

# TG\_GERICHTE TVR-2019-18 vom 1. Januar 2019

TG Obergericht, 2019-01-01, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/tg\\_gerichte\\_TVR-2019-18](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/tg_gerichte_TVR-2019-18)

FR: TG\_GERICHTE TVR-2019-18 du 1 janvier 2019

IT: TG\_GERICHTE TVR-2019-18 del 1 gennaio 2019

## Erwägungen

### E. 1

Bei der Prüfung der Nachkonzessionierung einer Treppe zum See ist die Möglichkeit der Nutzung einer zweiten Treppe auf derselben Liegenschaft zu berücksichtigen, auch wenn den Nachbarn aufgrund einer Dienstbarkeit ein Recht auf Mitbenutzung dieser zweiten Treppe zusteht. Bei der Interessenabwägung ist namentlich auch das öffentliche Interesse an der Freihaltung von See- und Flussufern bzw. an der Reduzierung von Uferbauten zu beachten (E. 3.5.1 f.).

### E. 2

Die Frage, ob eine Baute im Gewässerraum vom Bestandsschutz profitiert, ist für die Beurteilung des Anspruchs auf Erteilung einer Konzession nicht zu berücksichtigen, da Sondernutzungskonzessionen ohne zeitliche Begrenzung als verfassungswidrig erachtet werden und sich das Gemeinwesen ansonsten seiner Gewässerhoheit entzusehen würde. Es besteht somit kein pauschaler Vorrang eines etwaigen Bestandsschutzes; vielmehr ist im Rahmen einer Interessenabwägung im Einzelfall zu prüfen, ob private oder öffentliche Interessen höherrangig zu gewichten sind. Der Bestandsschutz ist im Rahmen der Verhältnismässigkeit bei der Frage der Anordnung eines Rückbaus zu berücksichtigen (E. 3.5.3).

#### E. 2.1

Den Gemeingebrauch übersteigende Nutzungen öffentlichen Wassers, die Erstellung der dazu erforderlichen Bauten und Anlagen sowie deren Änderungen bedürfen einer Konzession oder einer Bewilligung des Kantons (Art. 4 Abs. 1 WNG). Die Kantone legen den Gewässerraum fest (vgl. Art. 36a Abs. 1 GSchG). Gemäss Art. 41c GSchV dürfen im Gewässerraum nur standortgebundene, im öffentlichen Interesse liegende Anlagen wie Fuss- und Wanderwege, Flusskraftwerke oder Brücken erstellt werden (vgl. Abs. 1). Anlagen im Gewässerraum sind in ihrem Bestand grundsätzlich geschützt, sofern sie rechtmässig erstellt wurden und bestimmungsgemäss nutzbar sind (vgl. Abs. 2). (â) Die Errichtung, Änderung oder Erweiterung von Bauten oder Anlagen, die für die Ausübung einer konzessions- oder bewilligungspflichtigen Nutzung erforderlich sind, bedarf ebenfalls einer Bewilligung des Kantons (Art. 15 Abs. 1 WNG). Sie wird ausschliesslich im Verfahren nach den Art. 13 und 14 WNG beurteilt, wenn (1.) die Bauten oder Anlagen ganz oder teilweise innerhalb eines Oberflächengewässers gemäss Art. 2 WNG liegen oder erstellt werden sollen oder (2.) die für die Erteilung der Baubewilligung gemäss Planungs- und Baugesetz zuständige Gemeindebehörde zustimmt (Art. 15 Abs. 1 WNG; vgl. auch TVR 2012 Nr. 20 E. 3).

#### E. 2.2

Bei der Treppe Ost handelt es sich um eine Baute/Anlage im Sinne von Â§ 4 WNG bzw. um eine räumliche Nutzung des Oberflächengewässers im Sinne von Â§ 3 Ziff. 3 WNV. Sie liegt unbestrittenermassen im Hochwasserprofil des Bodensees und bedarf aufgrund von Â§ 4 WNG i. V. mit Â§ 3 Ziff. 3 WNV einer Konzession zur Nutzung öffentlichen Wassers im Sinne des WNG bzw. der WNV, was im Übrigen von der Beschwerdeführerin auch nicht bestritten ist.

### **E. 3**

Nachfolgend ist zu prüfen, ob eine Konzession für die Treppe Ost hätte erteilt werden müssen.

#### **E. 3.1**

Bei der Erteilung von Konzessionen und Bewilligungen nach dem WNG haben die zuständigen Behörden gemäss Â§ 5 Abs. 1 der WNV darauf zu achten, dass (1.) die Wasservorkommen nachhaltig genutzt werden, (2.) die Wasserqualität erhalten und, wenn möglich, verbessert werden kann, (3.) die Versorgung mit Trink- oder Brauchwasser sichergestellt ist und (4.) Lebensräume von Tieren oder Pflanzen erhalten bleiben. Die Bewilligung des Kantons enthält insbesondere auch die Beurteilung nach Art. 21 und 22 Abs. 2 NHG, nach Art. 24 RPG und nach Â§ 75 i. V. mit Â§ 93 PBG und Â§ 23 WBG. Zudem enthält auch das WRG einzelne Vorschriften, die sowohl im Bundesverfahren als auch in den kantonalen Verleihungsverfahren eingehalten werden müssen. Laut Art. 39 WRG berücksichtigt die Behörde bei der Verleihung das öffentliche Wohl, die wirtschaftliche Ausnutzung des Gewässers und die an ihm bestehenden Interessen (Giovannini, in: Griffel/Liniger/Rausch/Thurnherr [Hrsg.], Praxishandbuch Öffentliches Baurecht, Zürich/Basel/Genf 2016, Rz. 5.211). Die betroffenen Gemeinden und die kantonalen Fachstellen sind vorgängig anzuhören (vgl. Â§ 15 Abs. 2 und 3 WNG). Auf die Erteilung einer Konzession oder Bewilligung zur Nutzung öffentlichen Wassers besteht gemäss Â§ 4 Abs. 3 WNG kein Rechtsanspruch.

#### **E. 3.2**

Die Vorinstanz führt in ihrem Entscheid vom 5. Februar 2019 (â) aus, es könne nicht beiden Treppen eine Notwendigkeit vor Ort zugestanden werden. Es sei zumutbar, dass eine einzige Treppe von mehreren Parteien als Sezugang genutzt werde. Die Standortgebundenheit für eine Anlage ausserhalb der Bauzone für zwei Treppenanlagen innerhalb von 20 m Abstand müsse klar verneint werden. Zudem entsprächen die beiden Treppen auch nicht der kantonalen Uferplanung, da der fragliche Uferabschnitt im Handlungsraum H 6.4 liege, in welchem auf weitere Uferverbauungen zu verzichten und wenn möglich eine Uferrenaturierung inklusive standortgerechter Uferbestockung vorzunehmen sei. Weiter seien mehrere Anlagen des gleichen Typs auf derselben Liegenschaft zusammenzulegen. Die fachlichen Einwendungen würden damit das persönliche Interesse der Beschwerdeführerin überwiegen.

#### **E. 3.3**

Hinsichtlich der Interessenabwägung wurde von der Beschwerdeführerin vorgetragen, dass keine Polizeigüter im engeren Sinne (öffentliche Sicherheit und Gesundheit) betroffen seien, keine beeinträchtigten umweltrechtlichen Interessen erkennbar seien und es sich insgesamt um einen sehr geringen Eingriff handle.

#### **E. 3.4**

Ob bisher eine Konzession bestand bzw. ob eine solche bei der Errichtung der Treppe bereits notwendig gewesen wäre, konnte vorliegend nicht geklärt werden. Da spätestens mit Inkraftsetzung des heute gültigen WNG per 1. Januar 2000 eine gesetzlich statuierte Konzessionierungspflicht besteht und selbst früher erteilte unbefristete Konzessionen gemäss Art. 32 WNG per Ende 2010 dahingefallen sind und neu- bzw. nachkonzessioniert werden müssen und da selbst für die Erneuerung oder die wesentliche Änderung einer Konzession die Bestimmungen über die erstmalige Erteilung des Rechtes gelten (Art. 7 WNG), kann die Frage, ob bisher eine Konzession bestand, vorliegend offen gelassen werden.

### **E. 3.5.1**

Die öffentlichen Interessen an der Verweigerung der Konzession für die Treppe Ost wiegen im vorliegenden Fall schwer. Neben den allgemeinen Interessen des Natur- und Landschaftsschutzes, sind vorliegend auch die Grundprinzipien des RPG zu wahren, wonach See- und Flussufer grundsätzlich freizuhalten (Art. 3 Abs. 2 lit. c RPG) und Seen und Ufer einer Schutzzone zuzuweisen sind (Art. 17 Abs. 2 RPG). Auch das NHG sieht einen besonderen Schutz von Uferbereichen vor (Art. 18 Abs. 1 bis NHG). Gemäss diesen Vorschriften sowie entsprechend ständiger bundesgerichtlicher Praxis sind Seeflächen von Bundesrechts wegen grundsätzlich freizuhalten (Urteil des Bundesgerichts 1C\_43/2015 vom 6. November 2015 E. 7.5 mit Hinweis auf Bundesgerichtsurteil 1C\_634/2013 vom 10. März 2014 E. 5.4). Zudem liegt die Treppe Ost in einem Uferabschnitt, für welchen gemäss kantonalem Handlungsraum H 6.4 auf weitere Uferverbauungen zu verzichten ist und wenn möglich eine Uferrenaturierung vorzunehmen ist. Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin, ist dies ein weiteres Interesse, das es im Rahmen der Abwägung zu berücksichtigen gilt, unabhängig davon, ob die Uferrenaturierung erst bei einer Sanierung zu prüfen ist, besteht namentlich ein ausdrücklich formuliertes Interesse an der Reduzierung von Uferbauten.

### **E. 3.5.2**

Den vorgenannten öffentlichen Interessen steht das private Interesse der Beschwerdeführerin entgegen, welche auf ihrer Liegenschaft einen zweiten Seezugang insbesondere aus Gründen der Annehmlichkeit und Privatsphäre beibehalten möchte. Die Vorinstanz führte dabei zutreffend aus, dass es der Beschwerdeführerin zumutbar ist, sich mit den Nachbarn, für welche ein Nutzungsrecht an der Treppe West im Grundbuch eingetragen ist, den Seezugang zu teilen. Diese privatrechtlich und ursprünglich freiwillig vereinbarte Eigentumsbeschränkung vermittelt der Beschwerdeführerin keinen Anspruch auf eine zusätzliche Konzession auf ihrer Liegenschaft und die Bewilligung zweier Konzessionen für Treppen, welche sich nicht nur auf derselben Liegenschaft, sondern auch in unmittelbarer Nähe (20 m) zueinander befinden, läuft dem Zweck der oben beschriebenen öffentlichen Interessen signifikant zuwider.

### **E. 3.5.3**

Die Frage, ob die Treppe vom Bestandsschutz profitiert, ist dabei für die Beurteilung des Anspruchs auf Erteilung der Konzession, nicht zu berücksichtigen, da Sondernutzungskonzessionen ohne zeitliche Begrenzung als verfassungswidrig erachtet werden und sich das Gemeinwesen ansonsten seiner Gewässerhoheit entzusehen würde. Daher dürfen auch Bau- und Ausnahmegewilligungen erst erteilt werden, wenn

eine Konzession bereits erteilt worden ist (BGE 145 II 140 E. 6.4 f.). Dies bedeutet, dass eine bestehende (bestandeschützende) Baute nie dazu führen kann, dass das Gemeinwesen verpflichtet wäre, eine Konzession zu erteilen. Der Bestandesschutz ist vielmehr im Rahmen der Verhältnismässigkeit bei der Frage der Anordnung eines Rückbaus zu berücksichtigen, was nachfolgend für den vorliegenden Fall geprüft wird (E. 4 hiernach).

#### **E. 3.5.4**

Unter Berücksichtigung all dieser Argumente hat die Vorinstanz die Konzession für die Treppe Ost zu Recht nicht erteilt. (â■)

#### **E. 4**

Nachdem feststeht, dass eine für die Treppe Ost gesetzlich notwendige Konzession im vorliegenden Fall nicht erteilt werden kann, stellt sich die Frage, ob die Vorinstanz zu Recht angeordnet hat, dass die Treppe zurückzubauen ist oder ob diesem Rückbau ein etwaiger Bestandesschutz entgegensteht.

#### **E. 4.1**

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung richtet sich der Bestandesschutz ausserhalb der Bauzone nach Art. 24c RPG. Die Regelungen des Bestandesschutzes haben zum einen die Eigentumsgarantie (Art. 26 BV) zu respektieren, dürfen zum andern aber auch nicht dazu führen, dass die bundesrechtlichen Bestimmungen zum Gewässerraum ausgehöhlt werden (Urteil des Bundesgerichts 1C\_332/2017 vom 23. Februar 2018 E. 3.2.2 mit Hinweis auf 1C\_473/2015 vom 22. März 2016 E. 4.2). Gemäss dieser Vorschrift werden bestimmungsgemäss nutzbare Bauten und Anlagen ausserhalb der Bauzonen, die nicht mehr zonenkonform sind, in ihrem Bestand grundsätzlich geschützt (BGE 129 II 396 E. 4.2). Sie können mit Bewilligung der zuständigen Behörde erneuert, teilweise geändert, massvoll erweitert oder wiederaufgebaut werden (Art. 24c Abs. 2 RPG). In jedem Fall bleibt gemäss Art. 24c Abs. 5 RPG die Vereinbarkeit mit den wichtigen Anliegen der Raumplanung vorbehalten. Ausserdem steht die Vorschrift gemäss Art. 27a RPG unter dem Vorbehalt einschränkender kantonaler Bestimmungen (Alig/Hoffmann, in: Griffel/Liniger/ Rausch/Thurnherr [Hrsg.], Praxishandbuch Öffentliches Baurecht, Zürich/Basel/Genf 2016; Rz. 3.177).

#### **E. 4.2.1**

Vorweg ist festzustellen, dass nicht geklärt werden konnte, ob die Treppe Ost ursprünglich mit einer Bewilligung errichtet und damit grundsätzlich rechtmässig erstellt wurde. Wäre dies der Fall, würde die Treppe gemäss Art. 24c Abs. 1 RPG Bestandesschutz geniessen. Ob eine baurechtliche Bestandesgarantie vorliegt oder nicht, kann aber vorliegend offenbleiben, da auch eine vom Bestandesschutz grundsätzlich geschützte Treppe unter Berücksichtigung aller beteiligten Interessen vorliegend zurückzubauen wäre.

#### **E. 4.2.2**

Gemäss den Ausführungen der Beschwerdeführerin wurde die Treppe Ost im Jahr 2014 erneuert. Die bestehende Holzterrasse wurde durch eine Terrasse ähnlicher Art und Grösse aus Metall ersetzt (â■). Selbst wenn diese Erneuerung aufgrund eines Bestandesschutzes zulässig wäre, hätte dennoch gemäss Art. 24c Abs. 2 RPG vorgängig eine Bewilligung bei der zuständigen Behörde eingeholt werden müssen.

Eine solche beantragte die Beschwerdeführerin indessen offenkundig nicht, weshalb sie auch in Kauf nahm, dass die Erneuerung der Treppe nicht bewilligt werden würde.

#### **E. 4.2.3**

Da per 1. Januar 2000 eine gesetzlich statuierte Konzessionierungspflicht besteht und selbst früher erteilte unbefristete Konzessionen per Ende 2010 dahingefallen sind und neu- bzw. nachkonzessioniert werden müssen, ist der Beschwerdeführerin sodann entgegenzuhalten, dass sie nicht vor der vorgenommenen Erneuerung der Treppe Ost um eine Konzession ersuchte, welche gemäss obigen Ausführungen die Voraussetzung für eine baurechtliche Bewilligung und damit auch für die Bewilligung der Erneuerung einer bestandesgeschätzten Baute bildet. Entsprechend kann sich die Beschwerdeführerin für die nach 2010 getätigten Investitionen nicht auf den Vertrauensschutz respektive den Investitionsschutz stützen (BGE 145 II 140 E. 6.4 sowie Urteil des Bundesgerichts 1C\_23/2014 vom 24. März 2015 E. 7.4.4). Die Investitionen der ursprünglichen Holzterrasse sind indessen auch bereits längststens amortisiert, geht man mit der Beschwerdeführerin davon aus, dass die Terrasse seit Jahrzehnten besteht. Andere Investitionen als die Erneuerung im Jahr 2014 wurden nicht geltend gemacht, sodass auch eine Übergangsregelung zur Verhinderung des Nutzloswerdens gutgläubiger Investitionen (TVR 2015 Nr. 16 E. 3.6.5) vorliegend nicht in Betracht kommt.

#### **E. 4.2.4**

Aufgrund der (bewilligungslosen) Erneuerung der Terrasse Ost kann die Beschwerdeführerin sich auch nicht auf die 30-jährige Frist für den behördlichen Anspruch auf Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands stützen. Für die neue Metallterrasse ist eine Verwirkung jedenfalls nicht eingetreten (BGE 136 II 359 E. 8.3). Ausserdem ist wie bereits ausgeführt eine Ersatzung von Bauten oder Anlagen im Falle der Konzessionierungsfrist ausgeschlossen, da sich auch in diesem Fall der Staat seiner hoheitlichen Rechte entzusehen würde.

#### **E. 4.2.5**

Auch überzeugt das Argument der Beschwerdeführerin nicht, wonach der bundesrechtliche Bestandesschutz die kantonalen Regelungen nicht derogieren könne. Wie ausgeführt, steht der Bestandesschutz gemäss Art. 24c RPG unter dem Vorbehalt wichtiger Anliegen der Raumplanung und gemäss Art. 27a RPG auch unter dem Vorbehalt einschränkender kantonalen Bestimmungen.

#### **E. 4.3**

Die Abwägung der betroffenen Interessen ergibt, dass das öffentliche Interesse am Rückbau der Terrasse Ost das Interesse der Beschwerdeführerin am Erhalt der Terrasse überwiegt. Insbesondere kann sie sich nicht auf den Bestandesschutz sowie den Vertrauens- bzw. Investitionsschutz berufen, sodass im Interesse, insbesondere des Uferschutzes und des schonenden Eingriffs in die Natur, der Rückbau der Terrasse verhältnismässig ist. Entscheid des Verwaltungsgerichts VG.2019.29/E vom 23. Oktober 2019 ×