



CAVIEZEL
PARTNER



VINCENZ & PARTNER
Rechtsanwälte & Notare

RECHTSGUTACHTEN

Rechtsfragen und Spielräume im Gewässerraum

Beurteilung der Praxisbeispiele

verfasst im Auftrag

**des Amtes für Natur und Umwelt Graubünden und
des Amtes für Raumentwicklung Graubünden**

von

Dr. iur. Gieri Caviezel, Caviezel Partner, Masanserstrasse 136, 7000 Chur
Lic. iur. Michelangelo Giovannini, Vincenz & Partner, Masanserstrasse 40, 7000
Chur

Chur, 14. November 2017

I. AUSGANGSLAGE UND AUFTRAG

- ¹ Im Zusammenhang mit der Verfassung des Rechtsgutachtens zu Rechtsfragen und Spielräumen im Gewässerraum unterbreiteten die Auftraggeber den Gutachtern noch eine Sammlung von Praxisbeispielen zur Beurteilung. Die Beurteilung dieser Praxisbeispiele verfolgt ein doppeltes Ziel. Einerseits geht es darum, die Praxisbeispiele vor dem Hintergrund der Erkenntnisse des Gutachtens zu beurteilen; andererseits sollen aus dieser Fallsammlung Rückschlüsse und Empfehlungen abgeleitet werden, welche ihrerseits in das Gutachten einfließen.
- ² Die Sammlung der Praxisbeispiele betrifft zum einen die Thematik der Nutzungsplanung und dort vor allem die Frage der dichten Überbauung. Zum anderen enthält die Sammlung Fallbeispiele zu Bauten und Anlagen ausserhalb der Bauzonen, vor allem zum Thema der Standortgebundenheit und der Besitzstandsgarantie.

II. PRAXISBEISPIELE

1. Praxisbeispiele zur Nutzungsplanung

1.1. OP Nr. 2016-0118 (Gemeinde Andeer): Mühlbach, Bereich Parz. Nr. 980

Der Fall

- ³ Im Zuge der Teilrevision der Ortplanung Andeer gilt es, die Gewässerräume auszuscheiden. Der zur Vorprüfung eingereichte Zonenplan sieht am Mühlbach, im Bereich der Parzelle Nr. 980, eine Reduktion der Gewässerraumbreite unter die Vorgaben von Art. 41a Abs. 2 GSchV vor. Im Planungs- und Mitwirkungsbericht wird die Unterschreitung damit begründet, dass der betroffene Gewässerabschnitt im Bereich der Dorfkernzone in dicht überbautem Gebiet liege.

- 4 Es ist umstritten, ob der Überbauungsquotient im Sinne der Überbauungsziffer (ÜZ) zur Beurteilung eines dicht überbauten Gebiets gemäss GSchG beigezogen werden kann.

Beurteilung

- 5 Wie im Rechtsgutachten dargelegt (Rz. 28 ff.), beurteilt sich die Frage, ob ein Gebiet «dicht überbaut» ist, nach der konkreten Bebauungssituation und der baulichen Nutzung eines bestimmten Uferabschnitts. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung liegt der Betrachtungsperimeter bei kleineren Gemeinden im Sinne einer Gesamtbetrachtung auf der Baustruktur des gesamten Gemeindegebietes. Eine Anpassung des Gewässerraums ist in dicht überbauten städtischen Quartieren und eigentlichen Dorfzentren, die von Flüssen oder Bächen durchquert werden, vorzunehmen. Dies soll eine städtebauliche Verdichtung und eine Siedlungsentwicklung nach Innen ermöglichen.
- 6 Der vorliegend betroffene Bereich liegt bezogen auf die Baustruktur des gesamten Gemeindegebietes peripher. Die Häusergruppe ist vom eigentlichen Dorf abgetrennt. Es handelt sich dabei klarerweise nicht um ein Zentrumsgebiet. Es existieren ferner keine Baulücken, die geschlossen werden müssten und es besteht insofern auch kein Interesse an einer städtebaulichen Verdichtung der bestehenden Gebäudestruktur. Das betroffene Gebiet ist demzufolge nicht als «dicht überbaut» zu qualifizieren.

1.2. OP Nr. 2015-0675 (Gemeinde Cazis): Industriezone, Bereich Parz. Nr. 764

Der Fall

- 7 Gegenstand der vorliegenden Ortsplanrevision bildet eine Erweiterung der bestehenden Industriezone in Unter Realta im Umfang von rund 7.56 ha. Die Erweiterung erfolgt durch Umzonung der genannten Fläche von der Zone für künftige bauliche Nutzung (ZkbN) in eine Industriezone. Der Industriestandort Unter Realta ist sowohl im RIP2000 als auch im RRIP Viamala als wichtiges Gebiet respektive wichtiger Standort für eine industrielle und wirtschaftliche Entwicklung festgelegt (Objekt-Nr. 03.SW.02 respektive 03.EP.03; Koordinationsstand Festsetzung). Die Umzonung kollidiert allerdings mit dem bestehenden Gewässerraum für den Nollakanal. Ferner fehlt in der OP-Revisionsvorlage eine Gewässerraumausscheidung für den östlich des Industriegebietes vorbeiführenden Hinterrhein.

- ⁸ Das Genehmigungsverfahren betreffend die Industriezonenerweiterung ist bezüglich eines Flächenanteils von rund 7.06 ha sistiert worden. Bei der Erarbeitung der OP-Revisionsvorlage ist auf das BPUK-Merkblatt «Gewässerraum im Siedlungsgebiet» vom 18. Januar 2013 abgestellt worden. Die darin entwickelten Grundsätze sind durch die aktuelle bundesgerichtliche Praxis weitgehend überholt worden. Fraglich ist, ob unter Berücksichtigung der bestehenden Infrastrukturen und des in den Richtplänen festgesetzten Entwicklungsziels auf eine Ausscheidung des Gewässerraums verzichtet werden könnte respektive ob die Industriezone ein «dicht überbautes Gebiet» darstellt, das eine Reduktion des Gewässerraums nach sich zieht.

Beurteilung

- ⁹ Wie im Rechtsgutachten dargelegt (Rz. 42 ff.), statuiert Art. 41a Abs. 5 GSchV die Möglichkeit, in bestimmten Fällen auf eine Festlegung des Gewässerraums zu verzichten. Davon erfasst sind durchwegs Sachverhalte, bei denen sich ein Schutz/Nutzen-Konflikt voraussichtlich gar nicht einstellt oder die für die Zielerreichung des Gewässerschutzgesetzes nicht relevant oder unwesentlich sind. Vorliegend besteht nun aber offensichtlich ein Schutz/Nutzen-Konflikt, indem sich die geplante Industriezonenerweiterung teilweise mit dem Gewässerraum überlagert (Nollakanal) bzw. überlagern würde (Hinterrhein). Diesen Konflikt gilt es im Zuge der OP-Revision bei der Gewässerraumfestlegung zu lösen. Ein Verzicht auf die Festlegung des Gewässerraums zwecks Ausschaltung des vorliegenden Schutz/Nutzen-Konflikts wäre gestützt auf Art. 41a Abs. 5 GSchV unzulässig.
- ¹⁰ Betreffend die Kriterien für ein «dicht überbautes Gebiet» kann auf obenstehende Rz. 5 verwiesen werden. Die Industriezone Unter Realta ist mit Blick auf die Baustruktur der umliegenden Gemeindegebiete klar als peripher zu beurteilen. Sie ist weder Zentrumsgebiet noch gilt es, vorherrschende Baulücken zu schliessen. Das betroffene Gebiet ist demzufolge nicht als «dicht überbaut» im Sinne von Art. 41a Abs. 4 lit. a GSchV zu qualifizieren.
- ¹¹ Der vorliegende Fall offenbart einen Mangel der derzeit geltenden bundesrechtlichen Regelung. An der Industriezonenerweiterung besteht offenbar ein überwiegendes öffentliches Interesse. Sie ist im kantonalen und regionalen Richtplan als Objekt festgesetzt und es ist angesichts der bestehenden Infrastrukturanlagen (Nationalstrasse A13, RhB-Trasse) wenig wahrscheinlich, dass der Hinterrhein im betroffenen Bereich in absehbarer Zeit eine Aufweitung erfährt. Art. 41a GSchV bietet hierfür keine Lösung. Anstatt Art. 41a Abs. 5 GSchV (Verzicht auf die Gewässerraumausscheidung) oder Art.

41a Abs. 4 lit. a GSchV (dicht überbautes Gebiet) zu überstrapazieren, erscheint es prüfenswert, die Problematik offen anzugehen und eine Lösung beispielsweise in direkter Anwendung von Art. 36a GSchG und über die Grundsätze zur gesetzlichen Lückenfüllung zu suchen.

1.3. OP Nr. 2015-0675 (Gemeinde Cazis): Summaprada- und Caznerbach

Der Fall

¹² Im Zuge der OP-Revision beabsichtigt die Gemeinde Cazis, den heutigen Land- und Forstwirtschaftsweg entlang des Caznerbaches als Erschliessungsstrasse zum Sportplatz Cazis umzuklassieren. Dies zieht eine Strassenverbreiterung, das Einbringen eines Belages sowie die Erstellung eines neuen Abzweigers ab der Kantonsstrasse nach sich. Bei der Prüfung des Vorhabens wurde die im Planungs- und Mitwirkungsbericht vorgenommene Gewässerraumausscheidung am Caznerbach als fehlerhaft zurückgewiesen. Der Gewässerraum betrage nicht 11 m sondern 24 m, was dazu führe, dass die Erschliessungsstrasse im Gewässerraum zu liegen komme.

¹³ Die Problematik der Bauten und Anlagen ausserhalb der Bauzone, welche im Gewässerraum zu liegen kommen, wird weiter unten behandelt. Die vorliegende Situation ist materiellrechtlich vergleichbar mit den Fallbeispielen Nr. 2.2. bis 2.4., auf deren Beurteilung verwiesen werden kann (vgl. Rz. 53 ff.). An dieser Stelle zu klären ist hingegen, ob der Gewässerraum des Summaprada- und Caznerbaches unter Berücksichtigung des orographisch rechtsseitigen Wohnquartiers unter Beizug des Ausnahmetatbestandes des «dicht überbauten Gebietes» reduziert werden dürfte.

Beurteilung

¹⁴ Das Wohnquartier entlang des Summaprada- und Caznerbaches weist zwar durchaus eine weitgehende Überbauung auf. Mit Blick auf das gesamte Gemeindegebiet ist es jedoch weder dem Dorfzentrum von Summaprada noch jenem von Cazis zuzurechnen. Liegt der Fokus auf dem Land entlang des Gewässers, ist festzustellen, dass der Bach das Wohnquartier nicht durchquert, sondern randlich abgrenzt. Nach der bundesgerichtlichen Praxis besteht in peripheren Gebieten, die an ein Fliessgewässer angrenzen «regelmässig kein überwiegendes Interesse an einer verdichteten Überbauung

des Gewässerraums».¹ Die Ausscheidung des Gewässerraums führt nicht dazu, dass eine Siedlungsentwicklung des Wohnquartiers nach Innen verunmöglicht würde. Das betroffene Gebiet ist nach dem Gesagten nicht «dicht überbaut».

1.4. OP Nr. 2015-0187 (Gemeinde Davos): Gadenstatt / Sandgruob

Der Fall

¹⁵ Im Zuge der Teilrevision der OP für die Gewerbezone Oberrauch beabsichtigt die Gemeinde mitunter, das Kieswerkareal zu erweitern und den Gewässerraum an diversen Stellen zu reduzieren. Der Planungs- und Mitwirkungsbericht nennt als Begründung hierfür die haushälterische Bodennutzung und die Nachverdichtung durch schliessen von Baulücken.

¹⁶ Im Bemühen um eine sachgerechte Lösung wurde an einzelnen Stellen einer Gewässerraumreduktion zugestimmt. Ausschlaggebend ist die Qualifikation des Gebietes als regionaler Entwicklungsschwerpunkt gewesen sowie der Umstand, dass das Landwasser an der betroffenen Stelle durchwegs kanalisiert und hart verbaut ist. Eine Revitalisierung des Gewässers ist in naher Zukunft unwahrscheinlich. Abgelehnt wird demgegenüber eine Gewässerraumreduktion im Bereich der Reithalle sowie in der nord-westlichen Ecke der bestehenden Gewerbezone. Es wird die Frage aufgeworfen, ob der Gewässerraum des Landwassers unter Beizug des Ausnahmetatbestandes des «dicht überbauten Gebietes» reduziert werden dürfte.

Beurteilung

¹⁷ Wie bereits in Rz. 11 ausgeführt, bietet die bundesrechtliche Regelung zur Festlegung der Gewässerräume keine geeignete Lösung, wenn ein im planerischen Stufenbau korrekt ausgeschiedener, peripher gelegener Entwicklungsschwerpunkt mit dem Gewässerraum kollidiert. Die Bestimmungen von GSchG und GSchV zielen offensichtlich auf Konfliktlösungen in städtischen Zentren. Die Anliegen der ländlichen Gebiete sind vom Gesetz- und Verordnungsgeber unberücksichtigt geblieben, weshalb sich die Frage stellt, ob diesbezüglich nicht nach neuen Lösungen gesucht werden müsste

¹ BGer 1C_558/2015 (Altendorf), E. 2.7 m.w.V.

(Ergänzung der Ausnahmetatbestände in der GSchV, gesetzliche Lückenfüllung in der Rechtsanwendung).

- ¹⁸ Die bundesgerichtliche Praxis zu den «dicht überbauten Gebieten» ist – wie bereits im Rechtsgutachten dargelegt – sehr streng. Die Gewerbezone Oberrauch befindet sich weit ab vom Dorfzentrum Davos und ist zweifellos als abgetrennt und peripher zu bezeichnen. Die vorhandene Bausubstanz stellt kein städtisches Quartier dar, das einer städtebaulichen Verdichtung bedürfte. Dies gilt vor allem für die Bereiche Sandgruob und Reithalle. Höchstens das Wohngebiet im Bereich des Hotel Post könnte ggf. eine gewisse Zentrumsfunktion aufweisen. Allerdings gelänge diese Qualifikation nur bei einer äusserst kleinräumigen Betrachtung, was vom Bundesgericht aber ausdrücklich abgelehnt wird. Die vorliegend zu beurteilenden Bereiche sind nach dem Gesagten somit nicht «dicht überbaut» im Sinne des Ausnahmetatbestandes gemäss Art. 41a Abs. 4 lit. a GSchV.

1.5. Gewässerraumausscheidung Klosters-Sernerus: Äuja und Sportzentrum

Der Fall

- ¹⁹ Die Gemeinde ist an der Erarbeitung der für die Gewässerraumausscheidung erforderlichen Grundlagen. Hierzu liegt ein Bericht der Eichenberger Revital SA vor, der an verschiedenen Stellen eine Reduktion der Gewässerraumbreite vorschlägt. Der Bericht knüpft die Vorschläge allerdings an die vorgelagerte Rechtsfrage, ob es sich dabei um «dicht überbaute Gebiete» im Sinne von Art. 41a Abs. 4 lit. a GSchV handle. Zur Beurteilung im Rahmen des vorliegenden Gutachtens stehen die Fälle Äuja und Sportzentrum.

Situation Äuja:

Situation Sportzentrum:

Beurteilung

- ²⁰ Wird im Gebiet Äuja der vom Bundesgericht vorgegebene Betrachtungsperimeter (gesamtes Gemeindegebiet) angewandt, ist klar ersichtlich, dass der zu beurteilende Bereich peripher zum Dorfzentrum liegt. Die vorgeschlagene Gewässerraumreduktion soll zugunsten einer wenige Gebäude umfassenden Häusergruppe erfolgen. Diese befindet sich in einer Wohnbauzone. Die umliegenden Flächen liegen in Nichtbauzonen. Das Interesse an einer verdichteten Überbauung des Gewässerraums ist nach den bundesgerichtlichen Kriterien zu verneinen, es liegt demzufolge kein «dicht überbautes Gebiet» im Sinne von Art. 41a Abs. 4 lit. a GSchV vor.
- ²¹ Umgekehrt verhält es sich beim Sportzentrum. Dieses dürfte zumindest als zentrumsnah gelten. Auf der orographisch linken der Seite der Landquart macht eine zonenkonforme, städtebauliche Verdichtung der bestehenden, zusammenhängenden Bausubstanz durchaus Sinn. Der Fall ist zwar insofern atypisch, als die Landquart kein Quartier durchschneidet, allerdings würde die Reduktion des Gewässerraums an dieser Stelle ohne Beeinträchtigung der Hochwassersicherheit eine Siedlungsentwicklung nach Innen ermöglichen. Im Bereich Sportzentrum ist somit auf der orographisch linken Flussseite das Vorliegen eines «dicht überbauten Gebietes» zu bejahen.

1.6. OP Nr. 2015-0393 (Gemeinde Falera): Mindestbreite des Gewässerraums

Der Fall

- ²² Im Zuge der Totalrevision der Ortsplanung hat die Gemeinde Falera unter anderem eine Gewässerraumausscheidung vorgenommen. Der obere Teil des Ual da Mulin ist als «dicht überbaut» qualifiziert worden, was zu einer Reduktion der Gewässerraumbreite geführt hat. Bei der Festlegung dieses reduzierten Gewässerraumes hat die Gemeinde einzelne Gebäude zusätzlich «umfahren», um sie aus dem Gewässerraum auszunehmen, sowie teilweise einen 5 m Abstand zum Gewässerrand unterschritten.
- ²³ Nach gängiger kantonaler Praxis ist im Siedlungsgebiet aus Gründen des Hochwasserschutzes ein Mindestabstand von 5 m zum Gewässerrand einzuhalten. Dieser diene im Falle eines Hochwasserereignisses der Zugänglichkeit und der Intervention mittels Sofortmassnahmen am Gewässer. Ferner stelle der Mindestabstand den relativ kostengünstigen Gewässerunterhalt sicher. Es wird die Frage aufgeworfen, ob die Festlegung eines solchen

Mindestabstandes rechtens sei und ob der Mindestabstand unterschritten werden dürfe.

Beurteilung

- ²⁴ Laut Art. 41a Abs. 4 lit. a GSchV kann die Breite des Gewässerraumes in dicht überbauten Gebieten den baulichen Gegebenheiten angepasst werden, soweit der Hochwasserschutz gewährleistet ist. Dies bedeutet mit anderen Worten, dass bei Vorliegen eines «dicht überbauten Gebietes» keine umfassende Interessenabwägung mehr vorgenommen werden muss, sondern lediglich zu prüfen ist, ob der Hochwasserschutz gewährleistet ist. Dieser darf durch eine Anpassung des Gewässerraums an die baulichen Gegebenheiten nicht in Frage gestellt werden. Die Anforderungen an den Hochwasserschutz ergeben sich aus Art. 4 WBG.² Demnach sind Gewässer, Ufer und Werke des Hochwasserschutzes so zu unterhalten, dass der vorhandene Hochwasserschutz, insbesondere die Abflusskapazität, erhalten bleibt. Der Hochwasserschutz umfasst aber auch die Gewährleistung der erforderlichen Unterhaltsarbeiten, insbesondere an den Schutzbauten.³ Dass hierzu ein freizuhaltender Unterhaltstreifen gefordert wird, erscheint sachgerecht. Dieser wird auch durch das Bundesamt für Wasser und Geologie (BWG) postuliert.⁴ Das BWG schlägt eine Breite von 3 m vor, fordert aber die Einhaltung eines zusätzlichen Bauabstandes zum Uferbereich.
- ²⁵ Im Ergebnis ist somit festzuhalten, dass die gängige Praxis eines 5 m breiten Unterhaltstreifens zum Gewässerrand zwecks Sicherstellung des Unterhalts von Ufern und Schutzbauten rechtens ist. Ob im Einzelfall eine Unterschreitung dieses 5 m Streifens zulässig ist, ist nach Verhältnismässigkeitsgrundsätzen zu beurteilen. Vorliegend ist u.E. letztlich entscheidend, ob die Massnahmen zum Hochwasserschutz bezüglich Interventionszeiten, Qualität und Aufwand der Arbeiten auch mit einem stellenweise reduzierten Unterhaltstreifen gleichwertig erbracht werden können.

1.7. OP Nr. 2016-0075 (Gemeinde Haldenstein): Gewässerraum Alpenrhein

Der Fall

- ²⁶ Im Zuge der Teilrevision der Ortsplanung beabsichtigt die Gemeinde, den Gewässerraum des Alpenrheins an verschiedenen Stellen zu reduzieren. Im

² FRITZSCHE, Kommentar GSchG, Art. 36a, Rz. 104 f.

³ HEPERLE, Kommentar WBG, Art. 4, Rz. 8 f.

⁴ BUNDESAMT FÜR WASSER UND GEOLOGIE, Hochwasserschutz an Fliessgewässern, Wegleitung 2001, S. 18.

Planungs- und Mitwirkungsbericht wird dazu ausgeführt, der Gewässerraum werde an den betroffenen Stellen die natürlichen Funktionen auch auf lange Sicht nicht erfüllen. Es mache deshalb Sinn, den Gewässerraum auf die baulichen Gegebenheiten anzupassen, zumal das Gebiet als dicht überbaut gelte. Auf diversen unüberbauten Parzellen bestünden Bauprojekte, die nur mit einem reduzierten Gewässerraum realisiert werden könnten. Ferner ermögliche die Reduktion die Nutzung von Flächen im Sinne des Zonenzwecks (Sportzone) bzw. die Umsetzung des bestehenden Quartierplans («Tor» und «Brugg»).

Beurteilung

- ²⁷ Vorneweg ist in grundsätzlicher Hinsicht darauf hinzuweisen, dass das Bundesgericht in seiner jüngsten Praxis die Auffassung vertritt, der Gewässerraum müssen den Raumbedarf des Gewässers langfristig sicherstellen, unabhängig vom Bestehen konkreter Revitalisierungsprojekte.⁵ Dadurch entkräftet es das wiederholt anzutreffende Argument, mit einer Revitalisierung des Gewässers sei in absehbarer Zeit nicht zu rechnen. Die nachfolgende Beurteilung erfolgt einzelfallweise je Parzelle:
- ²⁸ Parzelle Nr. 213: Die Parzelle liegt peripher zum Dorfkern und lediglich angrenzend zum Gewässer. Wie bereits beim Caznerbach (Fall Nr. 1.3.) ausgeführt, besteht nach der bundesgerichtlichen Praxis in solchen Fällen kein überwiegendes Interesse an einer verdichteten Überbauung des Gewässerraums. Eine Siedlungsentwicklung des Wohnquartiers muss nach innen, weg vom Gewässer, erfolgen. Einer Reduktion des Gewässerraums stünde vorliegend angesichts der überlagernden Gefahrenzone allenfalls auch der Hochwasserschutz entgegen.
- ²⁹ Parzelle Nr. 35: Strassenparzelle, an der keine Interessen zur städtebaulichen Verdichtung bestehen.
- ³⁰ Parzelle Nr.176: idem Parzelle Nr. 213.
- ³¹ Parzelle Nr. 175: Parzelle im übrigen Gemeindegebiet, ausserhalb Dorfkern, angrenzend ans Gewässer, in der Gefahrenzone. Keine Reduktion des Gewässerraums.
- ³² Parzelle Nr. 95: Landwirtschaftszone, peripher gelegen, keine Interessen zur städtebaulichen Verdichtung vorhanden.

⁵ BGE 140 II 428 E. 8.1, S. 436.

- ³³ Parzelle Nr. 459: Uferstreifen / Böschung, klar dem Gewässerraum zuzuordnen.
- ³⁴ Parzelle Nr. 1050: Gewerbezone / Sportzone: Peripher gelegen, abgetrennt vom Dorfzentrum, angrenzend an Gewässer, nicht dicht überbaut. Keine Reduktion des Gewässerraums.

1.8. OP Nr. 2011/0816, 2012/0280, 2014/0154, 2015/0090 (Gemeinde Samedan): Sper l'En

Der Fall

- ³⁵ Im Zuges der Teilrevision der Ortsplanung hat die Gemeinde Samedan unter anderem im Bereich Sper l'En die vorbestehende ZöBA in eine Hotel- und Wohnzone (HWZ) umgezont. Hierbei ist die Gewässerabstandslinie zum Inn reduziert worden. Die Regierung gelangt in ihrem Beschwerdeentscheid vom 14. Januar 2014 zum Ergebnis, dass die Unterschreitung des Gewässerabstands rechters sei, zumal das betroffene Gebiet als «überwiegend überbaut» gelte.

- ³⁶ Die OP-Teilrevision hat ein Beschwerdeverfahren über alle Instanzen und eine Rückweisung ans VGer hinter sich. Das VGer hat in seinem Urteil vom 16. Februar 2016 die Vereinbarkeit der OP-Teilrevision mit den Bestimmungen des Gewässerschutzgesetzes bejaht. Allerdings verwendet das Gericht in seiner Begründung bzw. für seine Schlussfolgerung die Begriffe «weitgehend überbaut» und «dicht überbaut» unter Bezugnahme auf die Regierung und die Beurteilungen der kantonalen Fachstellen als synonym. Es stellt sich die Frage, ob der von der Teilrevision der OP betroffene Bereich Sper l'En als «dicht überbaut» im Sinne von Art. 41a Abs. 4 lit. a GSchV gilt.

Beurteilung

- ³⁷ Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung sind die Begriffe «weitgehend überbaut» und «dicht überbaut» nicht gleichzusetzen. Der in Art. 41a

Abs. 4 lit. a GSchV verwendete Begriff des «dicht überbauten Gebietes» stellt strengere Anforderungen an die Überbauungssituation.⁶

- ³⁸ Würde der Fokus im vorliegenden Fall einzig auf das Gebiet Sper l'En und das Land entlang des Inn gelegt, wäre eine «dichte Überbauung» fraglich. Der zu prüfende Bereich liegt in Bezug auf das historische Dorfzentrum peripher und weist mehr als nur einzelne Baulücken auf. Allerdings verlangt das Bundesgericht einen genügend gross gewählten Betrachtungsperimeter, der in der Regel das Gemeindegebiet umfasst. Unter Einbezug der Quartiere Ariefa, A l'En und Cho-d'Punt liegt das Gebiet Sper l'En zentral in unmittelbarer Nähe zum Hauptkreisel des Dorfes. Die noch nicht überbauten, zur Umzonung vorgesehenen Flächen ermöglichen eine städtebaulich erwünschte Verdichtung und eine Siedlungsentwicklung nach Innen. Das Gebiet Sper l'En ist demzufolge nicht nur als «weitgehend überbaut», sondern auch als «dicht überbaut» im Sinne von Art. 41a Abs. 4 lit. a GSchV zu qualifizieren.

1.9. OP Nr. 2015-0432 (Gemeinde Silvaplana): Hotelzone Dorfkern

Der Fall

- ³⁹ Im Zuge der Teilrevision der Ortsplanung beabsichtigt die Gemeinde unter anderem eine Teilfläche der Parzelle Nr. 1975 von der ZöBA in eine Hotelzone Dorfkern (HZDK) umzuzonen. Entlang der neuen HZDK verläuft der Ovel da Vallun. Gemäss Planungs- und Mitwirkungsbericht soll auf eine Gewässerraumausscheidung verzichtet werden, weil im Generellen Gestaltungsplan bereits eine Gewässerabstandslinie rechtskräftig festgelegt sei.

- ⁴⁰ Es wird festgehalten, dass der Gewässerraum des Ovel da Vallun auszuscheiden sei, auch wenn die geltende Gewässerabstandslinie den für das Gewässer erforderlichen Raum derzeit sichere. Ferner wird der von der Umzonung betroffene Bereich als «dicht überbaut» qualifiziert.

Beurteilung

- ⁴¹ Der Beurteilung der Fachstellen ist zuzustimmen. Die Voraussetzungen für einen Verzicht auf die Gewässerraumfestlegung nach Art. 41a Abs. 5 GSchV

⁶ BGer 1C_558/2015 vom 30. November 2016 (Altendorf), E. 2.7 m.w.V.

sind – soweit dies aufgrund der vorliegenden Akten beurteilt werden kann – vorliegend nicht gegeben. Ferner ist das betroffene Gebiet als «dicht überbaut» zu qualifizieren. Es liegt nicht peripher an ein Gewässer angrenzend, sondern befindet sich im Hauptsiedlungsgebiet des Dorfes und wird vom Ovel da Vallun durchschnitten. Das Schliessen dieser Baulücke ist städtebaulich erwünscht.

1.10. Teilrevision Ortsplanung Landquart: Alpenrhein / Schalmans

Der Fall

⁴² Das Baugebiet auf der linken Seite direkt nach der Tardisbrücke ist nach Einschätzung der zuständigen kantonalen Fachstellen nicht dem «dicht überbauten Gebiet» zuzuordnen. Einer Verringerung des Gewässerraums des Alpenrheins könne infolgedessen nicht zugestimmt werden. Gleich verhält es sich für das Gebiet Schalmans, das ebenfalls nicht als «dicht überbaut» gilt. Eine Verringerung des Gewässerraums des Igiser Mühlbachs sei unzulässig.

Situation Alpenrhein:

Situation Schalmans:

Beurteilung

- ⁴³ Die Häusergruppe bei der Tardisbrücke liegt peripher zum Baugebiet von Landquart wie auch zum Dorfzentrum von Mastrils. Die bestehenden Bauten liegen angrenzend an den Alpenrhein, der in diesem Abschnitt – soweit dies aus den Fotos in den Akten ersichtlich ist – einen üppigen Vegetationsgürtel aufweist. Die Situation ähnelt jener im Bundesgerichtsentscheid «Hurden».⁷ An einer verdichteten Überbauung des Gewässerraums besteht an dieser Stelle kein überwiegendes Interesse. Der Bestand der peripheren Häusergruppe und die städtebauliche Entwicklung von Mastrils hängt nicht von einer Überbauung des noch freien Uferstreifens ab. Das Gebiet ist nicht als «dicht überbaut» zu qualifizieren.
- ⁴⁴ Die Situation in Schalmans ist vergleichbar mit jener im Bundesgerichtsentscheid «Dagmarsellen».⁸ Die Häusergruppe Schalmans ist peripher gelegen und vom zentrumsnahen Baugebiet durch landwirtschaftliche Nutzflächen getrennt. Die Umgebung ist weitgehend nicht überbaut. In Schalmans liegt somit kein «dicht überbautes Gebiet» vor.

Schlussfolgerungen:

- ⁴⁵ Das Bundesgericht hat in seinen bisherigen Urteilen zur Thematik des «dicht überbauten Gebietes» einen durchwegs sehr strengen Beurteilungsmassstab angelegt. Der Betrachtungsperimeter umfasst bei kleineren Gemeinden das gesamte Gemeindegebiet. Davon ausgehend prüft das Bundesgericht insbesondere die vorliegende Baustruktur und die konkrete Lage des betroffenen Gebietes. Bemerkenswert ist, dass die Qualifikation als «dicht überbautes Gebiet» bei peripher, d.h. vom Hauptsiedlungsgebiet abgetrennten, Häusergruppen und Weilern bisher nie Anwendung gefunden hat bzw. dass eine solche Siedlungsstruktur das Vorliegen eines «dicht überbauten Gebietes» geradezu ausschliesst. Die vorliegenden Praxisbeispiele zeigen, dass dieses höchstrichterliche Verständnis des Ausnahmetatbestandes den Handlungsspielraum in Graubünden, wo nebst den wenigen Ballungszentren solche Weiler und vom Dorfzentrum getrennte Häusergruppen typischerweise häufig vorkommen, stark einschränkt.

⁷ BGer 1C_473/2015.

⁸ BGE 140 II 428.

⁴⁶ Die beurteilten Praxisbeispiele zeigen zudem auf, dass die bundesrechtliche Regelung zur Festlegung der Gewässerräume keine geeignete Lösung bietet, wenn ein im planerischen Stufenbau korrekt ausgeschiedener, peripher gelegener Entwicklungsschwerpunkt mit dem Gewässerraum kollidiert. Die Bestimmungen von GSchG und GSchV zielen offensichtlich auf Konfliktlösungen in städtischen Zentren. Die Anliegen der ländlichen Gebiete sind vom Gesetz- und Verordnungsgeber unberücksichtigt geblieben, weshalb sich die Frage stellt, ob diesbezüglich nicht nach neuen Lösungen gesucht werden müsste. In Frage käme eine Ergänzung der Ausnahmetatbestände in der GSchV auf politischem Wege oder eine gesetzliche Lückenfüllung in der Rechtsanwendung. Letzteres ist selbstredend stets mit entsprechenden Prozessrisiken verbunden.

2. Praxisbeispiele zu Bauten und Anlagen ausserhalb der Bauzonen

2.1. BAB Nr. 2015-0172 (Gemeinde Laax): Neuer Bikeweg

Der Fall

⁴⁷ Gegenstand des Baugesuches bildet die Erneuerung, der Ausbau und die teilweise Verlegung der Bikeanlage „Never End Trail“ – 2. Etappe in der Gemeinde Laax. Der untere Teil der Bikestrecke bei Laax-Murschetg, welcher bereits seit 1997 besteht, wurde teilweise neu angelegt bzw. saniert. Im Abschnitt der Val Buglina wurde der Bikeweg an den Waldrand verlegt und weist teilweise einen Abstand von wenigen Metern zum Ual Val Buglina auf. In diesem Bereich lag der Bikeweg gemäss Baueingabe im Gewässerraum gemäss den Übergangsbestimmungen zur Änderung der Gewässerschutzverordnung vom 4. Mai 2011.

⁴⁸ Die Bewilligung der Bikestrecke entlang des Ual Val Buglina war umstritten, weil der Bikeweg innerhalb des Gewässerabstandes weder standortgebunden sei noch im öffentlichen Interesse liege. Mit verschiedenen Auflagen wurde die Bewilligung am 1. Mai 2015 erteilt. Unter anderem wurde angeordnet, dass die Bikeanlage im Bereich der „Val Buglina“ dort, „wo sie zu nah an den Bereich reicht, mittels Auszäunungen in Richtung Wiesen zu verlegen“ ist.

Beurteilung

- ⁴⁹ Zunächst stellt sich die Frage, ob ein Bikeweg überhaupt unter den Anlagenbegriff fällt, der nach Art. 41c Abs. 1 GSchV einer Ausnahmegewilligung zugänglich ist. Art. 41c Abs. 1 GSchV erwähnt die Bikewege nicht ausdrücklich als im öffentlichen Interesse liegende Anlagen, die bei gegebener Standortgebundenheit im Gewässerraum erstellt werden dürfen. Die Aufzählung umfasst „Anlagen wie Fuss- und Wanderwege, Flusskraftwerke oder Brücken“. Wie sich bereits aus der Formulierung ergibt, ist diese Aufzählung nicht abschliessend. Aufgrund der beispielhaften Aufzählung und insbesondere der ausdrücklichen Nennung der Fuss- und Wanderwege gibt es keinen sachlichen Grund, die Radwege nicht auch als im öffentlichen Interesse liegende Anlagen im Sinne von Art. 41c Abs. 1 GSchV anzuerkennen. Immerhin dienen sie weitgehend dem gleichen Zweck wie Fusswege, nämlich der Realisierung des Langsamverkehrs. Bike- oder generell Radwegen kann sodann ein öffentliches Interesse nicht abgesprochen werden. Immerhin ist die Erhaltung und Schaffung von Rad- und Fusswegen in Art. 3 Abs. 3 lit. c RPG als Planungsgrundsatz aufgeführt. Gemäss dem Erläuternden Bericht des BAFU zur Gewässerschutzverordnung liegen sodann Wege zur Erholungsnutzung im öffentlichen Interesse; in Analogie dazu kann dieses öffentliche Interesse auch Bikewegen zugestanden werden.
- ⁵⁰ Zu prüfen ist in einem nächsten Schritt die Standortgebundenheit im konkreten Fall. Wie im Rechtsgutachten dargelegt (Rz. 56) genügt eine relative Standortgebundenheit. Es müssen letztlich besonders wichtige und objektive Gründe vorliegen, die den gewünschten Standort (bzw. hier die gewünschte Streckenführung) im Gewässerraum als viel vorteilhafter erscheinen lassen als ein Standort ausserhalb des Gewässerraums. Ob dies der Fall ist, ist im Rahmen einer Interessenabwägung zu beurteilen. Objektive Gründe, welche im vorliegenden Fall für einen Standort innerhalb des Gewässerraums sprechen, könnten Gründe der Bodenbeschaffenheit oder ein vorbestandener Weg sein. Inwieweit solche Gründe vorlagen, ergibt sich aus den Akten nicht mit letzter Klarheit. Offenbar wurden diese Gründe aber nicht als hinreichend gewichtig angesehen, weil das ARE eine Verlegung des Bikeweges vom Bach weg in Richtung Wiese verfügte. Dies war sicherlich nicht zu beanstanden.

2.2. BAB-Nr. 2015-0085 (Gemeinde Trimmis): Ausbau Veloweg am Rhein (Asphaltierung)

Der Fall

- ⁵¹ Gegenstand des Baugesuches bildet der Ausbau des Radweges Maschänsler Rüte – Dorf Rüte in Trimmis. Der heute bestehende Radweg ist Teil des nationalen Radwanderweges Nr. 2 und weist eine gekieste Naturoberfläche auf. Laut Baugesuch ist eine Asphaltierung des Radweges auf einer Länge von 1'290 Meter vorgesehen. Das Bauvorhaben befindet sich im Auenobjekt Nr. A-25 „Trimmiser Rodauen“ von regionaler Bedeutung.

- ⁵² Im Rahmen des BAB-Verfahrens wurde der Radweg unter dem Aspekt des Gewässerschutzgesetzes als nicht standortgebunden beurteilt und es sei eine Verschiebung an den Rand des Auenperimeters ins Auge zu fassen. Zwar sei der bestehende Radweg in seinem Bestand geschützt. Dies umfasse aber nur den notwendigen Unterhalt für den Erhalt des Radweges in gleichem Umfang. Ein Ausbau des Weges sowie dessen Asphaltierung könne nicht als Unterhaltmassnahme angesehen werden und sei unzulässig. Negativ fiel zudem die Beurteilung der Asphaltierung unter dem Aspekt des Naturschutzes aus. Die Bewilligung wurde mit Auflagen erteilt. So ist anstelle des Asphaltbelages eine zementstabilisierte Tragschicht zu verwenden und der Weg darf innerhalb des Waldareals nicht breiter als 3 Meter sein.

Beurteilung

- ⁵³ Ein Radweg stellt eine „Anlage“ im Sinne von Art. 41c Abs. 1 GSchV dar.⁹ Der hier zu beurteilende Radweg ist vorbestehend, weshalb der Bestandesschutz gemäss Art. 41 Abs. 3 GSchV gilt.¹⁰ Der Radweg befindet sich ausserhalb der Bauzone, womit der erweiterte Bestandesschutz nach Massgabe der Bestimmungen von Art. 24c RPG bzw. Art. 42 RPV zur Anwendung kommen.¹¹ Zulässig sind neben Unterhalts- und einfachen Erneuerungsarbeiten also auch Erneuerungen, teilweise Änderungen und massvolle Erweiterungen. Zu beachten ist aber auch hier der Grundsatz der Identität, d.h. die „Wesensgleichheit“ der bisherigen Anlage muss hinsichtlich des Umfangs, der äusseren Erscheinung sowie der Zweckbestimmung grundsätzlich gewahrt bleiben und es dürfen keine wesentlichen neuen Auswirkungen auf die Nutzungsordnung, die Erschliessung und die Umwelt geschaffen werden. Schliesslich bleibt die Vereinbarkeit mit dem wichtigen Anliegen der Raumplanung vorbehalten (Art. 24c Abs. 5 RPG). Die Beurteilung der Identität erfordert dabei eine gesamte Würdigung sämtlicher Umstände; die Berücksichtigung der wichtigen Anliegen der Raumplanung ist im Rahmen einer umfassenden Interessenabwägung vorzunehmen.
- ⁵⁴ Diese Grundsätze sind im vorliegenden Fall insbesondere hinsichtlich der Frage der Asphaltierung massgebend. Einerseits ist zu berücksichtigen, dass der Radweg Bestandteil des stark frequentierten nationalen Radwanderweges Nr. 2 darstellt und zudem als Velopendlerverbindung abseits der Kantonsstrasse auf der Achse Zizers – Bahnhof Haldenstein – Chur dient. Die Asphaltierung des Radweges Nr. 2 zwischen Tamins und Landquart ist als Massnahme Nr. 117 des von Bund und Kanton genehmigten Agglomerationsprogramms Chur und des Regionalen Richtplans Nordbünden verankert. Insofern sprechen gewichtige Interessen für eine Asphaltierung. Gleichzeitig ist nicht zu verkennen, dass eine Asphaltierung einen erheblichen Einfluss auf die äussere Erscheinung sowie die Zweckbestimmung des bisherigen Weges hat und damit durchaus geeignet ist, wesentliche neue Auswirkungen auf die Umwelt zu schaffen. Ausserdem befindet sich das Gebiet in einer Aue von regionaler Bedeutung und laut den Akten könnte durch die Asphaltierung eine Barrierewirkung für Kleintiere entstehen. Im Lichte dieser unterschiedlichen Interessenlagen erscheint die in der Bewilligung getroffene Lösung, anstelle eines Asphaltbelages eine zementstabil-

⁹ Vgl. dazu oben Rz. 51.

¹⁰ Ich gehe davon aus, dass der Radweg ursprünglich rechtmässig erstellt wurde; die bestimmungsgemässe Nutzbarkeit des Radweges ist notorisch.

¹¹ Vgl. Rechtsgutachten Rz. 88 ff.; die Frage der Standortgebundenheit stellt sich damit nicht.

sierte Tragschicht zu verwenden, sachgerecht. Dies vor allem auch unter dem Aspekt, dass das zu asphaltierende Teilstück relativ lang ist.

2.3. BAB-Nr. 2016-0596 (Stadt Chur): Ausbau Veloweg am Rhein und Neubau Brücke über Rhein (Asphaltierung)

Der Fall

- ⁵⁵ Gegenstand des Baugesuches bildete die Rad- und Fussgängerbrücke für die Verbindung zwischen Chur und Haldenstein auf der Höhe der Scalettastrasse. Die Fussgänger- und Radfahrerbrücke für den Langsamverkehr ist Bestandteil des Generellen Erschliessungsplanes (GEP) Chur; im GEP der Gemeinde Haldenstein wurde die Lage der neuen Verbindung in der Verlängerung der Scalettastrasse und am Ende des Weges auf der Haldensteiner Seite definiert und in den kantonalen Richtplan übernommen. Auf der Haldensteiner Seite führt die Verbindung entlang des Rheins auf einem bestehenden Feldweg zum Dorf.

Beurteilung

- ⁵⁶ Die Zulässigkeit der Radfahrer- und Fussgängerbrücke ist unbestritten; Differenzen bestanden lediglich hinsichtlich des Zufahrtsweges auf Haldensteiner Seite ab Profil 1513.61 (in Richtung Haldenstein). Dieser Wegabschnitt liegt innerhalb des provisorisch festgelegten Gewässerraums. Klar ist, dass der Radweg eine Anlage i.S.v. Art. 41c Abs. 1 GSchV darstellt.¹² Zu prüfen ist lediglich die Frage der Standortgebundenheit im vorliegenden Fall. Wie bereits im Gutachten ausgeführt (Rz. 56 ff.), muss – zur Bejahung der positiven Standortgebundenheit – gemäss bundesgerichtlicher Praxis ein Standort in der Bauzone bzw. hier ausserhalb des Gewässerraums nicht absolut ausgeschlossen sein. Es genügt die relative Standortgebundenheit, wenn gewichtige Gründe einen Standort innerhalb des Gewässerraums gegenüber anderen Standorten ausserhalb des Gewässerraums als erheblich vorteilhafter erscheinen lassen (vgl. zum Ganzen BGE 141 II 245 E. 7.6.1). Dies ist im vorliegenden Fall zu bejahen. Nach Aktenlage bestehen keine gewichtigen Interessen des Natur- und Landschaftsschutzes, welche gegen einen Radweg im Gewässerraum sprechen. Insbesondere befindet sich das

¹² Vgl. Rz. 51.

Gebiet nicht in einem Inventar oder geniesst anderweitig einen besonderen Schutz. Auch die Schutzziele nach Art. 36a Abs. 1 GSchG werden nicht tangiert. Auf der anderen Seite sind technische, betriebliche und betriebswirtschaftliche Faktoren auszumachen, welche klar für die gewählte Wegführung sprechen. Die geplante Radverbindung ist – zumindest als Fussweg – bereits vorbestehend, sie stellt die Fortsetzung der bereits bestehenden Verbindung vom Dorf Haldenstein Richtung Ausserfeld / Pardisla dar, knüpft an das bestehende Netz an und ist ohne grossen Aufwand realisierbar. Unter diesen Umständen ist es durchaus gerechtfertigt, eine relative Standortgebundenheit anzunehmen.

2.4. BAB-Nr. 2016-0941 (Gemeinde Zizers): Abbruch Velobrücke und Wiederaufbau mit Verschiebung um ca. 20 Meter (Asphaltierung)

Der Fall

- ⁵⁷ Gegenstand des Baugesuches bildet der Ersatz der bestehenden Velobrücke über die „Chessirüfe“ in Zizers. Die bestehende Holzbrücke soll durch eine Brückenkonstruktion aus Stahl ersetzt werden, wobei gleichzeitig die Linieneinführung den neuen Sicherheitserfordernissen angepasst werden soll. Der Radweg, der über die Brücke führt, ist Bestandteil der nationalen Radroute. Umstritten ist die Asphaltierung des Fahrweges, weil sich das Objekt in der Aue „Rheinauen von Zizers bis Mastrils“ von regionaler Bedeutung befindet.

Beurteilung

- ⁵⁸ Der Radweg stellt eine Anlage im Sinne von Art. 41c Abs. 1 GSchV dar. Ausserdem sind der Radweg sowie die Radbrücke vorbestehend, sodass die Regeln des erweiterten Bestandesschutzes zur Anwendung kommen.¹³
- ⁵⁹ Bezüglich der Fragen des Anlagencharakters, des öffentlichen Interesses und der Standortgebundenheit kann auf die Ausführungen zu den vorhergehenden Fällen verwiesen werden. Diese Kriterien sind aus meiner Sicht unbestritten und klarerweise gegeben. Diskussionsthema ist allein die Frage der Asphaltierung. Gemäss der Vollzugshilfe Langsamverkehr Nr. 5 (Handbuch Planung von Velorouten) des Bundesamtes für Strassen (ASTRA) sollen Velorouten, insbesondere für den Alltagsverkehr – als Ziel –

¹³ Vgl. Rechtsgutachten Rz. 87.

möglichst ebene und feine Asphalt- oder Betondeckschichten aufweisen.¹⁴ Soweit Abschnitte mit Naturbelägen in die Route einbezogen werden (z.B. für die Durchquerung eines Schutzgebietes), empfiehlt das Handbuch auf die gute Qualität des Deckbelages sowie auf eine wirksame Unterhaltsregelung zu achten.¹⁵ Der Inhalt dieser Vollzugshilfe ist als Empfehlung zu verstehen, die allerdings in die Interessenabwägung eines jeden Einzelfalls einfließen und geprüft werden muss.

⁶⁰ Im vorliegenden Fall geht es um einen bestehenden Veloweg, für welchen folglich die Grundsätze der erweiterten Besitzstandsgarantie gelten.¹⁶ Die Änderung eines Belages ist begrifflich als Erneuerung bzw. teilweise Änderung im Sinne von Art. 24c RPG zu qualifizieren. Deren Zulässigkeit beurteilt sich danach, ob die Identität der Anlage einschliesslich ihrer Umgebung in den wesentlichen Zügen gewahrt bleibt, wobei in jedem Fall die wichtigen Anliegen der Raumplanung vorbehalten sind (Art. 24 Abs. 5 RPG).

⁶¹ Gemäss Aktenlage beschränkt sich die vorgesehene Asphaltierung auf die Brücke selber und einen Teilbereich vor bzw. nach der Brücke. Gegen die Asphaltierung der Brücke wurden – wohl aus bautechnischen Gründen – keine Einwände erhoben. Die Asphaltierung von zwei relativ kleinen Teilstücken vor und nach der Brücke führt nicht dazu, dass die Anlage hinsichtlich des Umfangs, der äusseren Erscheinung sowie der Zweckbestimmung in ihrem Wesen verändert wird. Es sind auch keine wesentlichen neuen Auswirkungen auf die Nutzungsordnung, die Erschliessung oder die Umwelt zu erwarten. Laut den Feststellungen der zuständigen kantonalen Fachstelle „führt die Asphaltierung des kleinen Wegstückes höchstens zu einer geringfügigen Beeinträchtigung der Aue“. Insoweit sprechen auch keine gewichtigen Anliegen der Raumplanung (einschliesslich des Natur- und Landschaftsschutzes) gegen die vorgesehene Asphaltierung. Im Lichte dieser Ausführungen ist die nachgesuchte Asphaltierung im vorgesehenen Bereich folglich zulässig. Anders wäre dann zu entscheiden, wenn die Asphaltierung streckenmässig wesentlich umfangreicher wäre und zu einer ernstzunehmenden Beeinträchtigung der Aue führen würde. In diesem Fall wären die Interessen der Raumplanung wohl höher zu gewichten.

¹⁴ Vollzugshilfe Langsamverkehr Nr. 5, abrufbar auf:

<https://www.gr.ch/DE/institutionen/verwaltung/bvfd/tba/flv/dokumentation/hblv/Seiten/default.aspx>, S. 28.

¹⁵ Vollzugshilfe Langsamverkehr Nr. 5, S. 29.

¹⁶ Vgl. Rechtsgutachten Rz. 89 ff.

Schlussfolgerungen zur Thematik Rad- / Bikewege

- ⁶² Obwohl die Rad- und Bikewege in Art. 41c Abs. 1 GSchV nicht ausdrücklich genannt werden, stellen sie „im öffentlichen Interessen liegende Anlagen“ gemäss dieser Bestimmung dar. Der Anlagenbegriff gemäss Art. 41c Abs. 1 GSchV ist beispielhaft und nicht abschliessend; Rad- und Bikewege dienen weitgehend dem gleichen Zweck wie die namentlich genannten Fusswege, nämlich der Realisierung des Langsamverkehrs, weshalb die Rad- und Bikewege den Fuss- und Wanderwegen hinsichtlich des Anlagenbegriffs gleichzusetzen sind.
- ⁶³ Bei der Prüfung der Standortgebundenheit ist von der relativen Standortgebundenheit auszugehen. Dies bedeutet, dass letztlich besonders wichtige und objektive Gründe vorliegen müssen, die den gewünschten Standort bzw. die gewählte Streckenführung im Gewässerraum als viel vorteilhafter erscheinen lassen als ein Standort ausserhalb des Gewässerraums. Dies ist im Rahmen einer Interessenabwägung gestützt auf objektive Gründe (Bodenbeschaffenheit, vorbestandener Weg etc.) zu beurteilen. Je gewichtiger im konkreten Einzelfall die Interessen des Umweltschutzes sind (NHG/Landschaftsschutz etc.) umso weniger wird sich die Standortgebundenheit im Gewässerraum mit technischen, betrieblichen und betriebswirtschaftlichen Gründen rechtfertigen lassen. Umgekehrt sind die letztgenannten Faktoren gewichtiger, soweit ein Rad- und Bikeweg im Gewässerraum keine (oder nur geringe) ökologischen oder landschaftlichen Aspekte tangiert.
- ⁶⁴ Für bestehende Rad- und Bikewege gelten die Grundsätze der erweiterten Besitzstandsgarantie. Soweit eine Änderung des Belages im Sinne einer Asphaltierung zu prüfen ist, beurteilt sich deren Zulässigkeit danach, ob die Identität der Anlage einschliesslich ihrer Umgebung in den wesentlichen Zügen gewahrt bleibt, wobei in jedem Fall die wichtigen Anliegen der Raumplanung vorbehalten sind. Je geringer die Interessen des Natur- und Landschaftsschutzes sind, umso eher lässt sich das Bedürfnis nach einer Asphaltierung von Radwegen rechtfertigen. Dabei sind auch die Interessen des Langsamverkehrs zu berücksichtigen; je höher dieses Interesse ist (national oder regional), umso eher rechtfertigt sich eine Asphaltierung der Radwege. Auch das Bestehen einer Aue schliesst eine Asphaltierung nicht grundsätzlich aus, soweit der Eingriff geringfügig und streckenmässig kurz ist. Vielfach lassen sich die Eingriffe auch mit sinnvollen Auflagen relativieren.

2.5. BAB-Nr. 2013-0166 (Gemeinde Scuol): Remise / Kleinviehstall (Abbruch und Wiederaufbau)

Der Fall

- ⁶⁵ Gegenstand des Baugesuches war der Abbruch und Wiederaufbau einer Remise / Kleinviehstall in der Gemeinde Scuol. Das Gebäude liegt im Gewässerraum gemäss den Übergangsbestimmungen. Das ARE erteilte für das Bauvorhaben die notwendige BAB-Bewilligung mit Auflagen (welche allerdings nicht den Gewässerraum betrafen).

Beurteilung

- ⁶⁶ Für die bestehende Baute bestand der erweiterte Bestandesschutz nach den Regeln von Art. 24c RPG (vgl. Rechtsgutachten Rz. 86 ff.). Die Identität der Ersatzbaute wurde zu Recht bejaht. Die öffentlichen Interessen des Hochwasserschutzes oder der ökologischen Gewässerfunktion werden durch den Ersatzbau nicht tangiert, weshalb der Bewilligungserteilung nichts im Wege stand.

2.6. BAB-Nr. 2015-0579 (Gemeinde Davos): Erweiterung Garagen im Bereich eines eingedolten Gewässers

Der Fall

- ⁶⁷ Gegenstand des Baugesuches bildet ein Garagenanbau in der Landwirtschaftszone (Anbau einer zusätzlichen Garage an eine Doppelgarage). Der Anbau grenzt direkt an einen eingedolten Bach. Das ARE erteilte die BAB-Verfügung gestützt auf Art. 24c RPG i.V. m. Art. 42 und 43a RPV.

Beurteilung

- ⁶⁸ Bei eingedolten Gewässern kann gemäss Art. 41a Abs. 5 lit. b GSchV auf die Festlegung des Gewässerraums verzichtet werden, soweit keine überwiegenden Interessen entgegenstehen. In der Regel erfolgt der Verzicht im Rahmen der kommunalen Nutzungsplanung (vgl. Rechtsgutachten Rz. 44). Solange der Gewässerraum noch nicht festgelegt ist, gelten grundsätzlich die Vorschriften gemäss den Übergangsbestimmungen. Eine Ausnahmebewilligung für den Garagenanbau kommt im vorliegenden Fall nicht in Frage, weil kein gesetzlicher Ausnahmetatbestand nach Art. 41c Abs. 1 GSchV vorliegt.

- ⁶⁹ Es macht nun allerdings keinen Sinn, bei einem eingedolten Bach im Rahmen eines Baugesuches die Übergangsbestimmungen zur Anwendung zu bringen, wenn bei der Beurteilung des Gesuches bereits beurteilt und entschieden werden kann, ob auf die Ausscheidung eines Gewässerraums im Bereich eines eingedolten Bachs verzichtet wird. Bis zur definitiven Festlegung des Gewässerraums ist im Bereich von eingedolten Gewässern (und den anderen Tatbeständen von Art. 41a Abs. 5 GSchV) zu empfehlen, im Rahmen der Prüfung der konkreten Gesuche zu entscheiden, ob auf eine Festlegung des Gewässerraums verzichtet werden kann. In diesem Zusammenhang ist zunächst zu prüfen, ob eine Gewässerrevitalisierung gemäss Art. 38a GSchG anzuordnen ist.¹⁷ Kann nach Prüfung der massgeblichen Gesichtspunkte auf eine Revitalisierung verzichtet werden, geht es lediglich noch darum zu entscheiden, ob überwiegende Interessen gegen einen Verzicht auf die Festlegung des Gewässerraumes für das eingedolte Gewässer (auch im Einzelfall) sprechen. Diese überwiegenden Interessen sind jene, die auch im Rahmen von Art. 41c Abs. 1 (Ausnahmebewilligung) zu berücksichtigen sind. Zur Vermeidung von widersprüchlichen Entscheiden und zur Sicherstellung der Koordination ist bei diesem Vorgehen auf jeden Fall die betroffene Standortgemeinde einzubeziehen; der Verzicht auf die Festlegung des Gewässerraumes ist an sich Sache der Gemeinde im Rahmen der kommunalen Nutzungsplanung.
- ⁷⁰ Dieser pragmatische Ansatz dürfte sich umso mehr rechtfertigen, als die Anzahl Fälle der Bauten an eingedolten Bächen relativ klein sein dürfte und die Anliegen, welche mit Art. 36a GSchG verfolgt werden, eher untergeordneter Natur sind. Wird im Einzelfall entschieden, dass auf die Festlegung eines Gewässerraums verzichtet werden kann, ist der Gewässerraum im Rahmen der weiteren Gesuchsbehandlung nicht mehr weiter zu berücksichtigen. Selbstverständlich ist die Behörde im Rahmen der „Kann“ Vorschrift verpflichtet, ihr Ermessen pflichtgemäss nach den allgemeinen verwaltungsrechtlichen Grundsätzen auszuüben. Die Bewilligungserteilung im konkreten Fall ist damit gesetzeskonform.

¹⁷ FRITZSCHE, Kommentar GSchG, Art. 38a, Rz. 10 ff.

2.7. BAB-Nr. 2014-1128 (Gemeinde Lostallo): Neue Wasser-, Abwasser- und Stromleitungen innerhalb des Gewässerraums

Der Fall

- ⁷¹ Gegenstand des Baugesuches bildeten Erschliessungsanlagen (Wasser-, Abwasser- und elektrische Leitungen) entlang der Moesa in der Gemeinde Lostallo. Der Neubau dieser Werkleitungen diente der Erschliessung der Industriezone „Camp di Polac“ (für die Swiss Alpine Fish AG). Gemäss Baugesuch waren die Werkleitungen im provisorischen Gewässerraum gemäss den Übergangsbestimmungen vorgesehen.
- ⁷² Zwar wurde das öffentliche Interesse an der Erschliessung der Industriezone anerkannt, die Standortgebundenheit aber als nicht nachgewiesen erachtet. Insbesondere sollte zudem aufgezeigt werden, weshalb die Erschliessung (Wasser und Strom) der Industriezone nicht über die bestehende Wasserleitung sowie über das bestehende Netz erfolgen kann. Die Bewilligung wurde mit der Auflage, dass die Leitungen am flussabgewandten Böschungsrand zu verlegen sind, erteilt.

Beurteilung

- ⁷³ Mit dem Bericht vom 26. Dezember 2015 erbrachte die Bauherrschaft den Nachweis, dass die vorbestehenden Leitungen (Wasser und Strom) für die Erschliessung des neuen Industriegebietes nicht geeignet waren. Auf diesen Aspekt ist im Zusammenhang mit der Prüfung der Standortgebundenheit somit nicht weiter einzugehen.
- ⁷⁴ Für den Fall, dass die entsprechenden Infrastrukturen vom Gemeinwesen sonst nicht sinnvoll bereitgestellt werden könnten, sind Infrastrukturleitungen (Wasser-/ Abwasser-/ Stromleitungen) allgemein als standortgebunden im Gewässerraum anzusehen. Die Standortgebundenheit wird in diesen Fällen in der Regel mit technischen bzw. betriebswirtschaftlichen Gründen motiviert. Im vorliegenden Fall haben die aktuellen Bedürfnisse gezeigt, dass – soweit ersichtlich – keine anderweitige Erschliessung des Industriegebietes, auch nicht über vorbestehende Werkleitungen, möglich war. Insoweit erweist sich die Erstellung der Werkleitungen entlang eines Gewässers im Gewässerraum als grundsätzlich relativ standortgebunden. Zu prüfen ist jeweils, ob einer solchen grundsätzlichen Standortgebundenheit irgendwelche öffentliche Interessen entgegenstehen. Es ist nicht zu verkennen, dass gerade im vorliegenden Fall allfällige Revitalisierungsmassnahmen im Bereich der Dammböschung präjudiziert werden könnten, was im Rahmen der Interessenabwägung berücksichtigt wurde. Im vorliegenden Fall war von einer vorbestehenden Infrastruktur im bestehenden Damm auszugehen, wobei die Streckenlänge relativ gering war und angeordnet wurde, dass die neuen Leitungen auf der vom Gewässer abgewandten Seite eingebaut werden. Die Bewilligung erweist sich damit als durchaus sachgerecht und gesetzeskonform.