

## I. Bau-, Raumentwicklungs- und Umweltschutzrecht

### 53 Gewässerraum

- Der Gewässerraum kann kleiner festgelegt werden als gemäss der "Fachkarte Gewässerraum", wenn sich die natürliche Gewässerbreite aus naturnahen Vergleichsstrecken und alten Pläne herleiten und sich so die Abweichung gegenüber den – auf abstrakten Korrekturfaktoren fussenden – Berechnungen der Fachkarte begründen lässt (Erw. 4.4.1 und 4.4.2).
- Die Festlegung darf in zweckmässigen Abschnitten erfolgen und muss nicht Meter um Meter begründet werden (Erw. 4.4.2).
- Die kantonale Fachkarte legt den Gewässerraum behördenverbindlich fest und macht, dass die Festlegungen im Übergangsrecht des Bundes nicht mehr anwendbar sind (Erw. 4.7.5).
- Die Gemeinde muss fundiert begründen, wenn sie für ein künstlich angelegtes Gewässer keinen Gewässerraum ausscheidet. Rückweisung zur Neubeurteilung, wenn diese Begründung fehlt (Erw. 5)

Aus dem Entscheid des Regierungsrats vom 20. November 2019 (RRB Nr. 2019-001400)

### *Aus den Erwägungen*

#### 4. Möhlinbach (Fliessgewässer mit mittlerer Breite)

...

#### 4.3 Festlegung des Gewässerraums in der Nutzungsplanung

Das Gewässerschutzgesetz verlangt von den Kantonen die Festlegung von Gewässerräumen entlang der oberirdischen Gewässer. Der Gewässerraum steht dem Gewässer zur Verfügung und gewährleistet insbesondere den Schutz vor Hochwasser sowie die natürlichen Funktionen. Zu den natürlichen Funktionen gehören insbesondere der Transport von Wasser und Geschiebe, die Sicherstellung der

Entwässerung, die Selbstreinigung des Wassers und die Erneuerung des Grundwassers, die Ausbildung einer naturnahen Strukturvielfalt in den aquatischen, amphibischen und terrestrischen Lebensräumen, die Entwicklung standorttypischer Lebensgemeinschaften, die dynamische Entwicklung des Gewässers und die Vernetzung der Lebensräume. Aufgabe von Kantonen beziehungsweise von Gemeinden, denen der Auftrag delegiert wurde, ist es, die Festlegung, Gestaltung und Bewirtschaftung des Gewässerraumes im Rahmen eines Planungsverfahrens sinnvoll und für die Grundeigentümer verbindlich umzusetzen (BPUK, LDK, BAFU, ARE, BLW: Gewässerraum. Modulare Arbeitshilfe zur Festlegung und Nutzung des Gewässerraums in der Schweiz, Stand Juni 2019 [nachfolgend: Arbeitshilfe Gewässerraum 2019], Modul 2, Seite 3).

Gemäss Art. 36a GSchG legen die Kantone nach Anhörung der betroffenen Kreise den Raumbedarf der oberirdischen Gewässer (Gewässerraum) fest, der für die Gewährleistung folgender Funktionen erforderlich ist: (a) die natürlichen Funktionen der Gewässer; (b) den Schutz vor Hochwasser; (c) die Gewässernutzung (Absatz 1). Der Bundesrat regelt (in der GSchV) die Einzelheiten (Absatz 2). Die Kantone sorgen dafür, dass der Gewässerraum bei der Richt- und Nutzungsplanung berücksichtigt sowie extensiv gestaltet und bewirtschaftet wird (Absatz 3 Satz 1).

In Gebieten ausserhalb von Biotopen von nationaler Bedeutung, kantonalen Naturschutzgebieten, Moorlandschaften von besonderer Schönheit und nationaler Bedeutung, Wasser- und Zugvogelreservaten von internationaler und nationaler Bedeutung sowie Landschaften von nationaler Bedeutung und kantonalen Landschaftsschutzgebieten gemäss Art. 41a Abs. 1 GSchV muss die Breite des Gewässerraums mindestens betragen: (a) für Fliessgewässer mit einer Gerinnesohle von weniger als 2 m natürlicher Breite 11 m; (b) für Fliessgewässer mit einer Gerinnesohle von 2–15 m natürlicher Breite die 2,5-fache Breite der Gerinnesohle plus 7 m (Art. 41a Abs. 2 GSchV). Die nach den Absätzen 1 und 2 berechnete Breite des Gewässerraums muss erhöht werden, soweit dies erforderlich ist zur Gewährleistung: (a) des Schutzes vor Hochwasser; (b) des für eine Revitalisierung erforderlichen Raums; (c) der Schutzziele von Objekten gemäss Absatz

1 sowie anderer überwiegender Interessen des Natur- und Landschaftsschutzes; (d) einer Gewässernutzung (Art. 41a Abs. 3 GSchV). Soweit der Hochwasserschutz gewährleistet ist, kann die Breite des Gewässerraums den baulichen Gegebenheiten in dicht überbauten Gebieten angepasst werden (Art. 41a Abs. 4 lit. a GSchV). Auf die Festlegung des Gewässerraums kann verzichtet werden, wenn das Gewässer künstlich angelegt ist, soweit keine überwiegenden Interessen entgegenstehen (Art. 41a Abs. 5 lit. c GSchV). Im Gewässerraum dürfen gemäss Art. 41c Abs. 1 GSchV vorbehältlich der dort genannten Ausnahmen nur standortgebundene, im öffentlichen Interesse liegende Anlagen wie Fuss- und Wanderwege, Flusskraftwerke oder Brücken erstellt werden.

Die Kantone legen den Gewässerraum gemäss den Art. 41a und 41b GSchV bis zum 31. Dezember 2018 fest. Solange sie den Gewässerraum nicht festgelegt haben, gelten die Vorschriften für Anlagen gemäss Art. 41c Abs. 1 und 2 GSchV entlang von Gewässern auf einem beidseitigen Streifen mit einer Breite von je: (a) 8 m plus die Breite der bestehenden Gerinnesohle bei Fliessgewässern mit einer Gerinnesohle bis 12 m Breite; (b) 20 m bei Fliessgewässern mit einer bestehenden Gerinnesohle von mehr als 12 m Breite; (c) 20 m bei stehenden Gewässern mit einer Wasserfläche von mehr als 0,5 ha (ÜbgBest GSchV vom 4. Mai 2011, Abs. 1 und 2). Die beidseitigen, gleich breiten Uferstreifen unterscheiden sich insofern vom Gewässerraum gemäss Art. 41a GSchV, als letzterer ein Korridor ist, in dem das Gewässer nicht in der Mitte fliessen muss (Erläuternder Bericht des BAFU vom 20. April 2011 zu A. Parlamentarische Initiative Schutz und Nutzung der Gewässer 07.492 – Änderung der Gewässerschutz-, Wasserbau-, Energie- und Fischereiverordnung, B. Versickerung von Abwasser – Änderung der Gewässerschutzverordnung, C. Anpassung der Fischnahmen – Änderung der Fischereiverordnung [nachfolgend: Erläuternder Bericht BAFU], Seite 10 und 30; CHRISTOPH FRITSCH, in: PETER HETTICH/LUC JANSEN/ROLAND NORER [Hrsg.], Kommentar zum Gewässerschutzgesetz und zum Wasserbaugesetz, Zürich/Basel/Genf 2016, Art. 36a GSchG N 70); vgl. VGE III/25 vom 1. März 2018, Seite 11 f.).

4.4 Mindestbreite aufgrund der natürlichen Breite der Gerinnesohle

#### 4.4.1 Bestimmung der natürlichen Gerinnesohlenbreite

Gemäss Art. 36a GSchG legen die Kantone nach Anhörung der betroffenen Kreise den Raumbedarf der oberirdischen Gewässer fest, der erforderlich ist für die Gewährleistung der natürlichen Funktionen der Gewässer, des Schutzes vor Hochwasser sowie die Gewässernutzung. Die Bemessung der erforderlichen Breite dieses Raumbedarfs basiert auf Art. 41a GSchV.

Als Grundlage für die Festlegung der Gewässerräume muss die sogenannte natürliche Gerinnesohlenbreite (nGSB) eines Fließgewässers bekannt sein.

Ein naturnahes Fließgewässer wird auf seinem Lauf meist unterschiedlich breite Gerinnesohlen ausbilden (sogenannte Breitenvariabilität). Das Bachbett entspricht bei naturnahen Fließgewässern in der Regel der natürlichen Gerinnesohlenbreite. Begradigte und verbaute Fließgewässer hingegen weisen oft eine eingeschränkte oder gar fehlende Breitenvariabilität auf und ihre Sohlenbreite entspricht nicht mehr der natürlichen Gerinnesohlenbreite.

In solchen Fällen muss die natürliche Gerinnesohlenbreite hergeleitet werden. Hierzu stehen verschiedene Methoden zur Verfügung. Die Wahl der Methode ist abhängig von der konkreten Situation. Idealerweise werden verschiedenen Methoden ergänzend kombiniert und gegenseitig plausibilisiert. Folgende Ansätze haben sich bei der Ermittlung der natürlichen Gerinnesohlenbreite in der Praxis bisher bewährt (zum Ganzen: Arbeitshilfe Gewässerraum 2019, Modul 2, Seite 5):

- anhand der Breite naturnaher/natürlicher Vergleichsstrecken (Referenzstrecken);
- unter Einbezug historischer Dokumente (zum Beispiel historische Karten und Bilder, Plangrundlagen von früheren Wasserbauprojekten);
- anhand hydraulischer, empirischer Methoden ...;
- unter Anwendung eines Korrekturfaktors; dieser beträgt bei eingeschränkter Breitenvariabilität (Wasserspiegelbreite) 1,5, bei fehlender Breitenvariabilität 2,0.

Gemäss den Ausführungen der Fachperson der Abteilung Landschaft und Gewässer des Departements Bau, Verkehr und Umwelt im Fachbericht vom 25. Juli 2018 sind in der kantonalen Fachkarte Gewässerraum, die vom Regierungsrat als behördenverbindliche Grundlage für die Umsetzung in der Nutzungsplanung verabschiedet worden ist, die Gewässerraumbreiten aufgrund des ökomorphologischen Zustands und des vorgenannten Korrekturfaktors berechnet worden. Wie die Fachstelle im Fachbericht weiter festhält, müssen gemäss der kantonalen Arbeitshilfe zur Umsetzung der Gewässerräume in der Nutzungsplanung (Stand Januar 2017) diese Gewässerraumbreiten der Fachkarte überprüft und allenfalls angepasst werden (Seite 14, Schritt 4), sofern gestützt auf Referenzstrecken oder alte Dokumente die natürliche Gewässerbreite von der Fachkarte abweicht. Die berechneten Werte stellen keine Minimalbreite dar, die in jedem Fall mindestens übernommen werden muss. Die Werte sind im Detail zu verifizieren.

Diese Ausführungen sind nachvollziehbar und überzeugen. Die genannten Methoden (oder ein allfälliger Methodenmix) zur Bestimmung der natürlichen Sohlenbreite entsprechen heute der gemeinsamen Auffassung der zuständigen eidgenössischen und kantonalen Behörden sowie der interkantonalen Konferenzen und gelten somit als unter Fachleuten allgemein anerkannt. Die Anwendung eines schematischen Korrekturfaktors auf die bestehende Sohlenbreite steht dabei zu Recht nicht mehr im Vordergrund. Die genannten Korrekturfaktoren basieren auf der Annahme, dass früher künstlich begradigte Gewässer eher verschmälert wurden, was aber nicht generell zutrifft. Vorliegend hat der Möhlinbach seinen gewundenen natürlichen Lauf weitgehend beibehalten. Vor allem aber wurden in der Vergangenheit die Gewässer namentlich bei Durchlässen unter Brücken und vor Eindolungen oft aufgeweitet, um die Hochwassergefahr etwa durch Verklausungen und das Risiko der Beschädigung der Bauwerke zu reduzieren. In diesen Bereichen dürfte ein Faktor, der deutlich über 1,0 liegt, selten angemessen sein. Vielmehr müsste je nach Verbauung des Gewässers teilweise ein Faktor unter 1,0 angewendet werden, um zur natürlichen Breite zu gelangen. In Auslegung des unbestimmten Rechtsbegriffs der "natürlichen Breite"

ergibt sich aber ohnehin, dass eine deutliche Verbreiterung auf einem sehr kurzen Abschnitt für die natürlichen Funktionen des Gewässers (Art. 36a Abs. 1 lit. a GSchG) nicht erforderlich ist. Für die weiteren Funktionen des Gewässerraums wiederum (Schutz vor Hochwasser und Gewässernutzung) bildet bei einem Fliessgewässer nicht die natürliche Breite des Gewässers den Ausgangspunkt, sondern sind die konkreten Anforderungen im Einzelfall massgebend, die zu einer Erhöhung der Mindestbreite des Gewässerraums gestützt auf Art. 41a Abs. 3 GSchV führen können.

#### 4.4.2 Umsetzung beim Möhlinbach

In der Gemeinde Zeiningen ist der Möhlinbach der prägende Hauptbach, der das Gemeindegebiet von Südosten nach Nordwesten quert. Gemäss Fachkarte Gewässerraum variiert die Breite seines Gewässerraums je nach aktueller Gerinnesohlenbreite und Verbauungsgrad (Breitenvariabilität) zwischen 14,5 m und 27 m (bei Kunstbauten bis 32 m). Zu den Abschnitten des Möhlinbachs ergibt sich laut Fachbericht Folgendes:

##### Möhlinbach ausserhalb des Dorfs (Kulturlandplan)

Die Fachstelle führt in ihrem Fachbericht aus, dass alte Pläne der früheren Korrektur des Möhlinbachs (aus den Jahren 1910/11) zeigen, dass der Möhlinbach ausserhalb des Dorfs vor dieser Korrektur eine Sohlenbreite von rund 3,5 m bis 4,5 m aufgewiesen hat. Dies führt gemäss Art. 41a Abs. 2 lit. b GSchV (für Fliessgewässer mit einer Gerinnesohle von 2–15 m natürlicher Breite; die 2,5-fache Breite der Gerinnesohle plus 7 m) zu einer Gewässerraumbreite von 16–18 m. Gemäss vorliegender Änderung der kommunalen Nutzungsplanung soll der Gewässerraum am Möhlinbach ausserhalb Bauzone daher eine Breite von 18 m aufweisen.

##### Möhlinbach innerhalb des Dorfs (Bauzonenplan)

Wie die Fachperson in ihrem Fachbericht weiter festhält, war innerhalb des Dorfkerns der Möhlinbach bereits damals abschnittsweise verbaut, da an mehreren Stellen Wasser für die Nutzung abgeleitet worden ist. Der Möhlinbach erfahre jedoch auf dem Gemeindegebiet keine wesentlichen Zuflüsse von Seitenbächen, die seine Breite und den Charakter wesentlich verändern würden. Daher könne man für den vorliegend betroffenen Abschnitt des Möhlinbachs in

Zeiningen im Dorf davon ausgehen, dass die theoretische minimale Gewässerraumbreite ebenfalls mindestens 16–18 m betrage.

Der Regierungsrat schliesst sich dieser Beurteilung der Fachperson an. Die konkrete Festlegung der Breite des Gewässerraums in den kommunalen Nutzungsplänen Siedlung und Kulturland mittels naturnaher oder natürlicher Vergleichsstrecken (Referenzstrecken) sowie unter Einbezug historischer Dokumente (alte Pläne der früheren Korrektur des Möhlinbachs aus den Jahren 1910/11) ermöglicht eine möglichst situationsgerechte Festlegung des Gewässerraums sowohl innerhalb als auch ausserhalb des Dorfs und erscheint sachgerecht und nachvollziehbar. Sie vermag vorliegendenfalls besser zu überzeugen als beispielsweise die Anwendung der abstrakten Korrekturfaktoren bei eingeschränkter Breitenvariabilität (Wasserspiegelbreite) 1,5 beziehungsweise bei fehlender Breitenvariabilität 2,0, welche zu Gewässerraumbreiten von bis rund 24 m respektive 27 m führen würden. Diese Mindestbreiten des Gewässerraums würden den tatsächlichen Verhältnissen entlang des Möhlinbachs sowohl im Dorf als auch ausserhalb des Dorfs nicht gerecht. Geht man demgegenüber vorliegend von der Referenzbreite der Gewässersohle von 3,5–4,5 m aus, resultiert eine minimale Gewässerraumbreite von 15,75–18,25 m oder im Durchschnitt 17 m.

Vorliegend beträgt künftig die Breite der Gewässerraumzone innerhalb der Bauzonen 20 m, gemessen beidseitig je 10 m ab Gewässermite (somit symmetrisch zur Gewässerachse), ausser bei den Parzellen 21 und 24, wo sie sich aus dem Bauzonenplan ergibt (vgl. § 12a Abs. 1 BNO), ausserhalb der Bauzonen 18 m, gemessen beidseitig je 9 m ab Gewässermite (vgl. § 20a Abs. 2 BNO). Die Gewässerraumzone ist folglich innerhalb der Bauzonen durchschnittlich 3 m breiter als die bundesrechtlich erforderliche Minimalbreite gemäss Art. 41a Abs. 2 lit. b GSchV, ausserhalb der Bauzonen durchschnittlich 1 m.

Die Beschwerdeführenden rügen, dass die Festlegung des Gewässerraums zu abstrakt erfolgt sei beziehungsweise dass die lokalen Gegebenheiten vorliegend zu wenig konkret berücksichtigt worden seien. Dass die lokalen Gegebenheiten eines Gewässers bei der Umsetzung der Gewässerräume berücksichtigt werden müssen, trifft zu.

Dies bedeutet von der Systematik her jedoch nicht, dass ein Gewässerraum von Meter zu Meter neu beurteilt werden muss. Bei der Festlegung und Umsetzung des Gewässerraums muss ein zweckmässiges Plangebiet gewählt werden. Der Perimeter für die Gewässerraumausscheidung soll so gewählt werden, dass über eine grössere Fläche eine sachgerechte Gesamtlösung erzielt werden kann. Dies ist auch planerisch und finanziell sinnvoll (vgl. HANS W. STUTZ, Uferstreifen und Gewässerraum – Umsetzung durch die Kantone, in: URP 2/2012, Seite 122). Das Festlegungsverfahren muss eine Einzelfallprüfung umfassen, wobei diese gewässerabschnittsweise oder gebietsweise erfolgen darf. Eine einzelfallweise (individuell-konkrete) Gewässerraumausscheidung erfolgt individuell, weil der Gewässerraum in einer Art planerischem Akt oder mit Einzelverfügung festgelegt wird, und konkret, weil dies an einem bestimmten Gewässerabschnitt erfolgt (HANS MAURER, Gewässerraum im Nichtbaugebiet, in: URP 7/2016, Seite 733 f.).

Ein naturnahes Gewässer verfügt oft über eine variierende Sohlenbreite innerhalb kurzer Abschnitte. Diesem Aspekt wird mit dem Gewässerraum jedoch Rechnung getragen, indem dies bei der Berechnung der Breite berücksichtigt wird und der Gewässerraum als Korridor dienen soll, worin sich das Gewässer bewegen kann. So ist es im Sinn des Gesetzgebers, dass bei einem naturnahen Gewässer der Gewässerraum bei gleichem Charakter und vergleichbarer Situation mit gleicher Breite definiert werden kann und das Bachbett darin trotzdem nicht durchgehend die gleiche Breite aufweist. Beim Möhlinbach ist diesem Aspekt Rechnung getragen worden, indem die Abschnitte oberhalb, innerhalb und unterhalb des Dorfs betrachtet und verglichen worden sind.

Die Abschnitte ausserhalb der Bauzonen sind von der Breite und vom Zustand des Bachs her vergleichbar. Ihnen wird daher auch die gleiche Gewässerraumbreite zugewiesen. Der Schutz des Gewässers vor Dünger- oder Pflanzenschutzmitteleintrag wird grundsätzlich durch die bundesrechtlichen Verbotsbereiche von seitlich 3 m (ab Ufer oder ab Aussenrand Bestockung) beziehungsweise (bei Pflanzenschutzmitteleinsatz unter Geltung der Direktzahlungsverordnung) 6 m gewährleistet. Geht die Gewässerraumzone darüber



hinaus, nimmt der zusätzliche Nutzen für das Gewässer in dieser Hinsicht deutlich ab. Bei einer bestehenden Sohlenbreite von 4,5 m deckt eine (symmetrische) Gewässerraumzone mit einer Breite von 16,5 m ( $6 \text{ m} \times 2 + 4,5 \text{ m}$ ) den bundesrechtlichen Verbotsbereich vollständig ab. Die angefochtene Gewässerraumzone mit einer Breite von 18 m bietet hier somit in Bezug auf den Pflanzenschutzmittelverbotsbereich einen gewissen zusätzlichen Schutz für das Gewässer, in Bezug auf das Düngeverbot einen erheblichen. Was die Freihaltung von Bauten betrifft, unterstehen Bauten ausserhalb der Bauzonen den Einschränkungen des RPG und benötigen die Zustimmung des Kantons sowie eine Prüfung von Alternativstandorten, was auch Lösungen mit mehr Gewässerabstand umfasst. Der Druck auf das Gewässer ist somit gegenüber dem Bereich innerhalb der Bauzonen geringer. Angesichts der Einschränkungen für die Landwirtschaft, welche die Gewässerraumzone auf die Bewirtschaftung bewirkt, erscheint folglich eine Breite von 18 m ausserhalb der Bauzone und somit 2 m weniger als innerhalb der Bauzonen gerechtfertigt.

Innerhalb der Bauzonen ist der Möhlinbach stärker beeinträchtigt, jedoch ebenfalls ohne grosse Veränderungen auf diesem Abschnitt. Aus diesem Grund ist es vertretbar, dass für den Möhlinbach innerhalb des Dorfs ebenfalls eine einheitliche Gewässerraumbreite definiert wird. Die Umsetzung des Gewässerraums ausserhalb und innerhalb Bauzonen in Abschnitten macht im vorliegenden Fall gestützt auf die vorgenannten Erwägungen durchaus Sinn, da sich weder der bauliche Zustand noch der Charakter oder die Grösse des Gewässers in diesen Abschnitten markant verändert. Eine parzellenweise Festlegung des Gewässerraums ist weder aus raumplanerischer Sicht sinnvoll noch aus ökologischen Interessen erforderlich. Die Breite der Gewässerraumzone von 20 m, die überall die bundesrechtlich erforderliche Mindestbreite einhält und sie ausgehend von einer natürlichen Sohlenbreite von 4 m um 3 m übertrifft, erscheint als zulässig.

...

#### 4.7.5 Fachkarte Gewässerraum

##### 4.7.5.1 Behördenverbindliche Festlegung (Art. 36a Abs. 1 GSchG)

Die Pflicht der Kantone zur Festlegung des Gewässerraums und dessen extensive Gestaltung und Bewirtschaftung ist seit Januar 2011 im Gewässerschutzgesetz verankert und wurde im Juni 2011 auf Verordnungsstufe (GSchV) konkretisiert. Demnach legen die Kantone den Gewässerraum gemäss den Art. 41a und 41b GSchV bis zum 31. Dezember 2018 fest (Absatz 1 ÜbgBest GSchV). Solange an den oberirdischen Gewässern der Gewässerraum nicht ausgeschieden ist, ist seit dem 1. Juni 2011 die Errichtung von Bauten und Anlagen in einem relativ breiten – bei Fliessgewässern beidseitigen – Uferstreifen grundsätzlich unzulässig. Diese Nutzungseinschränkungen stützen sich direkt auf Gesetz und Verordnung ab und gelten gegenüber Grundeigentümerinnen und Grundeigentümern unmittelbar; die Rechtswirkungen dieser öffentlichrechtlichen Eigentumsbeschränkung gegenüber Behörden und betroffenen Privaten treten mithin ein, ohne dass es noch eines kantonalen Umsetzungsakts bedarf (vgl. Absatz 1 und 2 ÜbgBest GSchV). Mit den ÜbgBest GSchV soll sichergestellt werden, dass im Gewässerraum keine unerwünschten neuen Anlagen mehr errichtet werden, welche die Anliegen des Gewässerschutzes durchkreuzen könnten.

Strittig war in der Vergangenheit, ab welchem Zeitpunkt der Kanton Aargau den Gewässerraum in Erfüllung der bundesrechtlichen Vorgaben genügend bestimmt festgesetzt hat, so dass die ÜbgBest GSchV nicht mehr Anwendung finden. Das Verwaltungsgericht des Kantons Aargau kam in seiner Entscheid vom 1. März 2018 (VGE III/25 vom 1. März 2018, publiziert in: URP 2018 425) zum Schluss, dass die Festlegung des Gewässerraums in der behördenverbindlichen Gewässerraumkarte des Kantons Aargau die ÜbgBest GSchV nicht abzulösen vermöge, da die hierzu erforderliche umfassende Interessenabwägung beziehungsweise die Anhörung der von der Festlegung des Gewässerraums betroffenen Kreise auf dieser Planungsebene noch nicht umfassend genug erfolgt sei (vgl. VGE III/25 vom 1. März 2018, Seite 17 ff.). Ebenso erachtete das Verwaltungsgericht die Gewässerräume, welche gemäss der Ge-

wässerschutzverordnung des Bundes bis 2018 durch die Kantone festgelegt werden müssen, mit der am 1. Mai 2017 in Kraft gesetzten Änderung des kantonalen Baugesetzes als noch nicht ausreichend grundeigentümergebunden umgesetzt. § 127 BauG kann gemäss Beurteilung des Verwaltungsgerichts nicht direkt angewendet werden und stellt damit lediglich eine behördenverbindliche (nicht aber grundeigentümergebundene) Bestimmung zur Umsetzung in einem Nutzungsplanungsverfahren dar. Damit könnten die Bestimmungen von § 127 BauG auch nicht direkt auf konkrete Bauvorhaben angewendet werden.

Im Zentrum der Argumentation steht demzufolge, dass bei einer (rein) behördenverbindlichen Festlegung des Gewässerraums "bereits Fakten geschaffen worden sein könnten" (Seite 18), also Baubewilligungen erteilt und nicht verhindert werden könnten für Bauten, die später im Gewässerraum liegen.

Demgegenüber kam das BAFU, dessen Entwurf der ÜbgBest GSchV der Bundesrat seinerzeit unverändert beschlossen hatte, in einer Aktennotiz vom 18. Dezember 2018 zuhanden der Bau- und Planungsdirektorenkonferenz (BPUK) zum Schluss, dass eine *behördenverbindliche* Festlegung der Gewässerräume bis Ende 2018 den Anforderungen der Übergangsbestimmungen genüge. Im Einzelnen führte das BAFU (Abteilungen Recht und Wasser; Referenz/Aktenzeichen R502-0449) Folgendes aus (Hervorhebungen auch im Original):

*"Nach eingehender Prüfung ist die Abteilung Recht des BAFU zur Auffassung gelangt, dass eine rein **behördenverbindliche Festlegung bis Ende 2018 den Anforderungen der Übergangsbestimmung genügt**:*

*Ziel und Zweck der übergangsrechtlichen Norm war, dass neue Bauten im Gewässerraum verhindert werden, solange er nicht festgelegt ist (übertriebene Bautätigkeit sollte verhindert werden). Die eingeschränkte landwirtschaftliche Nutzung war demgegenüber kein Thema im Zusammenhang mit der Übergangsbestimmung. Dies zeigt sich auch in der knappen Frist: Die eigentümergebundene Festlegung in der Nutzungsplanung bis Ende 2018 in der gesamten Schweiz wäre eine unrealistische Forderung gewesen.*

***Unbestritten ist, dass der Gewässerraum gemäss Artikel 36a GSchG im Endeffekt eigentümerverbindlich auf Stufe Nutzungsplanung festgelegt werden muss, damit er seine volle Wirkung entfalten kann und die rechtliche Forderung erfüllt wird.***

*Der Begriff 'behördenverbindlich' umfasst nicht nur die Richtplanung, sondern ist weit auszulegen. Alles, was die Baubewilligungsbehörde bei ihrem Entscheid tatsächlich bindet, d.h. auch verbindliche Weisungen, rechnerisch ausgewiesene Gewässerräume etc. können dazu führen, dass die Übergangsbestimmung nicht mehr zur Anwendung kommt. ...*

#### ***Diskussion der Frist 2018 mit den Kantonen***

*Bei der Erarbeitung der GSchV-Anpassung zur Umsetzung der Motion 15.3001 UREK-S wurde im 2015 die Frage der Auslegung der Frist 2018 unter anderem im Rahmen der BPUK Austauschplattform Gewässerraum diskutiert. Die Plattform erachtete es damals weder als notwendig, in der Gewässerschutzverordnung den Termin 31. Dezember 2018 mit 'behördenverbindlich' zu ergänzen, noch den Termin zu verschieben, oder einen zweiten Termin für die eigentümerverbindliche Festlegung aufzunehmen. Dies wurde auch an der BPUK Hauptversammlung vom September 2015 so traktandiert und war unbestritten."*

Im Anschluss an eine Umfrage unter den Kantonen anfangs des Jahrs 2019 hat das BAFU im Hinblick auf den Beschluss der Arbeitshilfe Gewässerraum 2019 seine Haltung erneut bestätigt.

Die Rechtsabteilung des BVU teilt die rechtliche Beurteilung des BAFU schon lange, wie sie bereits mehrfach, unter anderem mit Eingaben beim Verwaltungsgericht des Kantons Aargau, erläutert hat (siehe RRB 2017-001273 vom 25. Oktober 2017). In redaktioneller Hinsicht bevorzugt sie lediglich, im einleitenden Fazit der Aktennotiz nicht von einer "rein **behördenverbindlichen Festlegung**" (partielle Hervorhebung auch im Original) zu sprechen, sondern nur von einer "behördenverbindlichen Festlegung", um möglichen Missverständnissen vorzubeugen. Da die Festlegung im Baubewilligungsverfahren mittelbar auch bei der Bauherrschaft zur Anwendung gelangt, wovon auch das BAFU ausgeht, gilt die Festlegung indirekt auch für die Grundeigentümerschaft. Eine "rein" auf die Behörden beschränk-

te Verbindlichkeit könnte missverstanden werden. Die Festlegung gilt über das Baubewilligungsverfahren letztlich auch für die Grundeigentümerschaft.

Die Bauherrschaft kann sich jedoch gegen den Inhalt dieser (vorläufigen) Festlegung im Rechtsmittelverfahren wehren; ebenso können die Nachbarn und die legitimierten Verbände Rechtsmittel dagegen ergreifen. Insofern ist die Festlegung auch für die Grundeigentümer- und die Bauherrschaft verbindlich, aber inhaltlich anfecht- und somit überprüfbar. Damit das Verbandsbeschwerderecht umfassend gewährleistet ist, verlangt das BVU von den Gemeinden, dass sie alle Baugesuche im Bereich der ÜbgBest GSchV auch im kantonalen Amtsblatt publizieren und dem Kanton zur Zustimmung vorlegen, bis die Festlegung des Gewässerraums in der Nutzungsplanung (definitiv) umgesetzt ist (vgl. Schreiben der Abteilung für Baubewilligungen und Abteilung für Raumentwicklung an sämtliche Gemeinden im Kanton Aargau vom 30. August 2017, im Internet: [www.ag.ch](http://www.ag.ch) > Verwaltung > BVU > Umwelt, Natur & Landschaft > Hochwasserschutz & Gewässer > Gewässerraum). So werden die beschwerdelegitimierten Verbände und Dritte verfahrensmässig so behandelt, als ob die ÜbgBest GSchV noch gelten würden.

Die Kantone haben bei der Form der Festlegung des Gewässerraums einen grossen Spielraum. Die Bundesgesetzgebung macht (bis auf die nötige Anhörung) keine Vorgaben zum Verfahren. Es muss jedoch eine lagegenaue Festlegung erfolgen. Entstehungsgeschichtlich betrachtet ist Art. 36a GSchG im Wesentlichen eine redaktionell überarbeitete Fassung von Art. 21 Wasserbauverordnung (WBV), im Parlament lediglich ergänzt mit der Verpflichtung der Anhörung der betroffenen Kreise. In der Praxis zu den Gefahrenkarten Hochwasser ist unbestritten, dass eine behördenverbindliche Gefahrenkarte bei der Erteilung einer Baubewilligung zwingend zu berücksichtigen ist. Der Begriff "behördenverbindlich" ist nicht der Gegensatz zu "grundeigentümerverbindlich". Es darf aus ihm nicht geschlossen werden, dass behördenverbindliche Regeln für Grundeigentümer nicht wirksam seien. Vielmehr gibt es eine unmittelbare und eine bloss mittelbare Verbindlichkeit, die aber die gleiche Wirkung zeitigt. Die Diskussion wurde vor über einem Jahrzehnt bereits bei der Ge-

fahrenkarte Hochwasser geführt. Diese Karte ist anerkanntermassen behördenverbindlich. Der Umkehrschluss (für alle anderen als die Behörden unverbindlich) ist jedoch nicht zulässig und somit ein Fehlschluss. Die Baupolizeibehörde muss die Gefahrenkarte im Baubewilligungsverfahren berücksichtigen. Die Bauherrschaft ihrerseits kann nur auf geeigneten Parzellen bauen, was die Hochwassersicherheit voraussetzt. Mittelbar hat die Gefahrenkarte somit Geltung auch gegenüber der Bauherrschaft und der Grundeigentümerschaft. In den Baubewilligungsverfahren kann jedoch eingewendet werden, die Gefahrenkarte treffe sachlich nicht zu (vgl. zum Ganzen: RALPH VAN DEN BERGH, Gefahren- und Gefahrenhinweiskarte Hochwasser, Gutachten über ihren Stellenwert in der Rechtsordnung des Kantons Aargau und des Bundes, Rechtsgutachten vom 10. November 2011). Das Gleiche gilt für eine Gewässerraumkarte. Diese ist mittelbar auch gegenüber der Bauherrschaft gültig. Baugesuche für Bauten und Anlagen, die den Gewässerraum beanspruchen, erfordern eine kantonale Zustimmung (vgl. § 63 Abs. 1 lit. c BauG). Damit erfolgt eine Prüfung durch die kantonale Behörde auch dort, wo die Gemeinden zuständig sind. Solche mittelbaren Wirkungen sind keineswegs neu oder einzigartig. Es gibt sie auch bei anderen behördenverbindlichen "Karten" (vgl. Altlastenkataster, Gewässerschutzbereiche usw., beziehungsweise ihre Vorläufer wie Hinweis- oder Verdachtsflächenkarten).

Auch in der Literatur wird die Auffassung vertreten, dass die Kantone den Gewässerraum in einer Gewässerraum-Karte festlegen können, die bei der Richt- und Nutzungsplanung berücksichtigt wird (vgl. Erläuternder Bericht des BAFU vom 20. April 2011, Seite 13; CHRISTOPH FRITZSCHE, in: PETER HETTICH/LUC JANSEN/ROLAND NORER [HRSG.], GSchG WBG – Kommentar zum Gewässerschutzgesetz und zum Wasserbaugesetz, Zürich/Basel/Genf 2016, Art. 36a N 36; BPUK/KOLAS/BAFU/BLW/ ARE, Regionale Workshops zur Umsetzung des Gewässerraums nach Gewässerschutzgesetz, Synthesebericht, genehmigt von der BPUK-Hauptversammlung vom 20. September 2012 [Synthesebericht 2012], Seite 2 f.; HANS W. STUTZ, Uferstreifen und Gewässerraum – Umsetzung durch die Kantone, in: URP 2012 90, Seite 116 ff.). Das Bundesgericht hatte die

Frage soweit ersichtlich noch nicht zu prüfen und verwies auf die Meinung in der vorgenannten Literatur (vgl. BGE 139 II 481).

Daher ist der Auffassung des BAFU zu folgen. Seit der Festlegung des Gewässerraums in der Fachkarte Gewässerraum können mittels Baubewilligungen im Gewässerraum keine "Fakten geschaffen" werden. Das Zustimmungserfordernis der zuständigen kantonalen Behörde, das Beschwerderecht der Nachbarschaft und das Verbandsbeschwerderecht bieten Gewähr, dass der Gewässerraum in einer zweiten Stufe (Nutzungsplanung) im bundesrechtlich geforderten Minimum umgesetzt werden kann. Somit sind nur noch wenige Konstellationen denkbar, in denen eine beeinträchtigende Baubewilligung erteilt wird: Dies würde für den Fall zutreffen, dass eine Gemeinde eine Nutzungsplanung beschliesst mit einem über die Fachkarte (oder die Gesetzgebung) hinausgehenden Gewässerraum, der zudem im Baubewilligungsverfahren aufgrund der konkreten Einzelfallprüfung weder von den Behörden noch den Beschwerdeführenden gefordert worden war. Oder neue Beschwerdelegitimierte verlangen im Rechtsmittelverfahren gegen die Nutzungsplanung, dass ein solcher Gewässerraum umgesetzt wird. Solche Konstellationen dürften sehr selten und erfahrungsgemäss eher theoretischer Natur sein. Die ÜbgBest GSchV dienen nicht dazu, diesen weiten Spielraum sicherzustellen. Sie nehmen die Absicherungsziele einer Planungszone wahr und dienen vor allem als (negativer) Anreiz, dass der Gewässerraum rasch festgelegt wird.

Entgegen einzelnen anderslautenden oder unpräzisen Ausführungen in Literatur und Rechtsprechung übernehmen sie jedoch nicht einfach die Funktion einer Planungszone. Sie greifen viel stärker in die Eigentumsfreiheit ein. Von einer Planungszone unterscheiden sie sich in mindestens drei zentralen Punkten (vgl. Art. 27 RPG): Planungszone sind nur soweit zulässig, als planerisch begründete Anliegen abgesichert werden sollen; die von den ÜbgBest GSchV gesicherten Breiten des Gewässerraums sind in der Mehrzahl der Fälle innerhalb der Bauzonen jedoch sachlich nicht begründet oder gar willkürlich. Ferner können Bauvorhaben, die die künftige (und die heutige) Rechtslage einhalten, trotz Planungszone bewilligt werden, was bei den ÜbgBest GSchV grundsätzlich nicht der Fall ist (die

Festlegung muss im Regelfall über die Bauparzelle hinaus und in einem grösseren Rahmen erfolgen). Schliesslich ist die Planungszone zeitlich relativ eng befristet; die Bauherrschaft wird somit zeitlich nur beschränkt (in der Regel maximal 5 Jahre) im Ungewissen gelassen oder blockiert. Vorliegend traten die ÜbgBest GSchV am 1. Juni 2011 in Kraft und gelten über das für die Umsetzung geltende Fristende hinaus. Der Bundesgesetzgeber hat im hier relevanten Bereich nur die Grundsatzgesetzgebungskompetenz (anders im Wasserbau; dort gelten aber die Gefahrenkarten unabhängig von den ÜbgBest GSchV weiterhin; vgl. Art. 76 BV). Angesichts des erheblichen Eingriffs in die Eigentumsfreiheit durch den Ordnungsgeber gibt es keinen Grund, dass nur ... grundeigentümergebundene Festlegungen des Gewässerraums ... die ÜbgBest GSchV ablösen können. Das würde letztlich auf Nutzungsplanungen hinauslaufen, womit die angesetzte Frist für die Kantone vom Verfahren her unrealistisch wäre, zumal es nicht genügend Fachbüros gibt, die solche Planungen qualitativ ausreichend vorbereiten können. Das kann nicht dem Willen des Ordnungsgebers entsprechen und wäre nicht sinnvoll.

Die Festlegung des Gewässerraums erfolgte im vorliegenden Fall des Abschnitts des Möhlinbachs in den Bauzonen mit dem Erlass der kantonalen Gewässerraumkarte. Mit RRB Nr. 2016-000289 vom 16. März 2016 wurde die Gewässerraumkarte beschlossen. Der Regierungsrat setzte damit Art. 36a Abs. 1 GSchG und somit die erste Stufe um. Diese Gewässerraumkarte ist behördenverbindlich. Das heisst, dass sowohl Baubewilligungsbehörden im Rahmen einer Erteilung einer Baubewilligung im Einzelfall an die Vorgaben der Gewässerraumkarte gebunden sind, ebenso die Gemeindebehörden im Rahmen der Umsetzung der Gewässerräume im kommunalen Nutzungsplanungsverfahren. ... Im Rahmen der Festlegung der kantonalen Gewässerraumkarte wurden die massgeblichen Interessenverbände bereits miteinbezogen. Wenn nun argumentiert wird, man habe die betroffenen Grundeigentümer (und Pächter und weitere Direktbetroffene) nicht in die Interessenabwägung miteinbezogen, so ist zum einen zu bemerken, dass bei der öffentlichen Auflage und Publikation im kantonalen Amtsblatt alle Grundlagen für die Fachkarte offengelegt wurden und die Privaten mitwirken konnten, zum anderen



dass die Festlegung in Baubewilligungsverfahren von Bauten relevant werden, die den Gewässerraum gemäss Gewässerraumkarte tangieren oder in denselben zu stehen kommen, und sich der betroffene Bauherr und weitere Beschwerdelegitimierte dort zur Wehr setzen können. Der Gewässerraum in der Gewässerraumkarte versteht sich als behördenverbindlicher Richtwert, der im Einzelfall den vorliegenden Verhältnissen angepasst werden kann und muss. Es besteht also durchaus die Möglichkeit des Bauherrn, auch noch im Baubewilligungsverfahren seine Interessen darzutun und eine erneute, konkretere, Interessenabwägung zu verlangen. Dasselbe gilt natürlich bei der Umsetzung des Gewässerraums auf kommunaler Ebene auf Stufe Nutzungsplanung. Auch hier haben die kommunalen Planungsbehörden auf Grundlage der Gewässerraumkarte bei der Festlegung des Gewässerraums nochmals eine Interessenabwägung vorzunehmen. Hier steht den betroffenen Grundeigentümern ebenfalls der Rechtsweg offen. Es ist damit nicht so, dass mit der kantonalen Gewässerraumkarte bereits eine weitergehende Interessenabwägung verhindert würde und Präjudizien geschaffen würden.

Im Übrigen erfordert eine Festlegung des Gewässerraums, die später in der Nutzungsplanung umgesetzt wird, anders als in der Literatur teilweise vertreten, keine *umfassende* Interessenabwägung. Das Bundesgericht verwendet diesen Begriff im Bau- und Planungsrecht eng begrenzt; oft sind es Literaturzitate. Vorliegend ist er offensichtlich nicht angebracht, handelt es sich beim Gewässerraum doch um eine grundsätzlich einseitige Interessenabwägung; der Bundesverordnungsgeber hat die Mindestbreiten festgelegt, die nur sehr eingeschränkt in definierten wenigen Fällen unterschritten werden können. Auch würde eine umfassende Interessenabwägung voraussetzen, dass diese aufgrund eines Entscheids zustande gekommen ist, dem eine Anhörung aller Rechtsmittellegitimierten vorangegangen war und der mit einem Rechtsmittel anfechtbar ist. Dies verlangt Art. 36a Abs. 1 GSchG jedoch nicht. Im Parlament bezeichneten verschiedene Votanten die von Seiten des Parlaments vorgeschlagene Anhörung mit Blick auf die weitere Anhörung und Mitwirkung im Nutzungsverfahren (Art. 36a Abs. 3 GSchG) denn auch vielmehr als sinnlos und "absolut doppelt gemoppelt" (Filippo Leutenegger) oder

"überflüssig" (Elvira Bader); sie sei auch keine zusätzliche "Rekurs- oder Einsprachemöglichkeit" (Hans Killer; zum Ganzen: AB 2009 N 652 ff.).

Gestützt auch auf die Darlegungen des BAFU erachtet der Regierungsrat die Voraussetzung für den Wegfall der ÜbgBest GSchV mit der behördenverbindlichen Festlegung des Gewässerraums in der kantonalen Gewässerraumkarte als grundsätzlich erfüllt. Vorsorglich sind die Gemeinden jedoch angewiesen worden, die Baugesuchverfahren zur Wahrung der Rechte Dritter so durchzuführen, als ob die ÜbgBest GSchV noch gelten würden (Zustimmung des Kantons und Publikation im Amtsblatt des Kantons; vgl. erwähntes Schreiben der Abteilung für Baubewilligungen und Abteilung für Raumentwicklung an sämtliche Gemeinden im Kanton Aargau vom 30. August 2017). ...

5. Sagikanal (künstlich angelegtes Gewässer) ...

5.3 Rechtliche Beurteilung ...

Die GSchV zählt abschliessend auf, in welchen Fällen die Kantone auf die Festlegung des Gewässerraums verzichten können. Sie können im kantonalen Recht keine weiteren Verzichtsründe aufnehmen. Auf die Festlegung kann in folgenden Fällen verzichtet werden, sofern keine überwiegenden Interessen entgegenstehen:

- Gewässer im Wald oder Sömmerungsgebiet
- eingedolte Fliessgewässer
- künstlich angelegte Gewässer
- sehr kleine Fliessgewässer
- stehende Gewässer mit einer Wasserfläche < 0,5 ha.

Die Kantone können auf die Festlegung des Gewässerraums in den oben angegebenen Fällen verzichten, sie sind aber nicht dazu verpflichtet. Der Verzicht auf die Festlegung des Gewässerraums muss immer im Einzelfall erfolgen und verlangt eine Interessenabwägung, die alle massgebenden Interessen umfasst. Dies ergibt sich aus dem Wortlaut der Verordnungsbestimmung "soweit keine überwiegenden Interessen entgegenstehen" (Art. 41a Abs. 5 GSchV beziehungsweise Art. 41b Abs. 4 GSchV). Ein Verzicht auf die Festlegung des Gewässerraums muss nicht dauerhaft gültig sein. Eine Gewässerraumfestlegung kann zu einem späteren Zeitpunkt je nach Si-

tuation erforderlich werden. Wurde beispielsweise in einem Waldgebiet auf die Festlegung verzichtet und ist dann eine Aktivität vorgesehen, welche die Gewässerfunktionen tangieren könnte, muss nachträglich ein entsprechender Gewässerraum definiert werden. Auch muss der Gewässerraum festgelegt werden, wenn eine Ausdolung und Revitalisierung eines eingedolten Gewässers verwirklicht werden soll.

Überwiegende Interessen, die einem Verzicht auf die Festlegung des Gewässerraums bei künstlich angelegten Gewässern entgegenstehen, sind insbesondere Interessen des Hochwasserschutzes sowie die allenfalls vorhandene besondere ökologische Bedeutung des Gewässers. Beispiele für künstlich angelegte Gewässer mit besonderer ökologischer Bedeutung sind (Arbeitshilfe Gewässerraum 2019, Modul 2, Seite 17 ff.):

- Binnenkanäle entlang kanalisierter Flüsse wie dem Alpenrhein
- Gewässer, die eine Bedeutung als Lebensraum oder für die Vernetzung von Lebensräumen haben, beispielsweise der Klingnauer Stausee im Kanton Aargau, Umgehungsgerinne oder künstliche Weiher, welche aufgrund der Natur- und Landschaftsschutzgesetzgebung geschaffen wurden
- Fälle, in denen entlang eines Kanals eine wertvolle Uferbestockung vorkommt, die als wichtiges Vernetzungselement dient
- Fälle, in denen beispielsweise eine seltene Fisch- oder Krebsart ihr Habitat in ebendiesem Kanal hat
- Kanäle, die trotz künstlicher Anlage kaum verbaut sind und naturnah erscheinen.

Die Abteilung Landschaft und Gewässer beurteilt die Situation beim Sagikanal ... hinsichtlich der Hochwasserthematik sowie in ökologischer Hinsicht in ihren Fachberichten wie folgt:

*... "Beim Sagikanal handelt es sich um einen künstlich angelegten Kanal. Er ist erstellt worden, um aus dem Möhlinbach Wasser abzuleiten und zur Sägerei auf den Parzellen Nrn. 1380 und 4049 auf Gemeindegebiet von Möhlin zu führen. Zu früheren Zeiten ist der Sägereibetrieb mit Wasserkraft betrieben worden. Diese Nutzung der Wasserkraft wird heute nicht mehr aufrechterhalten.*

*Im Zusammenhang mit der Sanierung Wasserkraft, d.h. der Wiederherstellung der Fischgängigkeit gestützt auf die revidierte Gewässerschutz- und Fischereigesetzgebung, ist die Anlage auf mögliche und erforderliche Massnahmen hin beurteilt worden. Nach reiflicher Überlegung hat sich der Eigentümer der Sägerei dazu entschlossen, das bisher noch vorhandene Kleinwasserkraftwerk definitiv stillzulegen und die Anlage zurückzubauen. Der Sagikanal soll jedoch als Element mit Bezug zum früheren Nutzen als Wasserwerkskanal und als Landschaftselement mit industriekulturellem Hintergrund erhalten bleiben. Der Einlaufbereich aus dem Möhlinbach in den Sagikanal wird jedoch so umgebaut, dass das heutige Wanderhindernis für die Fische im Möhlinbach mit einer Blockrampe vernetzt und durchgängig gemacht wird. Der Sagikanal wird mit ungefähr 50 l/s Wasser gespeist, das restliche Wasser fliesst im Möhlinbach. Für diese Wasserentnahme ist dem Inhaber des früher ehehaften Wasserrechts eine Wasserentnahmebewilligung erteilt worden. Die Realisierung steht kurz bevor.*

*Der Sagikanal hat somit weiterhin den Status eines öffentlichen Gewässers, das heisst, dass das Wasser darin im Eigentum des Kantons liegt, das Bett des Sagikanals jedoch im Eigentum der S. verbleibt. Der Sagikanal verfügt über eine Breite von 0,5 m bis ca. 1 m. Sein Bett ist bis kurz vor der Gemeindegrenze kaum oder nur punktuell verbaut, hat optisch aber einen typischen Kanalcharakter, d.h. beidseitig steile Böschungen und eine durchgehend ziemlich gleichmässige Breite.*

*Vom Sagikanal geht keine Hochwassergefährdung für Bauzonen aus. Mit der Erstellung des Hochwasserrückhaltebeckens (HRB) entlang der Gemeindegrenze zu Möhlin ist er in den Einflussbereich des HRBs geraten, indem bei einem hundertjährigen Hochwasser (HQ100) der Einstau bis zum Sagikanal reicht. Die Hochwassergefährdung dient daher nicht als Argument, welches für einen Gewässerraum am Sagikanal spricht.*

*Aus Sicht der Ökologie kann festgehalten werden, dass der Sagikanal selbstverständlich ein Lebensraum für einzelne Wasserlebewesen darstellt und aufgrund seiner Bestockung auch als Lebensraum und Vernetzungskorridor für Vögel und Kleinsäugetiere dienen*

kann. Es ist jedoch keine besondere ökologische Bedeutung erkennbar, welche eine Gewässerraumumsetzung erfordern würde. Der Hauptwanderkorridor und Lebensraum mit grosser Bedeutung ist der Möhlinbach. Mit der kurz vor der Realisierung stehenden Vernetzung des Möhlinbachs beim Einlauf des Sagikanals wird dem Rechnung getragen. Aus Sicht der Sektion Gewässernutzung kann beim Sagikanal daher gestützt auf Art. 41a Abs. 5 GSchV auf die Umsetzung eines Gewässerraums verzichtet werden.

Bei einem solchen Verzicht zur Umsetzung eines Gewässerraums gelten die bisherigen Pufferstreifen für die landwirtschaftliche Bewirtschaftung trotzdem (3 m ab Ufer oder ab Aussenrand Bestockung keine Dünger und Pflanzenschutzmittel, 6 m keine Pflanzenschutzmittel). Hinsichtlich des Schutzes des Kanals vor Bauten und Anlagen wird darauf hingewiesen, dass allfällige Bauvorhaben ausserhalb Bauzone in jedem Fall eine Zustimmung des Kantons bedürfen und in diesem Verfahren dem Schutz dieses Kanals und der Ufergehölze Rechnung getragen werden muss.

Es wird erneut darauf hingewiesen, dass ein allfälliger Verzicht eines Gewässerraums beim Sagikanal Aufwertungsmassnahmen in diesem Bereich zwischen Möhlinbach und Sagikanal oder eine weitere Extensivierung nicht verhindert. Beim Sagikanal bleibt zu erwähnen, dass mit dem Bau des Rückhaltebeckens zusätzliche Aufwertungsmassnahmen in diesem Bereich angrenzend an den Möhlinbach erstellt worden sind. Zudem liegt inzwischen über die Hälfte der Fläche in diesem Gebiet im Eigentum des Kantons, so dass die Interessen der Gewässer und des Hochwasserschutzes sowieso vom Kanton gewahrt werden.

Fazit:

Beim Sagikanal kann auf eine Umsetzung eines Gewässerraums verzichtet werden, da der Kanal über keine besondere ökologische Bedeutung verfügt und keine Hochwassergefährdung von ihm ausgeht. Kurz: Es sprechen keine überwiegenden Anliegen gegen den Verzicht. Der Kanal und seine Bestockung erfahren durch andere rechtliche Vorgaben einen Schutz als Lebensraum. Weitere aufwertende Massnahmen in diesem Bereich zwischen Möhlinbach und Sagikanal sind weiterhin möglich. Es bleibt dabei zu bedenken, dass

*sich diese Fläche im Einstauperimeter des HRBs befindet. Die Umsetzung eines Gewässerraums hätte keinen wesentlich grösseren Mehrwert als der Schutz, welcher trotz eines Verzichts besteht."*

Gestützt auf die Gewässerschutzverordnung kann auf die Festlegung des Gewässerraums verzichtet werden, wenn das Gewässer künstlich angelegt ist und keine überwiegenden Interessen entgegenstehen (Art. 41a Abs. 5 lit. c GSchV). § 127 Abs. 1<sup>bis</sup> lit. a BauG formuliert die Bedingung umgekehrt und beschränkt dem reinen Wortlaut nach die entgegenstehenden Interessen auf die ökologische Bedeutung: Für Fliessgewässer wird kein Gewässerraum festgelegt, wenn sie künstlich angelegt und ohne besondere ökologische Bedeutung sind.

Die meisten Gewässer haben eine ökologische Bedeutung als Vernetzungs- und Lebensraum. Dies war dem Gesetzgeber auch bewusst, weshalb eine allgemeine ökologische Bedeutung nicht genügt als Kriterium, welches einem Verzicht auf einen Gewässerraum entgegenstehen vermag. Sowohl Art. 41a Abs. 5 GSchV als auch § 127 Abs. 1<sup>bis</sup> lit. a BauG verlangen daher ein *überwiegendes* Interesse beziehungsweise eine *besondere* ökologische Bedeutung, welche einem Verzicht auf einen Gewässerraum entgegenstehen muss.

Der unbestimmte Rechtsbegriff "ohne besondere ökologische Bedeutung" im kantonalen Recht meint also nichts wesentlich anderes als die Formulierung im Bundesrecht "soweit keine überwiegenden Interessen entgegenstehen", fokussiert aber auf das letztlich wohl meistens relevante Interesse der ökologischen Bedeutung und verdeutlicht, dass es ein besonders gewichtiges Interesse braucht; denn letztlich haben alle offen und ebenerdig verlaufenden Gewässer eine ökologische Bedeutung. Der Hochwasserschutz dürfte hier selten betroffen sein, weil Kanäle oder Stauseen meist reguliert werden können. Auch die Gewässernutzung oder die weiteren natürlichen Funktionen der Gewässer (vgl. Art. 36a Abs. 1 GSchG) stehen bei künstlich angelegten Gewässern in der Regel nicht im Vordergrund für einen Gewässerraum. Daher hat der kantonale Gesetzgeber nur die ökologische Bedeutung explizit aufgeführt. Inhaltlich ist damit kein erleichterter Verzicht gegenüber dem Bundesrecht verbunden.

Als politische Bestrebungen bestanden, die Bundesverordnung wieder deutlich zu entschärfen, wurde von Seiten des Bundesrats als Verordnungsgeber dem Parlament gegenüber versichert, dass bei künstlich angelegten Gewässern ein Spielraum besteht, um auf einen Gewässerraum zu verzichten (vgl. die Unterlagen zur Motion 12.3334; AB 2012 N 1062 f.). Eine Art Umkehr der Beweislast hatte der Verordnungsgeber nicht vorgesehen; ein Verzicht erfordert nicht, dass mit einem detaillierten Expertenbericht (über den IST-Zustand und das ökologische Potenzial) nachgewiesen wird, dass keine überwiegende ökologische Bedeutung vorliegt, wie die Beschwerdeführenden anzunehmen scheinen.

Unstrittig ist, dass es sich beim Sagikanal um ein künstlich angelegtes Fließgewässer handelt. Indes bemängeln die Beschwerdeführenden, beim Sagikanal sei der Hochwasserschutz nicht genügend ausgewiesen und es sei aus ökologischer Hinsicht die Festlegung des Gewässerraums erforderlich. Es ist davon auszugehen, dass sich die Beschwerdeführenden bei dieser Behauptung betreffend mangelnden Hochwasserschutz nicht auf die aktuellen Unterlagen stützen. Das Hochwasserschutzprojekt Möhlental 2016 lag vom 9. September 2016 bis 10. Oktober 2016 öffentlich auf (2. Projektauflage). Das Teilprojekt für die Massnahmen in Zeiningen ist mit RRB Nr. 2018-001427 vom 5. Dezember 2018 genehmigt worden. Das Hochwasserrückhaltebecken beim Sagikanal wurde bereits realisiert. Aus den Ausführungen der Abteilung Landschaft und Gewässer sowie des Gemeinderats Zeiningen geht hervor, dass der Hochwasserschutz im Bereich des Sagikanals genügend gewährleistet ist. Der Regierungsrat sieht keinen Anlass, diese Aussagen in Zweifel zu ziehen. Dies umso mehr, als in diesem Gebiet das Hochwasserrückhaltebecken für ein hundertjährliches Hochwasser bereits realisiert wurde. Entgegen der nicht substantiierten Behauptung der Beschwerdeführenden in ihrer Stellungnahme zum Fachbericht vom 12. April 2019 besteht keine Hochwassergefahr für das betroffene Gebiet, welche die Festlegung eines Gewässerraums beim Sagikanal erforderlich machen würde.

Die Abteilung Landschaft und Gewässer attestiert dem Sagikanal eine ökologische Bedeutung. Zwar stellt der Sagikanal ein Le-

bensraum für einzelne Wasserlebewesen dar und kann aufgrund seiner Bestockung auch als Lebensraum und Vernetzungskorridor für Vögel und Kleinsäugetiere dienen. Es ist jedoch keine *besondere* ökologische Bedeutung erkennbar, welche eine Gewässerraumumsetzung zwingend erfordern würde. Der Hauptwanderkorridor und Lebensraum mit grosser Bedeutung ist der Möhlinbach. Es ist nicht vorgesehen, den Bereich der Wiedereinleitung des Kanals in den Möhlinbach natürlich zu gestalten und erstmalig eine Längsvernetzung herzustellen; das Wanderungshindernis im ehemaligen Kraftwerksgebäude, der teilweise unterirdisch verlaufende Unterwasserkanal und der teilweise eingedolte Oberwasserkanal mit der Zulaufsteuerung verbleiben als unüberwindbare Hindernisse. Die Auffassung der Beschwerdeführenden, die Fischgängigkeit werde wiederhergestellt, trifft somit auf den Sagikanal nicht zu (anders als auf den Möhlinbach beim Wehr). Entgegen der Annahme der Beschwerdeführenden hat der Kanal auch künftig keine Vernetzungsfunktion.

Damit verzeichnet der Sagikanal nicht eine besondere ökologische Bedeutung, welche als überwiegendes ökologisches Interesse einem Verzicht auf die Festlegung des Gewässerrauts entgegenstehen würde. Die Abteilung Landschaft und Gewässer legt ausserdem dar, dass die Bedürfnisse der Flora und Fauna mit den geltenden gesetzlichen Vorgaben auch ohne Gewässerraum genügenden Schutz finden. Für die landwirtschaftliche Bewirtschaftung gelten trotz Verzicht einer Gewässerraumfestlegung auch entlang von diesen künstlich angelegten Gewässern die Einschränkungen gemäss Verordnung über die Direktzahlungen an die Landwirtschaft (auf 6 m keine Pflanzenschutzmittel) und Verordnung zur Reduktion von Risiken beim Umgang mit bestimmten besonders gefährlichen Stoffen, Zubereitungen und Gegenständen (auf 3 m kein Dünger). Zwar findet bei künstlich angelegten Gewässern gemäss § 127 Abs. 1<sup>bis</sup> lit. a BauG (im Gegensatz zu lit. b derselben Bestimmung, die einen Abstand für Bauten und Anlagen von 6 m ausdrücklich vorsieht) kein Mindestabstand von 6 m für Bauten und Anlagen zum Rand der Gerinnesohle Anwendung, es ist aber darauf hinzuweisen, dass allfällige Bauvorhaben ausserhalb Bauzone in jedem Fall einer Zustimmung des Kan-



tons bedürfen und in diesem Verfahren dem Schutz dieses Kanals und der Ufergehölze Rechnung getragen werden muss. Allerdings trifft auch zu, dass ohne Abstand für Bauten und Anlagen der Schutz des Kanalbereichs schwächer ist und namentlich vom Vollzug durch die kantonalen und kommunalen Baupolizeibehörden abhängt. Da der Kanal ausserhalb der Bauzonen liegt, müssen Baugesuche in Kanalnähe im kantonalen Amtsblatt publiziert werden, was der (auswärtigen) Nachbarschaft und den legitimierten Verbänden ermöglicht, eine Kontrolle der Verwaltungstätigkeit vorzunehmen.

Wesentlich ist im vorliegenden Fall jedoch, dass der Planungsbericht vom 16. Januar 2018 zum Sagikanal keine nachvollziehbaren inhaltlichen Aussagen macht.

Es wird im Bericht zum Sagikanal einzig festgehalten, er sei ein künstliches Gewässer ohne besondere ökologische Bedeutung. Er wird im gleichen Satz erwähnt wie der Fischzuchtkanal, der praktisch kein Wasser mehr führt, der in keiner Weise mit dem Sagikanal vergleichbar ist und separat zu behandeln wäre. Ferner heisst es, der Gewässerraum sei an allen Bächen geprüft worden. Das ist eine selbstverständliche Mindestanforderung für eine kostenpflichtige Planungstätigkeit und ein unspezifisch gehaltener Textbaustein, der in alle Berichte passt. Es wird nicht gesagt, wie, durch wen (Fachkompetenz), wie aufwendig und wann geprüft worden ist. Derart allgemeine Ausführungen sind nichtssagend. In jeder Gemeinde sind die Gewässer individuell zu prüfen. Der Bericht lässt eine fundierte Interessensabwägung beim Sagikanal vermissen, obwohl die kommunalen Behörden bereits im abschliessenden Vorprüfungsbericht der Abteilung Raumentwicklung des Departements Bau, Verkehr und Umwelt vom 3. September 2017 darauf hingewiesen worden sind, dass die konkrete Festlegung des Gewässerraums beziehungsweise der Verzicht auf einen Gewässerraum Aufgabe der kommunalen Behörden darstellt und ein summarischer Verweis auf die kantonalen Bestimmungen zum Gewässerraum (§ 127 BauG) nicht ausreichend ist (vgl. abschliessender Vorprüfungsbericht vom 3. September 2017). Es ist nun nicht die Aufgabe der kantonalen Behörden, die fehlenden Aussagen nachzuholen und erstmalig eine Interessenabwägung vorzunehmen. Zwar hat die Beschwerdeinstanz

zwei Fachgutachten zum Sagikanal eingeholt, diese ersetzen jedoch vorliegend nicht die Interessenabwägung und die Entscheidung über eine Festsetzung des Gewässerraums beziehungsweise über einen Verzicht auf den Gewässerraum, welche die kommunale Behörde im Rahmen ihrer Gemeindeautonomie vorzunehmen hat.

Vorliegend ist Folgendes zu bedenken: Die Interessenabwägung kann auch einen teilweisen Verzicht auf den Gewässerraum ergeben. Möglich ist etwa eine reduzierte Breite oder ein Abstand für Bauten und Anlagen, wie ihn § 127 BauG für verschiedene Konstellationen vorsieht. Ein solcher beschränkt die landwirtschaftliche Nutzung praktisch nicht, verbessert aber den Schutz vor Bauten und Anlagen, indem er grundsätzlich einen klaren Bauverbotsbereich festhält. Die Uferbestockung ist teilweise sehr einseitig, was sich auch in der Signatur widerspiegelt. Sie steht auch ohne Gewässerraum unter strengem Schutz (Art. 21 f. NHG). Allerdings wird die Verpflichtung, die Voraussetzungen für eine ergänzende Bestockung zu schaffen (vgl. Art. 21 Abs. 2 NHG), ohne Gewässerraum nicht berücksichtigt. Im Gewässerraum bestünde grundsätzlich auch eine gewisse Pflicht zu einer "extensiven Gestaltung" (vgl. Art. 36a Abs. 3 GSchG), was die Bestockung fördern würde, wie vom Gesetzgeber verlangt. Schliesslich ist auf die besondere Situation bei der Parzelle 1820 der Ortsbürgergemeinde Zeiningen hinzuweisen. Die Parzelle liegt bei der Ausleitung des Sagikanals zwischen Kanal und Möhlinbach. Dort erfolgte im Jahr 2013 eine Umzonung in eine Zone für Freizeitaktivitäten. Die Ortsbürger errichteten dort in der Folge ein Blockhaus. Die Zone lässt gemäss BNO weitere Bauten ohne Abstandsvorschriften zum Gewässer zu (vgl. § 28 Zone für Freizeitaktivitäten). Bei der Umzonierung wurden auch der Wildtierkorridor und die Landschaftsschutzzone ohne erkennbare Begründung und Ersatz unterbrochen. Ein Gewässerraum könnte solche Freihalte- und Vernetzungsfunktionen teilweise übernehmen. Es wäre daher fundiert zu prüfen, ob bei dieser Parzelle beziehungsweise bei diesem Gewässerabschnitt nicht nur ein Abstand für Bauten und Anlagen, sondern auch ein umfassender Gewässerraum notwendig ist. Die nötigen Grundlagen für eine Beurteilung fehlen jedoch und sind von der Gemeinde beizubringen. Insofern wird der Antrag auf eine Expertise,

den die Beschwerdeführenden stellten, um weitere Erkenntnisse zu erhalten, gutgeheissen.

Demgemäss ist die Beschwerde bezüglich des Sagikanals teilweise gutzuheissen. Die Planung kann im Bereich Sagikanal noch nicht genehmigt werden. Die Vorlage ist an den Gemeinderat zurückzuweisen zur Neuvorlage an die Einwohnergemeindeversammlung im Sinn der Erwägungen. Der Gemeinderat hat eine fundierte Interessenabwägung vorzunehmen und entsprechend diesem Ergebnis beim Sagikanal grundsätzlich zumindest einen Abstand für Bauten und Anlagen und namentlich auf der Parzelle 1820 gegebenenfalls einen weitergehenden Gewässerraum festzusetzen. Bei den nötigen Abklärungen soll dann auch die neue Situation mit der Einlaufregulierung des Sagikanals berücksichtigt werden. ...

#### **54 Zone für öffentliche Bauten und Anlagen (ÖBA)**

##### **Zonenkonforme Erschliessung einer privaten Bauparzelle über eine ÖBA-Zone**

Aus dem Entscheid des Departements Bau, Verkehr und Umwelt vom 25. Januar 2019 (EBVU 18.69)

#### *Aus den Erwägungen*

4.2 Streitig ist vorliegend die Zonenkonformität der über die Gemeindeparzelle 545 führenden Zufahrt zum geplanten Mehrfamilienhaus. Die Parzelle 545 liegt in der Zone für öffentliche Bauten und Anlagen, welche für Bauten und Anlagen bestimmt ist, die dem öffentlichen Interesse dienen (§ 25 Abs. 1 BNO). Die Zone für öffentliche Bauten und Anlagen dient im Allgemeinen der Sicherung des Landbedarfs, auf den das Gemeinwesen für die Erfüllung seiner öffentlichen Aufgaben durch Erstellung von Bauten und Anlagen angewiesen ist (CHRISTIAN HÄUPTLI, in: Kommentar zum Baugesetz