Industrieverein Gais
c/o Daniel Waldmeier
Gaiserau 53
9056 Gais

Einschreiben

Departement Bau und Volkswirtschaft
Herr Regierungsrat Dölf Biasotto
Kasernenstrasse 17a
9102 Herisau

Gais, 04.07.2023

Vernehmlassung Gesetz über den Gewässerraum und den Schutz vor Naturereignissen

Sehr geehrter Herr Regierungsrat Biasotto

Wir bedanken uns im Namen des Industrieverein Gais für die Möglichkeit zur Vernehmlassung und nehmen zum Gesetz (Mantelerlass) wie folgt Stellung:

1. Vorbemerkung

Das Gesetz über den Gewässerraum und den Schutz vor Naturereignissen enthält - als Mantelerlass - Änderungen in verschiedenen bestehenden Gesetzen des Ausserrhoder Rechts. In der vorliegenden Vernehmlassung konzentrieren wir uns auf die Thematik des Gewässerraums, die vor allem im Baugesetz (BauG) geregelt werden soll. Zu den weiteren Themen des Mantelerlasses wird grundsätzlich nicht Stellung genommen.

2. Thematik Gewässerraum

2.1 In den vorgesehenen neuen Art. 11a, 14 - 14b und Art. 114 Vernehmlassungsentwurf BauG werden die Zuständigkeit zum Erlass von Gewässerraumlinien (Kanton), das Verfahren für Erlass und Änderung der Gewässerraumlinien (kantonale Nutzungspläne) und der Rechtsschutz dazu geregelt sowie die Statuierung eines subsidiären Gewässerabstandes in Fällen, da kein Gewässerraum festgelegt wird. Bezüglich Gewässerraum treffen die genannten neuen Bestimmungen des Baugesetzes also gar keine materiellen Regelungen, sondern man beschränkt sich (ausser bei Art. 114 BauG) auf Zuständigkeits- und Verfahrensregelungen, während etwa betreffend zulässige Gestaltung und Bewirtschaftung des Gewässerraums auf das Bundesrecht verwiesen wird (Art. 11a Abs. 4 Vernehmlassungsentwurf BauG).

Telefon: +41 79 316 00 03 dwaldmeier@bluewin.ch

2.2 Im erläuternden Bericht zum Vernehmlassungsentwurf macht der Regierungsrat detailliertere Ausführungen zum Gewässerraum. So wird darauf verwiesen, dass der minimale Gewässerraum sich nach Art. 41a Abs. 1 und 2 und Art. 41b Abs. 1 Gewässerschutzverordnung (GSchV) bestimmt (mindestens 11 m) und dass die zuständigen Behörden je nach Situation diesen anpassen können, etwa unter Umständen verbreitern oder verringern. Es wird auf die weiteren, im Bundesrecht genannten Kriterien für solche Verbreiterungen oder Verringerungen in Anbetracht der konkreten Situation verwiesen (Art. 41a Abs. 3 und 4 und Art. 41b Abs. 2 und 3 GSchV). Dabei wird insbesondere auf Anpassungen in sog. dicht überbauten Gebieten verwiesen, wo die Ausscheidung des Gewässerraums oft nicht oder nur an die baulichen Gegebenheiten angepasst sinnvoll sei.

All diese Ausführungen mögen grundsätzlich in Anbetracht der genannten bundesrechtlichen Bestimmungen zutreffen. Dennoch vermögen sie nicht zu befriedigen. Gerade im Kanton Appenzell Ausserrhoden gibt es zahlreiche, historisch gewachsene und seit langem zur Bauzone (vorwiegend Gewerbe- oder Mischzone) gehörende Gewerbebetriebe entlang von Gewässern. Diese aufgrund der früher erforderlichen Wasserkraft historisch gewachsenen Gewerbestandorte sind geradezu typisch für unseren Kanton. Ebenso typisch ist aber auch, dass sie sich in der Regel gerade nicht in dicht überbautem Gebiet befinden. Wie diesen speziellen Standorten unter dem Aspekt der Gewässerraumfestlegung adäquat Rechnung zu tragen ist, ergibt sich nicht ohne weiteres aus dem Bundesrecht. Im Vernehmlassungsentwurf finden sich - wie eingangs erwähnt - keine diesbezüglichen materiellen Regelungen. Auch im erläuternden Bericht zum Vernehmlassungsentwurf wird dieser besonderen, aber in unserem Kanton typischen Konstellation von traditionell gewachsenen Gewerbebetrieben und Gewerbezonen entlang von Gewässern nicht Rechnung getragen.

2.3 Dass für die Kantone in der Rechtssetzung und -anwendung im Bereich der Gewässerräume trotz des Bundesrechts durchaus Spielraum besteht, zeigt sich namentlich im Folgenden:

In dem online frei verfügbaren «Rechtsgutachten - Rechtsfragen und Spielräume im Gewässerraum», verfasst im Auftrag des Amtes für Natur und Umwelt Graubünden und des Amtes für Raumentwicklung Graubünden, von Dr. iur. Gieri Caviezel und lic. iur. Michelangelo Giovannini, Chur, 14.11.2017 (nachfolgend Rechtsgutachten Caviezel / Giovannini)[1] gelangt man klar zum Schluss, dass es in der Kompetenz der Kantone liegt, bei der Gewässerraumfestlegung im Einzelfall die Lage des Korridors, mithin eine symmetrische oder asymmetrische Lage, festzulegen. Die Kantone passen den Korridor und den Gewässerraum an die Gegebenheiten im Umfeld des Gewässers an, namentlich beim Vorhandensein von Gebäuden und Strassen und berücksichtigen die Interessen der betroffenen Grundeigentümer (Rechtsgutachten Caviezel / Giovannini, N 20 m.w.H.). Auch wird ausdrücklich darauf verwiesen, dass zufolge der am 01.05.2017 in Kraft getretenen Änderung der Gewässerschutzverordnung die Möglichkeit eröffnet wurde, die Gewässerraumbreite in speziellen Fällen an die topographischen Verhältnisse anzupassen und auch Baulücken im Gewässerraum zu nützen, dies auch ausserhalb von dicht bebauten Gebieten (Rechtsgutachten Caviezel / Giovannini, N 23).

[1] https://www.gr.ch/DE/institutionen/verwaltung/ekud/anu/ANU_Dokumente/ANU-406-31d_Rechtsgutachten_Rechtsfragen_Spielraeume_Gewaesserraum.pdf

Telefon: +41 79 316 00 03 dwaldmeier@bluewin.ch

Dass insbesondere die Möglichkeit der asymmetrischen Festlegung des Gewässerraums gegeben sein muss, haben etwa die Kantone St.Gallen und Thurgau erkannt. So wird in der Arbeitshilfe Gewässerraum im Kanton St.Gallen des AREG SG (Stand Oktober 2021) in Ziff. 4.10.3 zwar die symmetrische Festlegung des Gewässerraums als üblich taxiert. Es wird jedoch ausdrücklich die Möglichkeit eröffnet, den Gewässerraum asymmetrisch zu legen und ihn damit an die Gegebenheiten im Umfeld des Gewässers anzupassen.

Ähnliches sieht für den Kanton Thurgau der Leitfaden des Amtes für Umwelt (zur grundeigentümerverbindlichen Festlegung der Gewässerraumlinien) vor. Als erstgenanntes Prinzip der Festlegung des Gewässerraums wird auch hier grundsätzlich die symmetrische Festlegung genannt. Aufgrund der lokalen Verhältnisse kann sich jedoch eine asymmetrische Festlegung des Gewässerraums anbieten (Rücksichtnahme bestehender Baulinien, Bewirtschaftung von Fruchtfolgeflächen usw.). Zudem wird festgehalten, dass bei einer asymmetrischen Lage des Gewässerraums mindestens einseitig ein 5.5 m breiter Gewässerraum verbleiben soll.

Auch im Kanton Appenzell Innerrhoden zeigt ein jüngstes Beispiel eines Rekursentscheides der Standeskommission, dass in Ausnahmefällen, z.B. bei besonderen topographischen Verhältnissen, speziellen Überbauungssituationen oder einer erheblichen Verhinderung von baulichen Entwicklungen eine asymmetrische Ausscheidung des Gewässerraums vorgenommen werden können soll.

Dass diese Spielräume im Festlegen des Gewässerraums bestehen, kommt im Vernehmlassungsentwurf überhaupt nicht zum Ausdruck. Die **Möglichkeit der asymmetrischen Gewässerraumfestlegung im Einzelfall ist im neuen Gesetz (bzw. in einer entsprechenden ergänzenden Bestimmung im Baugesetz) explizit festzuhalten (Änderungsantrag).** Denn anderenfalls besteht die Gefahr, dass in der konkreten Anwendung auf einem strikten symmetrischen Gewässerraum beharrt wird, ohne den topographischen oder überbauungsmässigen Gegebenheiten des konkreten Falles gerecht zu werden.

2.4 Bei der Festsetzung von Gewässerräumen stellt sich im Zusammenhang mit bestehenden, in der Bauzone gelegenen und zonenkonformen Bauten zwangsläufig die Frage der Bestandesgarantie, sollten solche Bauten und dazugehörige Anlagen in einen Gewässerraum zu liegen kommen (wenn also trotz asymmetrischer Ausscheidung des Gewässerraums Bauten und Anlagen davon tangiert werden).

Auch zur Bestandesgarantie sieht der Vernehmlassungsentwurf keinerlei Regelungen vor. Vielmehr werden im erläuternden Bericht zu Art. 11a Vernehmlassungsentwurf BauG, S.15, Ausführungen gemacht. Der Regierungsrat stützt sich dabei auf Art. 41c Abs. 2 GSchV und er leitet daraus ab, dass unter die Bestandesgarantie gemäss dieser Bestimmung einzig Unterhalts- und einfache Erneuerungsarbeiten fallen, nicht hingegen Umbauten, Erweiterungen, Nutzungsänderungen oder Wiederaufbauten. Dazu stützt sich der Regierungsrat auf ein Urteil des Bundesgerichts aus dem Jahr 2020 (BGE 1C_22/2019, 1C_476/2019, entspricht BGE 146 II 304). Zwar trifft es zu, dass das Bundesgericht im besagten Urteil keine Erweiterungen oder Wiederaufbauten im Gewässerraum als zulässig erachtet. Zu beachten ist aber, dass sich das betreffende Präjudiz auf einen Fall von nicht zonenkonformen Bauten und Anlagen ausserhalb der Bauzone bezog. Es ging um die Frage, ob Art. 41c Abs. 2 GSchV bei zonenwidrigen Bauten ausserhalb der Bauzone eigenständige Bedeutung habe oder ob sich der

Telefon: +41 79 316 00 03 dwaldmeier@bluewin.ch

Besitzstandsschutz für diese Kategorie von Bauten nach Art. 24c RPG richte. Das Bundesgericht hat für solche zonenwidrigen Bauten ausserhalb der Bauzone der Bestimmung von Art. 41c Abs. 2 GSchV eine eigenständige Bedeutung anerkannt. Ein solches Präjudiz, dass sich auf zonenwidrige Bauten ausserhalb der Bauzone bezieht, kann jedoch nicht als Grundlage für jegliche Bestandesgarantieregelungen für gemäss Nutzungsplanung zonenkonformen Bauten und Anlagen dienen.

Wiederum kann auf das Rechtsgutachten Caviezel / Giovannini verwiesen werden, wo in N 93 bis 96 klar festgehalten wird, dass sich innerhalb der Bauzone der Bestandesschutz gemäss einem entsprechenden bundesgerichtlichen Präjudiz (Fall innerhalb der Bauzone; BGE 1C_473/2015 vom 22.03.2016, E. 4.2) primär nach kantonalem Recht richtet, wobei die Kantone einen Spielraum geniessen. Konkret bezogen auf den Gewässerraum gelangen die Gutachter zum Schluss, dass Um- oder Erweiterungsbauten im Gewässerraum zulässig sind, es sei denn, der Um- oder Erweiterungsbau hätte eine ökologische Verschlechterung des Gewässers zufolge. In Bezug auf das bündnerische Hofstattrecht (welches nichts anderes als eine Wiederaufbaugarantie im bisherigen Umfang, quasi mit dem bisherigen «Fussabdruck» meint) wird festgehalten, soweit das kommunale Recht den Abbruch und Wiederaufbau zulasse, stünden auch Ersatzneubauten unter dem erweiterten Bestandesschutz. Unter dem Titel des Schutzes des Gewässerraums komme eine Bewilligungsverweigerung nur in Frage, wenn sich durch die Ersatzneubaute eine Verschlechterung für den Gewässerraum ergebe gegenüber der bestehenden Baute. Dies dürfte nach Meinung der Gutachter nur bei einer Verschiebung des Standorts für die Ersatzneubaute denkbar sein.

Diesen Spielraum, der den Kantonen zukommt, nützt der vorliegende Vernehmlassungsentwurf überhaupt nicht aus. Es ist daher ausdrücklich im Gesetz festzuhalten – und auch so im erläuternden Bericht zu kommentieren -, **dass für Bauten und Anlagen innerhalb der Bauzone, die vom Gewässerraum tangiert werden, die erweiterte Bestandesgarantie von Art. 94 BauG gilt (Änderungsantrag).**

Dass bloss Unterhalts- oder einfache Erneuerungsarbeiten zulässig sein sollten trägt dem gewichtigen Bedürfnis, traditionell gewachsene Gewerbestandorte aufrecht zu erhalten und neuen Begebenheiten anzupassen und diese weiter zu entwickeln, nicht Rechnung. Ohne Erweiterungs- und insbesondere Wiederaufbaugarantie trägt man selbst dem Anliegen des Gewässerschutzes beziehungsweise der Aufrechterhaltung oder Wiedererlangung der natürlichen Funktionen eines Gewässers nicht Rechnung. Denn wenn einerseits bestehende Bauten und Anlagen permanent unterhalten werden, dann wird der Zustand der Gewässerraumverletzung genauso perpetuiert, wie im Falle einer Ersatzbaute. Und wenn der Unterhalt vernachlässigt wird, entwickeln sich solche ehemaligen Gewerbestandorte zu eigentlichen «Unorten» mit baufälligen Gebäuden und Anlagen, die weder dem Landschaftsbild noch dem Gewässer und seinen Funktionen förderlich sind.

2.5 Indirekt mit der Gewässerraumfestlegung zu tun hat auch Art. 114 BauG gemäss Vernehmlassungsentwurf. Diese Bestimmung statuiert einen Gewässerabstand von 5 m für Bauten und Anlagen, wenn kein Gewässerraum festgelegt wird. Die Unterschreitung des Abstandes ist nur in den in Abs. 2 lit. a – c genannten, sehr eingeschränkten Fällen möglich.

Telefon: +41 79 316 00 03 dwaldmeier@bluewin.ch

Dazu ist folgendes zu bemerken: Auf die Festlegung eines Gewässerraums kann gemäss Art. 41a Abs. 5 GSchV in den dort genannten vier Konstellationen verzichtet werden (lit. a wenn das Gewässer sich im Wald oder in Gebieten, die im landwirtschaftlichen Produktionskataster gemäss der Landwirtschaftsgesetzgebung nicht dem Berg- oder Talgebiet zugeordnet sind, befindet; lit. b wenn es eingedolt ist; lit. c wenn es künstlich angelegt ist; lit. d wenn es sehr klein ist. Im erläuternden Bericht wird dazu festgehalten, im Vergleich zum geltenden Recht werde der Gewässerabstand von heute 6 m auf neu 5 m reduziert. Diese vermeintliche Erleichterung relativiert sich jedoch, wenn man bedenkt, dass der minimale Gewässerraum nach Art. 41a Abs. 1 GSchV 11 m beträgt. Bei Nichtfestlegung eines Gewässerraums, aber bei der dadurch automatischen Geltung des Gewässerabstands kann sich somit sogar die Situation ergeben, dass der Gewässerabstand einschränkender ist als der Gewässerraum. Daher muss der **subsidiäre Gewässerraum klar weniger als 5 m betragen (Änderungsantrag).**

Abschliessend ersuchen wir um Berücksichtigung der vorstehenden Ausführungen und um entsprechende Umsetzung der beantragten Änderungen.

Freundliche Grüsse
Industrieverein Gais

Daniel Waldmeier, Präsident

Eichroth Adrian

Matthias Eisenhut

Roland Günther

Willy Koller

Hanspeter Künzle

Thomas Meyer

Hanswalter Schmid

Matthias Tischhauser

Daniel Zellweger

Reto Zürcher

Telefon: +41 79 316 00 03 dwaldmeier@bluewin.ch