



Kommission Bau und Volkswirtschaft, 9102 Herisau

An die Mitglieder
des Kantonsrates

Obstmarkt 3
9102 Herisau
kantonsrat@ar.ch

Sabrina Baumgartner
Leiterin Parlamentsdienst
Tel. +41 71 353 62 58
Sabrina.Baumgartner@ar.ch

Herisau, 11. Juni 2024

5000.401

Gesetz über den Gewässerraum und den Schutz vor Naturereignissen; 1. Lesung

2. Bericht und Antrag der Kommission Bau und Volkswirtschaft vom 11. Juni 2024

Sehr geehrter Herr Kantonsratspräsident
Sehr geehrte Damen Kantonsrätinnen
Sehr geehrte Herren Kantonsräte

A. Ausgangslage

Das eidgenössische Parlament beschloss am 11. Dezember 2009 eine Änderung des Gewässerschutzgesetzes zu verschiedenen Themen wie Gewässerschutz, Gewässerrevitalisierung, Gewässerraum etc.. Diese Bestimmungen wurden als indirekter Gegenvorschlag zur Volksinitiative «Lebendiges Wasser» erlassen. Im Zuge dieser Änderungen hat das eidgenössische Parlament zum Gewässerraum eine neue Bestimmung erlassen, die die Kantone verpflichtet, den Raumbedarf der oberirdischen Gewässer (Gewässerraum) nach Anhörung der betroffenen Kreise festzulegen. Der Bundesrat hat am 4. Mai 2011 detaillierte Ausführungsbestimmungen zum Gewässerraum mit der Änderung der Gewässerschutzverordnung (SR 814.201) erlassen. Mit dem Inkrafttreten der Gewässerschutzverordnung zum Gewässerraum hat der Bundesrat auch entsprechende Übergangsbestimmungen festgelegt. Diese Übergangsbestimmungen legen fest, welche Vorschriften für den Gewässerraum zwischen Erlass der Bestimmungen und der Festlegung des Gewässerraums gelten. Die Übergangsbestimmungen schreiben den Kantonen vor, dass sie den Gewässerraum grundsätzlich bis zum 31. Dezember 2018 festlegen müssen. Das Bundesrecht sieht keine Sanktionen für den Fall vor, dass die Kantone diese Frist nicht einhalten. Solange die Gewässerräume aber nicht festgelegt sind, gelten pauschale Abstandsvorschriften entlang der Gewässer, das heisst, es handelt sich um übergangsrechtliche Uferstreifen. Diese sind – zumindest bei kleinen Fliessgewässern – breiter als der minimal festzulegende Gewässerraum.



Um diese nachteilige Übergangsregelung für die bauliche Entwicklung so schnell wie möglich zu beseitigen, hat der Regierungsrat 2012 eine vorläufige Verordnung über die Einführung des Gewässerraums erlassen. Gemäss Rechtsprechung und Lehre erfüllen die auf Grundlage der vorläufigen Verordnung durch den Regierungsrat erlassenen Gewässerraumkarten die bundesrechtlichen Anforderungen an die Gewässerraumauscheidung jedoch nicht. Der mittels Gewässerraumkarten ausgeschiedene Gewässerraum wurde mangels vorgängiger Anhörung sowie mangels öffentlicher Auflage und Anfechtbarkeit als nicht bundesrechtskonform festgelegt und kann daher keine grundeigentümergebundene Wirkung haben. Die Vorgaben des Bundes sollen mit der vorliegenden Vorlage ordentlich ins kantonale Recht überführt werden.

Bezüglich Gewässerrevitalisierung fehlen im kantonalen Recht Ausführungsbestimmungen zur Revitalisierungspflicht. Zudem besteht Regelungsbedarf bezüglich Zuständigkeit und Verfahren für die Revitalisierungsplanung und betreffend Verfahren sowie Kostentragung von Revitalisierungsmassnahmen.

Bezüglich gravitativen Naturgefahren fehlen im kantonalen Recht Bestimmungen über den Umgang mit Massenbewegungen und Lawinen. Insbesondere fehlen Bestimmungen über Zuständigkeit und Verfahren für Gefahregrundlagen sowie für Massnahmen zum Schutz vor Naturereignissen aufgrund der eidgenössischen Waldgesetzgebung.

Die verschiedenen genannten Themen werden mit der vorliegenden Vorlage ins kantonale Recht übertragen. Dazu werden insgesamt vier verschiedene Gesetze angepasst: das Gesetz über die Raumplanung und das Baurecht (Baugesetz), das Gesetz über den Wasserbau und die Gewässernutzung (Wasserbaugesetz), das Gesetz über die Einführung der Bundesgesetze über den Umweltschutz und über den Schutz der Gewässer (Umwelt- und Gewässerschutzgesetz) sowie das Gesetz über den Wald (Waldgesetz). Zudem wird die vorläufige Verordnung über die Einführung des Gewässerraums von 2012 aufgehoben.

Die Kommission Bau und Volkswirtschaft hat an vier Sitzungen vom 26. Februar 2024, 8. April 2024, 24. April 2024 und 11. Juni 2024 die Vorlage in 1. Lesung beraten. Für die Beratung standen folgende Unterlagen zur Verfügung:

- Bericht und Antrag des Regierungsrates vom 31. Oktober 2023 «Gesetz über den Gewässerraum und den Schutz vor Naturereignissen; 1. Lesung» mit drei Beilagen

An den Sitzungen vom 26. Februar 2024 und 8. April 2024 standen Regierungsrat Dölf Biasotto, Departementssekretär Lukas Gunzenreiner und Michael Sonderegger, Leiter Abteilung Wasserbau, für Erläuterungen und Auskünfte zur Verfügung. An der Sitzung vom 26. Februar 2024 waren zusätzlich Urban Keller, Kantonsingenieur und Beat Fritsche, Leiter Abteilung Wald und Naturgefahren, anwesend.



B. Erwägungen

1. Grundzüge der Vorlage

Die Vorlage ist sehr umfangreich. Der Bericht und Antrag des Regierungsrates umfasst 60 Seiten. Die Komplexität wird zusätzlich gesteigert, weil die Vorlage verschiedene Themen umfasst und mehrere Gesetze angepasst werden. Inhaltlich handelt es sich um ein hochkomplexes Thema mit vielen Querbezügen. Die Kommission ist der Ansicht, dass der Bericht und Antrag sehr schwierig zu lesen war und die komplexe Materie nicht adressatengerecht aufbereitet wurde. Gleichzeitig hat die Kommission festgestellt, dass ein grosser Teil der Vorlage reiner Nachvollzug des Bundesrechts ist. Das Bundesrecht über den Gewässerraum macht Minimalvorgaben, die der Kanton nicht aufweichen darf. Der Kanton könnte die Vorgaben aber verschärfen.

Für die Kommission stellte sich die Grundsatzfrage, welcher Handlungsspielraum der Kantonsrat in diesem Geschäft überhaupt hat. Sie hat das Departement gebeten, eine Übersicht zu erstellen, aus der ersichtlich wird, in welchen Bereichen der Vorlage Handlungsspielraum für den Kantonsrat besteht und was der Bund alles vorgibt. In Absprache mit dem Departement wird diese Übersicht dem Bericht und Antrag der Kommission beigelegt (siehe Beilage 2.1). Die Übersicht ist eine Zusammenfassung des Berichts und Antrags des Regierungsrates in tabellarischer Form. Die Kommission findet diese Übersicht sehr hilfreich für das Verständnis der Vorlage.

Die Kommission hat sich ebenfalls sehr schwer getan mit der Orientierung in der Synopse (Beilage 1.2 zum Bericht und Antrag des Regierungsrates). Dort wird zu wenig ersichtlich, von welchem Gesetz gerade die Rede ist. Auf Seite 1 beginnt die Aufzählung mit I. Auf Seite 7, Seite 9 und Seite 13 folgt je ein Titel mit II. Die Titel der Gesetze sind nur in der zweiten Spalte aufgeführt und können entsprechend schnell überlesen werden. Die Kommission hat sich darüber informieren lassen, dass die Systematik der Synopse vorgegeben ist. Zur besseren Übersicht hat sie folgende Tabelle erstellt:

Kapitel I	Haupterlass: Baugesetz	Seiten 1–8
Kapitel II	1. Nebenerlass: Wasserbaugesetz	Seiten 9–20
Kapitel II	2. Nebenerlass: Umwelt- und Gewässerschutzgesetz	Seiten 20–21
Kapitel II	3. Nebenerlass: Waldgesetz	Seiten 21–23
Kapitel III	Aufgehobene Erlasse: Vorläufige Verordnung über die Einführung des Gewässerraums	Seite 23
Kapitel IV	Fakultatives Referendum und Inkrafttreten	Seite 23

Das Kapitel I. auf Seite 1 bezeichnet den Haupterlass, der in diesem Fall das Baugesetz ist. Ab Seite 9 werden unter II. alle weiteren Erlasse aufgeführt, die ebenfalls geändert werden. In Kapitel III. folgen die Erlasse, die aufgehoben werden.

Die Kommission befürchtet, dass die Unübersichtlichkeit der Synopse bei der Beratung im Kantonsrat für Verwirrung sorgen könnte. Sie hat daher die Synopse leicht angepasst (siehe Beilage 2.2). Sie hat vor allem die Titel der Gesetze grau hervorgehoben. Die Kommission ist überzeugt, dass die Vorlage dank der Übersicht und der angepassten Synopse leichter zu lesen und einfacher zu beraten wird.



Nach längeren Diskussionen zu den Inhalten der Vorlage ist die Kommission zum Schluss gekommen, dass die Vorgaben des Bundes im Bereich Gewässerschutz im Vergleich zu den bisherigen Regelungen und der kantonalen Praxis sehr restriktiv sind und dem Kanton nur sehr wenig Spielraum lassen. Jeder Kanton konnte die Gewässerabstände ursprünglich selbst festlegen, was dazu geführt hat, dass ganz unterschiedliche Regelungen gewählt wurden. Im Kanton Appenzell Ausserrhoden galt bis 2011 im Vergleich zu anderen Kantonen ein kleiner Abstand, daher ist der Kanton von der neuen Regelung des Bundes besonders stark betroffen. Die Umsetzung der Regelung wird zusätzlich durch die besondere Topografie (Hügel, Schluchten) und eine besondere Siedlungsstruktur (Streusiedlungen, kleine Gemeinden) erschwert. Ausserdem entwickelte sich die Industrialisierung des Kantons entlang der Gewässer. Der Kanton Appenzell Ausserrhoden hat dadurch sehr viele Gebäudebesitzerinnen und -besitzer entlang der Gewässer. Das ist mit ein Grund, warum der Regierungsrat 2011 eine vorläufige Verordnung erlassen hat. Er wollte die Übergangsbestimmungen des Bundes abfedern.

Die Kommission stellt zudem fest, dass es ein grosses Spannungsfeld gibt zwischen der Eigentumsgarantie gemäss Bundesverfassung und dem Gewässerschutz, wie er seit 2011 auf Bundesebene gilt. Langfristig geht es beim Gewässerschutz darum, die Räume für die Gewässer zu sichern und bestehende Gebäude im Gewässerraum zurückzubauen oder aus dem Gewässerraum zu verschieben. Gleichzeitig besteht für Gebäude im Gewässerraum, die rechtmässig erstellt und bestimmungsgemäss nutzbar sind, gemäss Bundesverfassung eine Bestandesgarantie. Dieser offensichtliche Interessenskonflikt führte in der Kommission zu ausführlichen Diskussionen.

Trotz der Komplexität und der Unübersichtlichkeit der Vorlage ist die Kommission einstimmig für Eintreten. Auch eine Rückweisung steht für sie nicht zur Diskussion, weil das Thema schon seit über zehn Jahren auf der Agenda des Regierungsrates steht und mit dieser Vorlage nun endlich eine saubere Umsetzung möglich wird. Gemäss den Übergangsbestimmungen des Bundes hätte der Kanton das Gesetz bis Ende 2018 anpassen müssen. Das Obergericht des Kantons Appenzell Ausserrhoden hat bereits 2017 darauf hingewiesen, dass der durch den Regierungsrat festgelegte Gewässerraum nicht öffentlich aufgelegt wurde (vgl. Urteil des Obergerichts vom 26. Januar 2017, OV4 15 24). Das Obergericht hat diese Einschätzung 2019 wiederholt (vgl. Urteil des Obergerichts vom 29. August 2019, OV4 18 31). Eine weitere Verzögerung ist aus Sicht der Kommission nicht angebracht.

2. Einführende Erläuterungen zu einzelnen Themen

Da die Vorlage sehr kompliziert ist, führt die Kommission einige ihrer Erkenntnisse in diesem Kapitel aus, die ihr zum Verständnis der Vorlage geholfen haben. Die Informationen stammen aus der Präsentation des Departementes, aus den Diskussionen in der Kommission und aus dem Bericht und Antrag des Regierungsrates.

Funktionen des Gewässers und Grösse des Gewässerraums

Der Gewässerraum muss gemäss Bundesrecht drei Funktionen erfüllen:

1. Natürliche Funktionen: Lebensraum und Biodiversität, Vernetzungskorridor und Puffer gegen Verunreinigung, Nährstoffkreislauf und Grundwasserneubildung, Feststoffhaushalt
2. Schutz vor Hochwasser: Abflusskorridor und Retentionsfläche, Sicherung der Zugänglichkeit für Gewässerunterhalt, Raumsicherung für Schutzbauten



3. Gewässernutzung: Wasserkraft inkl. sanierungsbedürftige Anlagen, Naherholung mit Aufwertung Landschaftsbild

Aus diesen drei Funktionen ergibt sich die Grösse des Gewässerraums. Dieser kann je nach Abschnitt des Gewässers grösser oder kleiner ausfallen. Die Grösse ist abhängig von der natürlichen Sohlenbreite der Gewässer (vgl. Grafik 1 im Bericht und Antrag des Regierungsrates, Seite 7). Für die meisten Fliessgewässer im Kanton Appenzell Ausserrhoden beträgt die Mindestbreite zwischen 11 und 45 Metern. Prinzipiell gilt: «Je breiter ein Gewässer, desto grösser der Gewässerraum». Im Einzelfall erfolgt eine Erhöhung oder Reduktion der Mindestbreite gemäss Bundesrecht. Eine Erhöhung kann aufgrund des Hochwasserschutzes, der Revitalisierung, der Gewässernutzung oder des Natur- und Landschaftsschutzes erfolgen. Eine Reduktion ist bei «dicht überbauten» Gebieten und bei besonderen topografischen Verhältnissen möglich.

Wechsel von Gewässerabstand zu Gewässerraum

Das Bundesrecht schreibt vor, dass für Gewässer neu ein Raum festgelegt wird. Bisher galt im kantonalen Baugesetz gemäss Art. 114 ein Gewässerabstand. Der Regierungsrat hat den Gewässerraum in seinen Übergangsbestimmungen von 2012 gemäss Gewässerschutzverordnung des Bundes eingeführt. Art. 114 Baugesetz ist jedoch weiterhin gültig. Bauvorhaben müssen momentan beide Vorschriften kumulativ erfüllen, bis die vorliegende Vorlage in Kraft tritt. Ein Gewässerabstand gemäss Art. 114 Baugesetz soll weiterhin als subsidiärer Gewässerabstand gültig sein, wenn auf eine Festlegung eines Gewässerraums verzichtet werden kann (vgl. Kommentar im Bericht und Antrag der Kommission zu Art. 114 Baugesetz).

Art. 41a Abs. 5 und Art. 41b Abs. 4 der Gewässerschutzverordnung des Bundes regeln die Ausnahmen für die Festlegung des Gewässerraums abschliessend. Auf eine Festlegung kann verzichtet werden, wenn sich das Gewässer im Wald oder in Sömmerungsgebieten befindet, es bereits eingedolt ist oder es sich um ein sehr kleines Fliessgewässer handelt. In diesen Ausnahmefällen kommt der subsidiäre Gewässerabstand zum Tragen.

Zuständigkeit für die Festlegung des Gewässerraums

Gemäss Bundesrecht fällt die Festlegung des Gewässerraums in die Zuständigkeit der Kantone. Das kantonale Recht kann dabei vorsehen, dass die Gemeinden den Gewässerraum festlegen müssen. Für diese Lösung haben sich schweizweit am meisten Kantone entschieden. Mit der vorliegenden Vorlage soll die Festlegung des Gewässerraums durch den Kanton erfolgen.

Die Kommission betont, dass es sich hierbei um eine Besonderheit des Kantons Appenzell Ausserrhoden handelt. Es ist eine alte ausserrhodische Tradition, die aus Sicht der Kommission beibehalten werden soll. In dieser technischen Materie, die viel Know-how benötigt, macht es Sinn, dass die Planungshoheit beim Kanton bleibt. Die Gemeinden haben sich zu dieser Aufgabenteilung bekannt. Sie wollen aber frühzeitig mit einbezogen werden. Das ist im Rahmen des Mitwirkungsverfahrens gemäss Bundesgesetz sowieso vorgesehen.

Bestandesgarantie vs. erweiterte Bestandesgarantie

Anhand eines fiktiven Beispiels hat die Kommission verschiedene Aspekte der Vorlage diskutiert. Sie ist von einem rechtmässig erstellten Fabrikgebäude, das nah am Wasser gebaut wurde und bestimmungsgemäss nutzbar ist, ausgegangen. «Rechtmässig erstellt» bedeutet, dass das Gebäude eine Baubewilligung erhalten hat. «Bestimmungsgemäss nutzbar» bedeutet, dass die Baute nach dem ursprünglichen Bestimmungszweck



nutzbar sein muss, auch in Bezug auf den Zustand der Bauten. Eine Baute, die verfällt, ist nicht mehr bestimmungsgemäss nutzbar. Dieses Fabrikgebäude soll umgebaut und für Wohnungen genutzt werden. Die Kommission stellte sich Frage, ob dies erlaubt ist. Die Kommission kommt zum Schluss, dass eine Umnutzung aus folgenden Gründen grundsätzlich nicht möglich ist.

Nach Art. 41c Abs. 2 Gewässerschutzverordnung sind rechtmässig erstellte und bestimmungsgemäss nutzbare Anlagen im Gewässerraum in ihrem Bestand grundsätzlich geschützt – für diese gilt die sogenannte Bestandesgarantie. Unter die Bestandesgarantie fallen Unterhalts- und einfache Erneuerungsarbeiten, soweit sie der Werterhaltung dienen. Nicht gestattet sind hingegen Umbauten, Erweiterungen oder Nutzungsänderungen. Auch der Abbruch und Wiederaufbau ist nicht möglich. Die folgende Übersicht zeigt, was für bestehende Bauten im Gewässerraum möglich ist.

Zulässigkeit der Umnutzung

Bestehende Bauten und Anlagen im Gewässerraum		Erlaubt?	Beispiele	Bemerkungen
Besitzstandsschutz* nach Art. 41c Abs. 2 GSchV	Bestand	Ja***		
	Weiternutzung	Ja***		
	Unterhalt	Ja***	reine Unterhaltmassnahmen sowie Erneuerungsmassnahmen (Reparatur oder Modernisierung gemäss Stand der Technik; z.B. energetische Sanierung wie Heizungsersatz, Sanierung Fassade/Dach; Fensterersatz; Innenrenovation)	
erweiterter Besitzstandsschutz**	Umbauten, welche die Funktionen des Gewässerraums nicht berühren	Ja***	Solaranlagen, interne Umbauten wie neue Unterteilungen von Zimmern/Räumen, Fenstereubau (z.B. neues Dachfenster)	BGE 148 II 304
	Umbauten, welche die Funktionen des Gewässerraums negativ tangieren	Nein	Vergrösserung eines befestigten Sitzplatzes oder Gartenraumgestaltungen im Gewässerraum (z.B. Terrainveränderungen)	Umkehrschluss aus BGE 148 II 304
	Erweiterungen	Nein	Anbauten (z.B. Garage) im Gewässerraum, zusätzliches Geschoss (Aufstockung), Ausbau Dachgeschoss zu Wohnnutzung, neue Dachgaube	
	Nutzungsänderungen (Zweckänderungen)	Nein	Gewerbe- zu Wohnnutzung, Gewerbe zu Industrie	Zonenkonformität ist Voraussetzung
	Wiederaufbau	Nein	Abbruch und Wiederaufbau innerhalb des Gewässerraums	

* oder Bestandesgarantie

** oder erweiterte Bestandesgarantie oder Erweiterungsgarantie

*** sofern rechtmässig erstellt und bestimmungsgemäss nutzbar

Hinweis: Umbauten, Erweiterungen und Nutzungsänderungen können nicht immer klar voneinander abgegrenzt werden, die Übergänge sind fließend; Nutzungsänderungen sind regelmässig auch mit Umbauten oder Erweiterungen verbunden.

LGW/23.04.2024

Quelle: Departement Bau und Volkswirtschaft

In der Interpretation des Regierungsrates wäre eine kantonale gesetzliche Grundlage bundesrechtswidrig, die für Bauten und Anlagen im Gewässerraum eine erweiterte Bestandesgarantie vorsehen würde. Die erweiterte Bestandesgarantie meint, dass ein Bau erweitert, umgenutzt, umgebaut, abgebrochen und wieder aufgebaut werden darf. Der Regierungsrat bezieht sich bei dieser Auslegung des Gesetzes auf das Bundesgerichtsurteil von 2020 (BGE 146 II 304). Dieses Urteil bezog sich auf ein Bauvorhaben ausserhalb der Bauzone. Stand heute gibt es kein Bundesgerichtsurteil, das einen Fall innerhalb der Bauzone betrifft. Der Regierungsrat macht keinen Unterschied zwischen Fällen innerhalb und ausserhalb der Bauzone. Diese restriktive Auslegung des Bundesgerichtsentscheids wurde in den Vernehmlassungsantworten kritisiert. Andere Juristinnen und Juristen folgen dieser Auslegung nicht und kritisieren die Interpretation des Regierungsrates als ängstliche Haltung.



Das Bundesgericht hat gesagt, dass beim Gewässerraum ein hohes öffentliches Interesse besteht, ihn längerfristig freizuhalten. Die Möglichkeiten, um in diesen Gewässerraum hineinzubauen, sind sehr restriktiv. Gewisse Erweiterungen sind im Gewässerraum unter der Bestandesgarantie aber möglich. Zum Beispiel ist eine Solaranlage auf dem Dach oder eine Sanierung der Gebäudehülle erlaubt. Die Kommission stellt hier einen gewissen Widerspruch fest, da durch diese Massnahmen die Lebensdauer des Gebäudes massgeblich verlängert wird. Die Lebensdauer eines Gebäudes ist per se nicht festgelegt und hängt von der Substanz und der Bauweise ab. Jeder Unterhalt am Gebäude erhöht seine Lebensdauer.

Auf das Beispiel angewandt bedeutet dies, dass für das Fabrikgebäude eine Bestandesgarantie, aber keine erweiterte Bestandesgarantie gilt. Das Gebäude darf also weiterhin als Fabrikgebäude genutzt, unterhalten und leicht erneuert werden. Es darf jedoch nicht umgenutzt, also zu Wohnungen umgebaut werden. Die Bauten sollen nicht über die Lebensdauer der ursprünglich bewilligten Bauten genutzt werden können, weil dies dem Zweck des Gewässerraums entgegensteht. Dies hat in der Kommission auch unter dem ökologischen Aspekt zu Diskussionen geführt. Wenn ein Fabrikgebäude am Bach mit der gleichen Hülle für Wohnungen umgenutzt werden soll, erscheint das aus ökologischen Gründen durchaus sinnvoller als das Gebäude zurückzubauen.

Die Kommission weist darauf hin, dass die Frage nach der Auslegung der erweiterten Bestandesgarantie innerhalb und ausserhalb der Bauzone eine Frage ist, die die Gerichte klären müssen. Es geht um die Auslegung von Bundesrecht. Die Gerichte beurteilen nur die konkret vorliegenden Fälle. Solange also kein vergleichbarer Fall für eine Baute innerhalb der Bauzone vor Bundesgericht gebracht wird, gibt es in dieser Frage keine Klärung. Es ist dann der juristischen Auslegungen überlassen, was innerhalb der Bauzone zulässig ist.

Reduktion des Gewässerraums in dicht überbauten Gebieten

Es gibt zwei Kriterien, bei denen der Gewässerraum reduziert werden darf: in «dicht überbauten» Gebieten und bei besonderen topografischen Verhältnissen (Art. 41a Abs. 4 und Art. 41b Abs. 3 Gewässerschutzverordnung). In sogenannten «dicht überbauten Gebieten» ist die Ausscheidung des Gewässerraums gemäss Bundesrecht oft nicht sinnvoll. Dort kann die Breite des Gewässerraums unter Berücksichtigung der engen baulichen Gegebenheiten so angepasst werden, dass der Schutz vor Hochwasser jederzeit gewährleistet bleibt. Dabei besteht das Ziel darin, Siedlungsgebiete zu verdichten und im Sinne einer erwünschten Siedlungsentwicklung nach innen Baulücken zu schliessen, wenn das Interesse an der baulichen Nutzung überwiegt. Es soll dort eine Ausnahme von der Einhaltung der Mindestbreiten ermöglicht werden, wo der Gewässerraum die natürlichen Funktionen auch auf lange Sicht nicht erfüllen kann.

In der Kommissionsberatung ist eine Diskussion darüber entstanden, ob es im Kanton Appenzell Ausserrhoden überhaupt «dicht überbaute Gebiete» gibt. In erster Linie hält das Departement fest, dass nur wenige Gebiete unter diese Definition fallen. Dicht überbaute Gebiete sind vor allem in zentrumsnahen Kernzonen mit hoher Ausnützung zu finden. Ein Beispiel wäre der Obstmarkt in Herisau. Die dicht überbauten Gebiete müssen pro Gemeinde von Fachleuten festgelegt werden. Das Departement wendet diese Vorschriften heute schon an, weil es Ausnahmebaubewilligungen für dicht überbautes Gebiet erteilen muss. In der Regel können Kernzonen als dicht überbaut angeschaut werden. In Frage kommen zudem noch die Entwicklungsgebiete, in denen die Gemeinden eine innere Verdichtung planen. Es handelt sich hier jedoch um eine Frage, die im Vollzug geregelt werden muss und nicht auf Gesetzesstufe.



3. Erläuterungen zu einzelnen Artikeln

Art. 11a Baugesetz: Gewässerraum

Die Festlegung des Gewässerraums erfolgt mittels Gewässerraumlinien. Früher wurde lediglich ein Gewässerabstand festgelegt, neu wird ein Raum definiert. Die Kantone sind durch das Bundesgesetz verpflichtet, den Gewässerraum mit raumplanerischen Mitteln grundeigentümergebunden und anfechtbar festzulegen. Den minimalen Gewässerraum können die zuständigen Behörden je nach Situation anpassen. Unter Umständen müssen sie ihn verbreitern oder in den zwei oben genannten Ausnahmen (dicht überbaute Gebiete und topografische Verhältnisse) verringern. Die dafür in der Gewässerschutzverordnung des Bundes genannten Kriterien verlangen eine Betrachtung der konkreten Situation (Einzelfallbetrachtung).

Konkrete Grösse des Gewässerraums

Aus Sicht der Kommission ist dies der zentrale und umstrittenste Artikel des Gesetzes. Die Kommission hätte erwartet, dass in diesem Artikel der Gewässerraum mittels genauer Zahlen definiert wird. Das ist die zentrale Grösse, die vor allem die Grundeigentümerinnen und -eigentümer an dieser Vorlage interessiert. In der Synopse wird jedoch lediglich in Abs. 4 mittels Fussnote auf Art. 41c der Gewässerschutzverordnung des Bundes verwiesen. Damit fehlt in Art. 11a Baugesetz die Aussage, was eigentlich gilt. Die Kommission hat geprüft, ob sie in Art. 11a einen Verweis auf die Art. 41a und Art. 41b der Gewässerschutzverordnung einfügen könnte. Dort wird der Gewässerraum für Fliessgewässer und für stehende Gewässer mit konkreten Zahlen definiert.

Gemäss Aussage des Departementes gibt es zwei Gründe, die dagegensprechen. Einerseits muss der Gewässerraum in einer Einzelfallbetrachtung festgelegt werden. Im Bundesgesetz werden durchaus Zahlen genannt, aber diese müssen auf die konkrete Situation vor Ort angewandt werden und in einem Nutzungsplan der Gewässerraumlinien festgelegt werden. Der Gewässerabstand ist bei jedem Gewässer und bei jedem Abschnitt unterschiedlich. Der Aufwand, um die Gewässerräume festzulegen, ist für den Kanton sehr gross. Pro Gewässerabschnitt gibt es eine aufwändige Dokumentation, die erstellt werden muss. Das Departement plant, die Grundeigentümerinnen und -eigentümer in der Phase der Planaufgabe und des Vollzugs mit weiterführenden Dokumenten zu unterstützen.

Andererseits soll in Gesetzen nur auf ein anderes Gesetz verwiesen werden, wenn der Verweis einen eigenständigen Gehalt hat. Es ist gesetzestechnisch unnötig, auf Artikel zu verweisen, die sowieso gelten. Die Fussnote in Art. 11a Abs. 4 ist ein normativer Verweis. In diesem Fall ist es unklar, ob die Kantone strenger sein können als das Bundesrecht. Der Regierungsrat sagt mit diesem Verweis, dass er nicht strenger ist als der Bund. Ein Verweis auf Art. 41a oder 41b der Gewässerschutzverordnung macht keinen Sinn, weil sie ohnehin gelten. Die Kommission hat sich von dieser Argumentation überzeugen lassen.

Ausnahmeregelung für Härtefälle

Die Kommission hat ebenfalls geprüft, ob es möglich wäre, in Art. 11a eine Ausnahmeregelung für Härtefälle einzufügen, wie das bereits in anderen Gesetzen gemacht wurde. So könnte man in besonders schwierigen Fällen Ausnahmen erlassen. Gemäss Einschätzung des Departementes würde eine solche Ausnahmeregelung gegen Bundesrecht verstossen, da die Ausnahmen abschliessend in Art. 41c Gewässerschutzverordnung geregelt sind. Das kantonale Recht kann keine zusätzlichen Ausnahmetatbestände regeln.



Symmetrische vs. asymmetrische Festlegung des Gewässerraums

In der Vernehmlassung wurde das Thema der asymmetrischen Festlegung des Gewässerraums kontrovers diskutiert. Die Kommission hat deshalb geprüft, ob eine Erwähnung der Möglichkeit zur asymmetrischen Festlegung des Gewässerraums in Art. 11a in Frage kommt.

Der Regierungsrat stellt sich auf den Standpunkt, dass es sich hier um eine reine Frage des Vollzugs handle, welche nicht in das Gesetz gehöre. Der Gewässerraum wird im Nutzungsplanverfahren durch einen Erlass des Departementes Bau und Volkswirtschaft (DBV) mit Auflageverfahren und Genehmigung durch den Regierungsrat festgelegt. Instrumente dazu werden sein: Der Planungsbericht, die technische Dokumentation und der Gewässerraum-Plan. In diesen wird der Gewässerraum anhand von Gewässerraumlينien je nach Gewässer, Gewässerabschnitt oder gemeindeweise festgelegt. Dabei ist die Mitwirkung der betroffenen Kreise (vor allem Gemeinden und Grundeigentümerinnen und -eigentümer) gewährleistet. Das kantonale Gesetz kann nicht regeln, wo der Gewässerraum genau liegen wird. Das müsse im Einzelfall pro Gewässerabschnitt geregelt werden. Gesetzestechnisch sei es zudem wichtig, dass nicht nur die Ausnahme, sondern auch der Grundsatz festgelegt wird.

Diese Argumentation hat die Kommission nicht überzeugt. Die Haltung der KBV ist, dass die symmetrische Festlegung des Gewässerraums die Regel sein soll, dass aber die Möglichkeit der asymmetrischen Festlegung des Gewässerraums gegeben sein muss. Die Möglichkeit, den Gewässerraum asymmetrisch festzulegen und ihn damit an die Gegebenheiten im Umfeld des Gewässers anzupassen, soll ausdrücklich auf Gesetzesstufe festgelegt werden, da dies für die Kommission ein zentraler Punkt der Vorlage ist. Es gilt der Grundsatz, dass eine Materie in den wichtigen Grundzügen auf Gesetzesstufe zu regeln ist. Aus Sicht der Kommission ist die Möglichkeit, in Ausnahmefällen eine asymmetrische Festlegung vorzunehmen, ein sehr wichtiger Aspekt der Gewässerraumfestlegung. Daher wünscht sie sich eine Ergänzung in Art. 11a. Die Kommission hat deshalb das Departement und den Rechtsdienst gebeten zu prüfen, ob Art. 11a Abs. 2 zum Beispiel mit folgendem Satz ergänzt werden könnte:

«Die asymmetrische Festlegung des Gewässerraums ist in Ausnahmefällen möglich.»

Mit dieser Formulierung würde klar geregelt, dass der Gewässerraum in der Regel symmetrisch und nur in Ausnahmefällen asymmetrisch festgelegt wird. Die Möglichkeit zur asymmetrischen Festlegung des Gewässerraums wäre somit auf Gesetzesstufe klar gegeben und müsste von der Verwaltung berücksichtigt werden. Wird diese Möglichkeit nur auf Verordnungsstufe oder in einer Vollzugshilfe erwähnt, kann sie leicht wieder geändert werden. Die Festschreibung auf Gesetzesstufe garantiert, dass die Möglichkeit zur Festlegung eines asymmetrischen Gewässerraums langfristig bestehen bleibt.

Das DBV und der Rechtsdienst der Kantonskanzlei haben der Kommission empfohlen, von der Aufnahme dieser Formulierung in Art. 11a abzusehen. Nach Art. 41a Gewässerschutzverordnung muss der Gewässerraum bei Fliessgewässern eine von der natürlichen Gerinnesohlenbreite abhängige Mindestbreite aufweisen. Der Gewässerraum besteht damit von Bundesrechts wegen aus dem Raum für eine natürliche Gerinnesohle und den beiden Uferbereichen. Er stellt einen Korridor dar, wobei das Gerinne nicht in der Mitte dieses Korridors liegen muss. Gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts hat die zuständige Behörde bei der Festlegung des Gewässerraums einen gewissen Spielraum und kann diesen symmetrisch oder asymmetrisch anordnen (BGE 1C_453/2020 E. 5, 1C_573/2015 E. 4.4). Diesen Spielraum hat der Gesetzgeber ermöglicht, um lokalen Gegebenheiten und Verhältnissen im Umfeld des Gewässers sowie der Typologie des Gewässers Rechnung



tragen zu können. Damit stellt sich aus Sicht des Departementes die Frage, ob überhaupt noch eine kantonale Bestimmung notwendig ist, da die Möglichkeit zur asymmetrischen Festlegung des Gewässerraums schon im Bundesrecht angelegt ist (siehe auch Bundesamt für Umwelt (BAFU), Erläuternder Bericht Änderung Gewässerschutzverordnung 2011, S. 10). Art. 41a (und Art. 41b) Gewässerschutzverordnung gebieten zwingend die Berücksichtigung von Kriterien, die eine Betrachtung der konkreten Situation erfordern. In der Praxis mag sich dabei häufig eine symmetrische Festlegung des Gewässerraums empfehlen. Entscheidend ist jedoch, was sich im Einzelfall aufgrund einer umfassenden Interessenabwägung ergibt. Dabei sind von Bundesrechts wegen alle Funktionen des Gewässerraums und massgeblichen Interessen zu würdigen. Eine kantonale Gesetzesbestimmung, welche eine symmetrische Festlegung des Gewässerraums als Standard vorschreibt und eine asymmetrische Festlegung nur in Ausnahmefällen zulassen will, verträgt sich gemäss Departement schlecht mit dieser Vorgabe. Das DBV und der Rechtsdienst empfehlen daher, gar keine Änderung oder Ergänzung an diesem Artikel vorzunehmen. Falls die KBV aber dennoch daran festhalten möchte, empfehlen sie folgende Formulierung:

«Der Gewässerraum von Fliessgewässern kann nach örtlichen Gegebenheiten so festgelegt werden, dass das Gerinne nicht in der Mitte liegt.»

Der symmetrische/asymmetrische Gewässerraum ist nur bei Fliessgewässern möglich, nicht bei stehenden Gewässern. Mit dem Begriff «nach örtlichen Gegebenheiten» wird berücksichtigt, dass die Festlegung im Einzelfall aufgrund einer umfassenden Interessenabwägung zu erfolgen hat, wobei lokalen Gegebenheiten und Verhältnissen im Umfeld des Gewässers sowie der Typologie des Gewässers Rechnung getragen werden kann. Mit der «kann-Formulierung» wird sichergestellt, dass der für die Festlegung des Gewässerraums zuständigen Behörde ein gewisser Spielraum (Ermessen) zukommt. Diese Argumentation leuchtet der Kommission ein. Die Kommission möchte die alternative Formulierung im Sinne einer Präzisierung des Gesetzes aufnehmen. Sie beantragt daher folgende Ergänzung von Art. 11a Abs. 2:

Art. 11a Abs. 2 Gewässerraum

² Die Festlegung erfolgt für ein Gewässer, einen Gewässerabschnitt oder gemeindeweise. Der Gewässerraum von Fliessgewässern kann nach örtlichen Gegebenheiten so festgelegt werden, dass das Gerinne nicht in der Mitte liegt.

Art. 114 Baugesetz: Subsidiärer kantonaler Gewässerabstand

Das Bundesrecht legt fest, in welchen Fällen auf die Festlegung eines Gewässerraums verzichtet werden kann. So kann darauf verzichtet werden, wenn sich das Gewässer im Wald oder in Sömmerungsgebieten befindet, es bereits eingedolt ist oder es sich um ein sehr kleines Fliessgewässer handelt. In diesen Fällen kommt neu der kantonale Gewässerabstand nach Art. 114 Baugesetz subsidiär zum Tragen. Der Regierungsrat schlägt einen beidseitigen Gewässerabstand von 5 Metern vor.

Gemäss Aussagen des Departementes ist es für den Kanton sehr wichtig, diesen subsidiären Gewässerabstand zu haben. Im Baugesetz muss der Gewässerabstand geregelt werden, um den Unterhalt des Gewässers und den Zugang dazu sicherzustellen. So muss beispielsweise eine Eindohlung für Sanierungen und einen allfälligen Ausbau zugänglich sein. Bei diesem Artikel besteht auch Spielraum bei der Festlegung dieses Abstandes. Ein beidseitiger Abstand von 5 Metern haben gemäss Departement auch andere Kantone gewählt.



Art. 14a Wasserbaugesetz: Enteignungsrecht

Die Bestandesgarantie stellt sicher, dass bestehende Gebäude im Gewässerraum, die rechtmässig erstellt wurden und noch bestimmungsgemäss nutzbar sind, nicht abgerissen werden müssen. Die Bundesgesetzgebung zum Gewässerschutz hat aber mittel- und langfristig das Ziel, dass diese Bauten nicht über die Lebensdauer der ursprünglich bewilligten Bauten genutzt werden können und zugunsten des Gewässers zurückgebaut werden. Aus Sicht der Kommission läuft es langfristig auf eine Enteignung von Grundeigentümerinnen und -eigentümer im Gewässerraum hinaus. Sie sieht daher ein grosses Spannungsfeld zwischen Eigentumsgarantie und Gewässerschutz.

Neu soll im Wasserbaugesetz ein Artikel eingefügt werden, der das Enteignungsrecht regelt. Gemäss Aussagen des Departementes besteht hier eine Gesetzeslücke, die damit geschlossen wird. In der Regel enteignet der Kanton im Wasserbau jedoch kein Land, sondern private Rechte. Zudem verweist es auf das bestehende Enteignungsgesetz (bGS 711.1), das Enteignungen auch ohne diesen Artikel in der Spezialgesetzgebung bereits heute zulässt.

C. Antrag

Die Kommission Bau und Volkswirtschaft beantragt Ihnen,

1. auf die Vorlage einzutreten
2. dem Entwurf für ein Gesetz über den Gewässerraum und den Schutz vor Naturereignissen mit der Änderung der Kommission in 1. Lesung zuzustimmen.

Im Namen der Kommission Bau und Volkswirtschaft

sign. Matthias Tischhauser

sign. Sabrina Baumgartner

Matthias Tischhauser, Präsident

Sabrina Baumgartner, Aktuarin

Beilagen:

Beilage 2.1

Übersicht gesetzgeberischer Handlungsspielraum Kanton

Beilage 2.2

Synopse