

# ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2012.00644 vom 27. März 2013

ZH Verwaltungsgericht, 2013-03-27, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_verwaltungsgericht\\_\\_VB.2012.00644](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2012.00644)

FR: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2012.00644 du 27 mars 2013

IT: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2012.00644 del 27 marzo 2013

## Regeste

Baubewilligung | Baubewilligung für Seerestaurant Die Baudirektion legte die Uferlinie im Bereich des strittigen Restaurantprojekts auf die Höhe des Hochwasserstands, wie er statistisch alle hundert Jahre zu erwarten ist, und die Gewässerabstandslinie fünf Meter davon entfernt fest. Dies basierte auf der bis Ende Dezember 2010 gültigen Fassung der Hochwasserschutzverordnung. Selbst wenn die Uferlinie nur entsprechend dem dreissigjährigen Hochwasser definiert würde, läge das Projekt noch vollständig innerhalb des übergangsrechtlich massgebenden 20 m breiten Gewässerraumstreifens (E. 2.3). Für das strittige Projekt kommt nur eine Bewilligung für standortgebundene und im öffentlichen Interesse liegende Anlagen infrage (E. 3.1). Der Begriff der Standortgebundenheit ist im Sinn der Rechtsprechung zu Art. 24 RPG zu verstehen (E. 3.2.1). Die Ausgangslage bezüglich der Prüfung von Alternativstandorten hat sich aufgrund der Revision des Gewässerschutzgesetzes geändert. Die Vorinstanzen werden die Frage der Beanspruchung des Gewässerraums aufgrund der geänderten Rechtslage zu prüfen haben (E. 3.2.3). Die Gerichtsgebühr des Baurekursgerichts erweist sich als angemessen und verunmöglicht dem Beschwerdeführer mit ideeller ökologischer Zielsetzung die Ausübung des Verbandsbeschwerderechts nicht übermässig (E. 4.2). Teilweise Gutheissung und Rückweisung

## Erwägungen

### E. 3

unter Anrufung des ursprünglich eingereichten ersten Projekts geltend macht, denn die seinerzeit erteilten Bewilligungen der verschiedenen Instanzen konnten sich naturgemäss nicht zur Frage der Beanspruchung des Gewässerraums gemäss der erst später greifenden G S chG -Revision äussern. Die Beschwerde ist daher teilweise gutzuheissen und die Sache zur weiteren Abklärung im Sinn der Erwägungen an die Beschwerdegegner schaft 2 und 3 zurückzuweisen.

### E. 3.1

Nach Art. 41c Abs. 1 GschV dürfen im Gewässerraum nur standortgebundene, im öffentlichen Interesse liegende Anlagen wie Fuss- und Wanderwege, Flusskraftwerke oder Brücken erstellt werden. In dicht überbauten Gebieten kann die Behörde für zonenkonforme Anlagen Ausnahmen bewilligen, soweit keine überwiegenden Interessen entgegenstehen. Nach der übereinstimmenden und zutreffenden Auffassung der Parteien ist im vorliegenden Fall nicht von einem dicht überbauten Gebiet im Sinn von Art. 41c Abs. 1 Satz 2 GSchV auszugehen. Die Vorinstanz hat in diesem Zusammenhang zu Recht darauf verwiesen, dass der vorgesehene Standort innerhalb der mit der Verordnung zum Schutz

des Greifensees ausgeschiedenen Freihaltezone liege, und die Kriterien, welche die Baudirektion gemäss ihren Richtlinien für die Umsetzung des Gewässerraums zur Bestimmung eines dicht überbauten Gebiets entwickelt habe, nicht vorliegen. Demnach kommt für das strittige Projekt nur eine Bewilligung für standortgebundene und im öffentlichen Interesse liegende Anlagen in Frage. Diese Voraussetzungen müssen kumulativ erfüllt sein.

### **E. 3.2**

Das Baurekursgericht bejahte die Standortgebundenheit des Restaurants, da dieses als Seerestaurant ähnlich wie ein Bergrestaurant im Berggebiet grundsätzlich auf die besondere Lage am See angewiesen sei. Mit der Frage von Alternativstandorten habe sich die Schutzverordnung auseinandergesetzt; sie sei auch später immer wieder thematisiert worden. Aus der Gesetzesrevision und deren Zielen könne kein Verbot eines Seerestaurants im Gewässerraum abgeleitet werden, denn nach Art. 1 lit. g GSchG solle ein öffentliches Gewässer auch der Erholung dienen. Der Beschwerdeführer macht dagegen im Wesentlichen geltend, ein Restaurant gehöre grundsätzlich nicht in den Gewässerraum, Art. 36a Abs. 1 GSchG lasse keinen Raum für andere Gewässerraumnutzungen ausserhalb der Funktionen gemäss lit. a–c, worunter die Gewässernutzung im Sinn der Wasserkraftnutzung zu verstehen sei. Die Einschränkung gehe damit bedeutend weiter als etwa bei Art. 24 des Raumplanungsgesetzes vom 22. Juni 1979 (RPG).

#### **E. 3.2.1**

Art. 36a Abs. 1 GSchG regelt, welche drei Funktionen dem durch die Kantone festzulegenden Gewässerraum zukommen sollen. Entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers lässt sich daraus jedoch kein generelles Verbot für ein standortgebundenes Restaurantgebäude im Gewässerraum ableiten. Vorab ist nicht nachzuvollziehen, weshalb die Gewässernutzung nach Art. 36a Abs. 1 lit. c GSchG, wie der Beschwerdeführer vorbringt, nur im Sinn der Wasserkraftnutzung zu verstehen sein sollte. Ein Gewässer kann in verschiedener Weise gewässerschutzkonform im Sinn von Art. 1 GSchG genutzt werden, so etwa für die Entnahme von Trink- und Brauchwasser (lit. b), für die landwirtschaftliche Bewässerung (lit. f) oder die Erholungsnutzung (lit. g). Gerade die Wasserkraftnutzung zur Gewinnung elektrischer Energie entspricht aber nicht der primären Zielsetzung des GSchG, sondern untersteht aufgrund ihrer möglichen Auswirkungen auf das Gewässer speziellen Bedingungen (Art. 29 ff. GSchG). Der Beschwerdeführer kann denn auch seine spezifische Lesart des Gesetzes nicht weiter begründen, noch ergibt sich eine solche aus der konkreten Entstehungsgeschichte der Gesetzesrevision. Diese sollte als indirekter Gegenvorschlag zu der vom Schweizerischen Fischerei-Verband eingereichten Volksinitiative „Lebendiges Wasser“ unter anderem gerade die negativen Auswirkungen der Wasserkraftnutzung einschränken und die Revitalisierung der Gewässer fördern (vgl. Berichte der Kommission für Umwelt, Raumplanung und Energie des Ständerats, BBL 2008, S. 8044 ff., 8059). Soll der Gewässerraum demnach unter anderem auch die räumlichen Ansprüche der verschiedenen Arten der Gewässernutzung abdecken, so umschreibt der Gesetzgeber damit eine relativ weitgefasste Funktion, die speziell nach Ausführungsnormen im Sinn von Art. 36a Abs. 2 GSchG verlangt. Wenn der Ordnungsgeber dabei in Art. 41c GSchV den Begriff der Standortgebundenheit verwendet, so liegt es nahe, diesen Begriff im Sinn der Rechtsprechung zur Standortgebundenheit gemäss Art. 24 RPG zu verstehen, wie dies das Baurekursgericht getan hat.

### **E. 3.2.2**

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung gelten Bergrestaurants ausserhalb der Bauzonen grundsätzlich als standortgebunden, da sie aus betriebswirtschaftlichen Gründen auf einen Standort ausserhalb der Bauzonen angewiesen sind. Dies bedeutet jedoch nicht, dass deshalb jeder Standort auf einem Berggipfel beansprucht werden könnte; auch wird der Nachweis eines Bedürfnisses sowie die Prüfung von Alternativstandorten verlangt (BGE 136 II 214 E. 2.2; BGr, 20. Juli 2011, 1C\_533/2010, E. 3.2–3.4). Die in Art. 41c Abs. 1 G S chV enthaltene Aufzählung standortgebundener Anlagen im Gewässerraum ist nicht abschliessend, sondern beispielhaft und schliesst demnach ein Seerestaurant nicht von vornherein aus. Ein solches erfüllt den Zweck, den See als Erholungsraum auch für diejenigen Menschen erfahrbar zu machen, die sich an Tischen zum Essen und Trinken niederlassen wollen. Es ist daher grundsätzlich auf einen seenahen Standort angewiesen. Diese Standortgebundenheit vermag allerdings noch nicht zu begründen, an welcher spezifischen Stelle in Seenähe das Restaurant erstellt werden soll, noch lässt sich daraus ableiten, das Gebäude müsse zwingend direkt im Gewässerraum oder gar seeseitig der Uferlinie stehen. Bei einem wenig schwankenden Wasserspiegel oder einem nicht ganz flachen Ufer und freier Lage sollte auch ein Gebäude ausserhalb des Gewässerraums noch einen genügenden Bezug zum See und seiner jeweiligen Wasserlinie aufweisen, um seiner Erholungsfunktion gerecht zu werden. Denn anders als etwa eine Brücke oder Badeanstalt, die zwingend auch bei einem tiefen Wasserstand unmittelbar bis zur Wasserlinie reichen müssen, kann ein Seerestaurant ohne grosse Einbusse auch etwas zurückversetzt liegen. Die Standortgebundenheit ist daher in jedem Einzelfall näher zu prüfen.

### **E. 3.2.3**

Bezüglich Bedürfnis und Alternativstandorte verweist das Baurekursgericht auf die Abklärungen und Resultate im Rahmen der Schutzverordnung. Dies erscheint bezogen auf beide Aspekte als problematisch, ist doch die Schutzverordnung Greifensee bald 20 Jahre alt. Sie berücksichtigt mit ihrer Zonenausscheidung weder das zwischenzeitlich entstandene Angebot an Erholungs- und Verpflegungsmöglichkeiten in der Nähe des Sees, noch beachtet sie den durch die GSchG-Revision ausgelösten Bedarf an Gewässerraum samt dessen spezifischer Funktion. Insbesondere das letzte Element kann einen gewichtigen neuen Faktor der für die Zonenausscheidung notwendigen Interessenabwägung bilden. Gemäss Art. 36a Abs. 2 GSchG sorgen die Kantone dafür, dass der Gewässerraum bei der Richt- und Nutzungsplanung berücksichtigt sowie extensiv gestaltet und bewirtschaftet wird. Daraus kann ein Überprüfungsbedarf für die bald 20-jährige Schutzverordnung entstehen. Wenn nun etwa die Uferlinie im fraglichen Bereich tatsächlich auf der Kote von 436.58 m ü.M. (vgl. E. 2.3 vorstehend) liegt, so läge nämlich der nördliche Ausläufer der Erholungszone VIB grossenteils seeseits dieser Linie und würde sich daher in besonderem Mass als extensiv genutzte Erholungszone (VIA) und nicht als eine solche mit intensiver Nutzung (VIB) anbieten. Es kann daher nicht gesagt werden, mit der SVO sei die nach Art. 36a Abs. 2 notwendige Gewässerraumplanung unter Berücksichtigung aller Interessen bereits abschliessend erfolgt. Es ist zwar einzuräumen, dass die im fraglichen Bereich ausgeschiedene Erholungszone VIB aufgrund der Entstehungsgeschichte der SVO dem Seerestaurant einen einigermaßen konkreten Platz zuweist. Daraus lässt sich jedoch nicht länger auf eine Zonenkonformität schliessen, die eine Prüfung alternativer Standorte überflüssig macht. Insofern liegt durch das Inkrafttreten der Revision des GSchG tatsächlich eine etwas andere Ausgangslage vor als im ersten Rechtsgang, als das

Verwaltungsgericht eine weitere Standortprüfung ablehnen konnte und das Projekt weder am Landschaftsschutz noch an einer möglichen künftigen Änderung der SVO messen musste (vgl. VGr, 7. Februar 2006, VB. 2005.00456, E. 3.4). Daher kann hier auch entgegen den Erwägungen im Rekursentscheid nicht darauf abgestellt werden, dass die Frage nach Alternativstandorten bereits im Verlauf der beiden früheren Rechtsgänge verschiedentlich thematisiert worden ist. Seit einigen Monaten ist nun auch ein neuer möglicher Standort für ein Seerestaurant im Gespräch. So hat der Gemeinderat Uster auf Antrag des Stadtrats am 24. September 2012 einen Kredit für die Verlegung der Buswendeschleife bei der Schifflande bewilligt. Dadurch könnte das Seerestaurant allenfalls auf diesem Wendeplatz als Ersatz für die bestehende Kioskanlage erstellt werden. Bei dieser Sachlage drängen sich jedenfalls vor einer Bewilligung im Gewässerraum weitere Abklärungen durch die Beschwerdegegner s 2 und 3 zum Bedürfnis, Standort und möglichen Alternativen auf. Dies entspricht dem vom Beschwerdeführer gestellten Eventualantrag auf Rückweisung. Dieser Eventualantrag ist entgegen dem Dafürhalten des Beschwerdegegners 1 nicht etwa unzulässig oder verspätet erhoben worden, denn er erweist sich als ein Minus zum bereits im Rekursverfahren verfolgten Hauptantrag auf Aufhebung der Bewilligung. Er liegt auch innerhalb des bereits vor Baurekursgericht aufgetragenen Prozessthemas " Verletzung des GS chG " und geht damit nicht über den Streitgegenstand des Rekursverfahrens hinaus. Auch stehen einer Rückweisung keine Gesichtspunkte des Vertrauensschutzes entgegen, wie dies Beschwerdegegner

#### **E. 4.1**

Bei diesem Ausgang des Beschwerdeverfahrens bleibt offen, ob das Projekt am vorgesehenen Standort realisiert werden kann oder nicht. Dies rechtfertigt es, die Kosten des Rekurs- und Beschwerdeverfahrens dem Beschwerdeführer und dem Beschwerdegegner 1 je zur Hälfte aufzuerlegen (§ 65a Abs. 2 in Verbindung mit § 13 Abs. 2 VRG). Gilt keine der Parteien als unterliegend, so sind keine Parteienschädigungen geschuldet (§ 17 Abs. 2 VRG).

#### **E. 4.2.1**

Das Baurekursgericht bemass die Gerichtsgebühr auf Fr. 6'000.- unter Hinweis auf den Rahmen für Verfahren ohne bestimmbareren Streitwert gemäss § 338 Abs. 2 des Planungs- und Baugesetzes vom 7. September 1975 (PBG) und § 3 Abs. 3 der Gebührenverordnung des Verwaltungsgerichts vom 23. August 2010 (GebV VGr). Der Beschwerdeführer erachtet diese Gebühr angesichts der knappen Rekurschrift, der wenigen Rechtsfragen und des geringen Schwierigkeitsgrads für unverhältnismässig und ihm gegenüber als Verband mit ideeller ökologischer Zielsetzung gar als prohibitiv. Er beantragt daher, die Gerichtsgebühr sei auf Fr. 1'000.- zu reduzieren.

#### **E. 4.2.2**

Nach § 338 PBG legt das Baurekursgericht die Gerichtsgebühr nach seinem Zeitaufwand, nach der Schwierigkeit des Falls und dem Streitwert oder dem tatsächlichen Streitinteresse fest. Die Gerichtsgebühr beträgt in der Regel Fr. 500.- bis Fr. 50'000.- (vgl. auch § 2 und 3 GebV VGr). Der Rekursentscheid betraf zwar einen in den Ausmassen beschränkten Einzelbau, er behandelte aber verschiedene rechtliche Fragen, die als Folge der vorausgegangenen Revision des GSchG einen gewissen Zeitaufwand erforderten, und hat bezüglich der Beanspruchung von Gewässerraum auch präjudiziellen Charakter. Die auf Fr. 6'000.- bemessene Gerichtsgebühr entspräche nach § 3 Abs. 1 GebV VGr einem

Streitwert von 100'000.- und liegt im unteren Anwendungsbereich des gesamten Gebührenrahmens, der bei nicht bestimmbareren Streitwerten auch ohne das Vorliegen eines besonders aufwendigen Verfahrens bis Fr. 50'000.- reicht. Die Gebühr ist daher den konkreten Umständen des Falles angemessen. Die ideelle Zielsetzung des Beschwerdeführers verlangt keinen davon abweichenden Gebührenansatz. Mit dem Rekursentscheid wären dem Beschwerdeführer für das vorinstanzliche Verfahren Kosten und Entschädigungen von insgesamt Fr. 7'620.- auferlegt worden. Dass diese Kostenbelastung dem Beschwerdeführer die Ausübung des bundesrechtlich garantierten Verbandsbeschwerderechts übermässig erschwert, kann nicht angenommen werden. Nach der Praxis liegt eine Vereitelung des Verbandsbeschwerderechts etwa bei einer Rekursgerichtsgebühr von Fr. 22'000.- für die Anfechtung einer Baubewilligung für einen Fachmarkt (VGr, 30. Mai 2012, VB.2011.00624, E. 5.7) oder bei Fr. 160'000.- bzw. 92'483.- für Kosten und Entschädigung von zwei kantonalen Instanzen für die Beurteilung eines Nutzungsplans vor (BGr, 21. September 2005, 1A.125/2005, E. 13.2; 19. September 2007, 1C\_113/2007, E. 2.2). In derselben Sache als nicht prohibitiv bezeichnete das Bundesgericht hingegen die auf Fr. 66'700.- reduzierten Gesamtkosten, wovon Fr. 38'667.- Parteientschädigung (BGr, 22. Dezember 2008, 1C\_381/2008, E. 2.3 und 2.5). Auch wenn der Rekursentscheid durch den Ausgang des Beschwerdeverfahrens seinen Charakter als Endentscheid verliert, erweist sich die Kostenbelastung für den Beschwerdeführer als zumutbar, halbiert sich doch mit dem vorliegenden Entscheid die ihn treffende Kostenpflicht im Rekursverfahren und entfällt damit auch seine Pflicht zur Leistung einer Parteientschädigung.

#### **E. 4.3**

Der vorliegende Rückweisungsentscheid ist ein Zwischenentscheid und kann nur unter den Voraussetzungen von Art. 93 Abs. 1 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (BGG) weitergezogen werden.

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