders stellt sich das Problem im Falle einer Bewilligung mit Widerrufsvorbehalt, wo zwar der Bewilligungsinhaber ausdrücklich darauf aufmerksam gemacht wird, dass er mit dem jederzeitigen Widerruf zu rechnen hat, er aber andererseits doch damit rechnen darf, dass dies in absehbarer oder mindestens in nächster Zeit nicht geschehen wird und er eben im Vertrauen darauf Dispositionen, so namentlich Investitionen getroffen hat. In solchen Fällen ist analog der Anpassung von Verfügungen vorzugehen, indem das Vertrauen des Bewilligungsinhabers in einen, wenn auch zeitlich nicht unbegrenzten Fortbestand der Bewilligung zu berücksichtigen ist. Das private Interesse konkretisiert sich im Bedürfnis, in guten Treuen getätigte Investitionen während einer angemessenen Zeitspanne nutzen und amortisieren zu können (BGE 102 Ia 450, E. 7c). Ein solcher Anspruch fällt vorliegend jedoch ausser Betracht. Es kann hiezu auf die in Ziffer 4 gemachten Ausführungen verwiesen werden.

E. 8

Auch bei ohne Bewilligung erstellten baulichen Anlagen sowie bei nur unter Widerrufsvorbehalt erteilten Bewilligungen gebietet das Willkürverbot, dass sachlich

haltbare, vertretbare, im öffentlichen Interesse liegende Gründe die Abbruchverfügung rechtfertigen. Strittig ist vorliegend, ob ein öffentliches Interesse am Abbruch der Anlage der Beschwerdeführer besteht. Die Vorinstanzen sehen das öffentliche Interesse im Schutze der Ufervegetation, vor allem des Schilfschutzes begründet. Sie berufen sich dazu auf den im Seerichtplan ausgeschiedenen Schilfbereich. Das Baudepartement hatte nämlich gestützt auf Art. 5 Abs. 1 SchutzV einen Richtplan über sämtliche Anlagen für die Schifffahrt erstellt, welchen der Regierungsrat am 5. Juli 1983 genehmigte (Art. 1 ABSchutzV). Darin wurden zum Schutz der öffentlichen Gewässer neben den Anlage- und Zwischenbereichen eigentliche Schilfbereiche ausgeschieden, welche die geschützte Ufervegetation, namentlich Schilf, Binsen, See- und Teichrosen usw. erfassen und vor jedem Eingriff schützen sollen (Art. 2 Abs. 1 + 2 ABSchutzV). Die Anlage der Beschwerdeführer befindet sich im so ausgeschiedenen Schilfbereich. Zur Verbindlichkeit des Seerichtplanes wie auch der dazu erlassenen Ausführungsbestimmungen für die Rechtsunterworfenen kann auf die in Erwägung 2 gemachten Ausführungen verwiesen werden. Indessen stellt sich die Frage, ob im konkreten Fall der im Richtplan ausgeschiedene Schilfbereich für das Verwaltungsgericht absolut verbindlich ist. Dies ist zu verneinen. Richtpläne richten sich vorab an Verwaltungsbehörden; die Rechtsprechung binden sie nur in vereinzelt Fällen, da sich die Rechtsanwendung auf für den Rechtssuchenden verbindliche und damit allgemeinverbindliche Vorschriften bezieht. Richtpläne können aber immerhin - sofern sie selber rechtmässig sind - Massstab für Ermessensfehler bilden (EJPD, Erläuterungen zum RPG, Bern 1981, Art. 9 N 16). Gleiches ergibt sich aufgrund von Art. 65 GOG. Danach überprüft das Verwaltungsgericht Rechtsverletzungen einschliesslich Ermessensüberschreitungen und -missbrauch sowie offensichtlich unrichtige oder unvollständige Feststellungen des rechtserheblichen Sachverhaltes. Dies kann nun aber nichts anderes heissen, als dass auch (nur) behördenverbindliche Vorschriften überprüfbar sind. Dem Verwaltungsgericht bleibt es daher - immer im Rahmen von Art. 65 GOG - unbenommen, zu prüfen, ob der Richtplan im konkreten Beschwerdefall den zur Diskussion stehenden Uferabschnitt zu Recht dem Schilfbereich und damit der Uferschutzzone zuordnete. Ermessenskontrolle, Zweckmässigkeitskontrolle bleibt indessen dem Gericht versagt.

E. 9

Die allgemeine Schutzwürdigkeit von Ufervegetationen wird bereits durch das Bundesrecht statuiert; zusätzlich verfolgen aber auch kantonale Bestimmungen denselben Zweck (vgl. Art. 1 Abs. 2 lit. a, Art. 3 Abs. 1 lit. c, Art. 17 Abs. 1 lit. a + d RPG; Art. 18 ff. N + HSG; Art. 5 kant. PflanzenschutzVO; Art. 2 ABSchutzV). Der Augenschein hat gezeigt, dass der ungefähr ein Meter breite und acht Meter lange Steg mitten durch Schilf führt. Teilweise wächst das Schilf gar unter dem Steg hindurch. Die Beschwerdeführer wenden in diesem Zusammenhang ein, dass man früher, das heisst vor der Erstellung des Steges, Schneisen in das Schilf geschlagen habe, um sich so Zugang zum See zu verschaffen. Die dadurch entstandene Schilflücke habe sich aber allmählich gerade dank des Steges wieder geschlossen. Würde es nur um das Schilf gehen, so könnte dem Einwand, dass der Zugang zum See über einen Steg schonender ausgeübt wird, als wenn einfach Schneisen gebrochen werden und der Zugang zum See durch diese gesucht wird, zumindest eine gewisse praktische Berechtigung nicht abgesprochen werden. Es ist indes gleich beizufügen, dass dieses Argument nur dann zutrifft, wenn man davon ausgeht, dass die Beschwerdeführer, die über keinen Steg (mehr) verfügen, durch das Schilf hindurch in den See gehen und auf diese Weise Schilf zerstören. Art. 21 des Bundesgesetzes über den Natur- und Heimatschutz

untersagt jedoch ausdrücklich, die Ufervegetation zu roden, zu überschütten oder auf andere Weise zum Absterben zu bringen. Infolgedessen könnte ein durch das Schilf hindurchgehender Steg rechtlich niemals durch den Hinweis auf die noch grössere Gefährdung des Schilfes durch das "wilde" Betreten der Seeufer gerechtfertigt werden. Zudem besteht keine Garantie dafür, dass die Beschwerdeführer ihre Anlage auch wirklich vegetationsschonend benützen. Der Steg lädt den Badenden dazu ein, sich nicht nur an der Stirnseite, sondern auch seitlich des Steges im Wasser aufzuhalten, wodurch das Schilf ebenfalls in Mitleidenschaft gezogen wird. Die Erfahrung zeigt auch, dass das Schilf sehr oft nicht nur im unmittelbaren Bereich, sondern in einem mehr oder weniger grossen Umkreis eines Steges beeinträchtigt wird.

E. 10

a) Nach Angaben der Beschwerdeführer war der Schilfgürtel vor ihrer Parzelle früher um einiges breiter gewesen als er es heute ist. Als Gründe für den Schilfrückgang bzw. die Zerstörung des Schilfes sehen sie indessen nicht den vom Steg ausgehenden Betrieb, sondern vielmehr die Zuführung von Schwemmholz, aber vor allem auch die zu starke Hypertrophie, welche das Schilfwachstum zunächst zwar förderte, in der Folge aber zugleich auch schwächte. Es ist zwar nicht zu übersehen - die Expertenanhörung hat dies eindrücklich gezeigt -, dass primär nicht der u.a. von Stegen ausgehende Bade- und Bootsbetrieb am Zurückgehen der Ufervegetation schuld ist. Die Ursachen sind vielfältig. Eine der Hauptursachen bildet die Überdüngung der Seen, die zum überschnellen Aufschliessen der Schilfvegetation und einer einhergehenden Schwächung derselben führt, sodann zu starke Algenbildung, die ebenfalls negative Einwirkungen auf die übrige Vegetation im Litoral hat. Durch den Betrieb der Kläranlagen ist die von den häuslichen Abwässern ausgehende Überdüngung (u.a. Phosphat) heute weitgehend beseitigt. Entsprechend ist auch die Algenbildung zurückgegangen. Hingegen besteht nach wie vor eine starke Belastung der Seen durch von der Landwirtschaft ausgehende Stickstoffe, die in erster Linie für die Schwächung der Schilfbestände verantwortlich ist. Eine andere wichtige Ursache des Schilfrückgangs bilden Uferaufschüttungen, die sehr oft mit Ufermauern verbunden sind. Durch die starke Verbauung der Ufer mit Mauern wird einmal der natürliche Übergang von der Land- zur Wasserzone unterbrochen. Sodann führen Aufschüttungen oft zur Ausbildung steil abfallender Halden und starker Verengungen, wenn nicht sogar zum Verschwinden der Flachwasserzone. Indessen sind es auch direkte menschliche (mechanische) Einwirkungen namentlich durch Badende, welche die Ufervegetation zusätzlich belasten oder zumindest einer Erholung derselben hinderlich sind, auch wenn der Anteil dieser Einwirkungen am gesamten Rückgang des Schilfes den zuvor erwähnten Ursachen keineswegs gleichzusetzen ist, ja offenkundig untergeordnete Bedeutung hat. Geht man allerdings vom heutigen Bestand der Ufervegetation aus, der - gemessen an früheren Beständen - nur noch einen Bruchteil ausmacht, haben die direkten menschlichen Einwirkungen eine um so grössere Bedeutung. b) Ausschlaggebend ist aber - wie die Expertenanhörung wiederum deutlich zeigte -, dass es vorliegend nicht nur um den Schutz der Ufervegetation und damit des Schilfes allein geht, sondern um den Schutz der gesamten Flachwasserzone, die als biologisch aktivster Teil des Sees Lebensgrundlage für Flora und Fauna bildet. Darauf kommt es aber an. Unter diesen Umständen erhellt auch, dass dem Argument der Beschwerdeführer, den Steg vor allem als Badesteg zu benutzen, keine durchschlagende Bedeutung zukommt. Die Flachwasserzone mit ihrer Ufervegetation dient zahlreichen Vogelarten als Brutstätte. Diese Funktion kann sie aber nur dann erfüllen, wenn sie möglichst grosse und zusammenhängende Partien bildet und nicht nur vor

mechanischen, sondern auch anderen störenden Einwirkungen geschützt wird. Die Steganlage der Beschwerdeführer unterteilt einen bestehenden Vegetationsraum und stellt, nebst der mechanischen Einwirkung auf die Schilfpflanzen, eine erhebliche Störung des Lebensraumes namentlich für Brutvögel und Wassertiere dar. Das öffentliche Interesse am Schutz und an der Erhaltung, aber auch an der Vergrößerung einer ungestörten Flachwasserzone, an dem für Flora und Fauna notwendigen Lebensraum muss daher im vorliegenden Fall eindeutig bejaht werden. Es gebietet, den Steg mitsamt dem Bootsplan zu beseitigen und die zur Erholung der Öffentlichkeit dienenden Anlagen, die auch den legitimen Interessen der Bevölkerung am Zugang zum See Rechnung tragen, an Orten und Stellen zu konzentrieren, wo die schädlichen Einflüsse auf den See verhältnismässig gering sind. c) Schliesslich vermag auch das Argument der Verhältnismässigkeit von Verwaltungseingriffen nicht zu verfangen. Dass die vom Steg der Beschwerdeführer ausgehende Beeinträchtigung angesichts der eigentlichen Ursachen des Schilfstrebens verschwindend klein erscheint und sich auf den ersten Blick auch der Vorteil, der durch die Beseitigung der Anlage erzielt würde, gering ausmacht, ist hier nicht entscheidend. In bezug auf die Frage der Verhältnismässigkeit kommt es nämlich nicht darauf an, ob der mögliche Gewinn der Massnahme, gemessen am gesamten Schilfgürtel, geringfügig ist, gewissermassen den Tropfen auf den heissen Stein darstellt. Primär ist vielmehr von der konkreten Situation auszugehen. Diese kennzeichnet sich vorliegend dadurch, dass zufolge des Steges im Schilf eine Schneise besteht und dass zusätzlich der Steg in die Flachwasserzone hinausragt. Was letzteres betrifft, geht es darum, dass die Anlage und der von ihr ausgehende Betrieb auch ohne direkte Beeinträchtigung des Schilfes für die in der Flachwasserzone lebenden Tiere immer eine Störung darstellt. de| fr | it Schlagworte frage beschwerdeführer widerrufen behörde regierungsrat öffentliche sache öffentliches interesse gesetz see ufervegetation ersitzung revers bundesgericht ausdrücklich richtplan Mehr Deskriptoren anzeigen Normen Bund BV: Art.4 ZGB: Art.661 Art.662 Art.663 Art.664 Art.731 RPG: Art.1 Art.3 Art.9 Art.17 Art.24 WBPG: Art.1 Art.2 Art.3 WBPG: Art.2 Art.3 Art.8 Leitentscheide BGE 99-IA-482 S.484 101-IA-188 S.191 96-II-25 104-IB-301 S.303 102-IA-438 S.448 107-IA-121 S.122 102-IA-438 S.450 87-I-420 S.424 105-IB-265 S.270 96-I-282 S.291 52-II-117 S.120 96-I-282 S.290 109-IB-116 S.119 VVGE 1987/88 Nr. 59

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