

# ***Die Bedeutung des Begriffs «dicht überbaut»***

CHRISTOPH FRITZSCHE, lic. iur./SIA, Feldmeilen

## **Inhalt**

Résumé .....	758
Riassunto .....	759
Zusammenfassung .....	760
I. Einleitung .....	761
1. «Dicht überbautes Gebiet» als unbestimmter Rechtsbegriff .....	761
2. Der Entscheid zum dicht überbauten Gebiet als erster Schritt .....	761
3. Abgrenzungen .....	763
4. Gebot der restriktiven Auslegung .....	763
5. Merkblatt «dicht überbaute Gebiete» .....	764
II. Erste Urteile des Bundesgerichts .....	765
1. Vorbemerkungen .....	765
2. Dagmersellen .....	765
3. Rüschlikon .....	766
4. «Oberrüti» .....	766
5. Hurden (Gemeinde Freienbach) .....	769
6. Gestaltungsplan «Bächlipark» Wollerau .....	770
III. Grundsätzliche Kriterien für das dicht überbaute Gebiet .....	772
1. Massgebend ist die konkrete Bebauungssituation .....	773
2. Der Betrachtungsperimeter ist genügend gross zu wählen .....	774
IV. Fallgruppen .....	774
1. Zuerst eine grobe Annäherung .....	774
2. Zentrumsgebiete .....	775
3. Periphere Gebiete .....	775
4. Gebiete mit Baulücken .....	776
5. Siedlungsinterne oder siedlungsnahe Grünräume .....	778
6. Neubaugebiete .....	779
7. Würdigung .....	779

## **Résumé**

La notion juridique indéterminée de «zones densément bâties» est utilisée aux articles 41a al. 4 et 41b al. 3 OEaux (détermination de l'espace réservé aux eaux) ainsi qu'à l'art. 41c al. 1 lit. a OEaux (exceptions dans l'espace réservé aux eaux). Cette notion est propre au droit de la protection des eaux et n'est aucunement rattachée à un concept préexistant du droit de l'aménagement du territoire. Elle doit être interprétée de manière uniforme sur tout le territoire suisse; les cantons ne disposent d'une marge de manœuvre que dans le cadre de l'exécution dans le cas particulier.

Le Tribunal fédéral a rendu ses premiers arrêts principaux. D'autres jugements suivront prochainement afin de préciser la jurisprudence, raison pour laquelle les considérations ci-dessous doivent être comprises comme reflétant uniquement la situation à un moment donné.

Les arrêts rendus jusqu'à présent permettent de tirer les conclusions suivantes:

La situation concrète est déterminante et non pas la définition d'une zone dans le plan d'affectation ou le degré de construction le long du cours d'eau (murs longeant la rive). Le périmètre de référence sélectionné doit se concentrer sur les terrains jouxtant le cours d'eau et être suffisamment grand.

Les zones densément bâties sont principalement les quartiers revêtant la fonction de centre d'une localité, mais pas les secteurs périphériques, dans lesquels la densification vers l'intérieur (comme dans les cas Dagmersellen, Hurden et Oberrüti) n'a pas la priorité. Constituent également des zones densément bâties les zones comprenant des terrains non construits en milieu bâti, dans la mesure où il existe un besoin de les exploiter aux fins d'une densification vers l'intérieur. Dans le cas Rüschrlikon, le but n'était justement pas une densification vers l'intérieur, raison pour laquelle les considérations qui suivent envisagent également cet arrêt sous un angle critique.

Les zones comprenant de nouveaux bâtiments situées à l'intérieur d'une agglomération ne sont pas densément bâties. Dans de tels cas, la notion de «zones densément bâties» s'oppose au développement souhaité par le droit de l'aménagement du territoire resp. à l'objectif d'une densification vers l'intérieur, problème auquel la nouvelle révision de l'OEaux n'est pas en mesure de remédier. Si l'on renonçait à la notion de zones densément bâties, une pondération exhaustive des intérêts en présence devrait figurer au premier plan. C'est l'idée qui est exposée plus en détails dans «l'appréciation» rédigée à la fin de la présente contribution.

## **Riassunto**

Il concetto giuridico generale di «zona densamente edificata» è utilizzato nell'art. 41a cpv. 4 rispettivamente 41b cpv. 3 dell'OPAc (definizione dello spazio riservato alle acque) come pure nell'art. 41c cp. 1 litt. a dell'OPAc (autorizzazioni in deroga nello spazio riservato ai corsi d'acqua). Questo concetto è proprio della legge sulla protezione delle acque e non ha un riscontro in terminologie esistenti della pianificazione del territorio. Esso è da definire in maniera uniforme a livello federale; un margine di manovra dei Cantoni è dato solo nell'applicazione caso per caso.

Il Tribunale federale ha emanato le prime decisioni principali. Seguiranno altre decisioni che preciseranno la giurisprudenza: per questo motivo le considerazioni qui sviluppate sono da intendersi come delle istantanee della situazione attuale.

Le decisioni pubblicate sinora permettono di concludere quanto segue:

Fa stato la situazione edificatoria concreta e non la definizione della zona a Piano regolatore o il grado di edificazione delle acque con muri di sponda. È necessario scegliere un perimetro di riferimento sufficientemente ampio, con il focus sul terreno lungo le acque.

In primo luogo sono considerate densamente edificate le parti di insediamento con funzione di centro di località. Questo non vale invece per le zone periferiche nelle quali la densificazione centripeta non è prioritaria, come nei casi di Dagmersellen, Hurden e Oberrüti. Anche zone con veri vuoti edificatori sono considerate densamente edificate, se il loro utilizzo serve alla densificazione centripeta. Nel caso di Rüschtikon però, proprio la densificazione centripeta non era l'obiettivo, motivo per cui viene discussa qui di seguito – anche in maniera critica – questa sentenza.

Non sono densamente edificate nuove zone edificabili all'interno degli insediamenti. Il concetto di «zona densamente edificata» osta in questi casi allo sviluppo pianificatorio auspicato, rispettivamente all'obiettivo di densificazione centripeta e la prossima revisione dell'OPAc non sana questo ostacolo. In primo piano dovrebbe esserci una ponderazione degli interessi completa senza ricorrere al concetto della zona densamente edificata. Ciò è discusso ed esaminato nella «valutazione» alla fine del presente contributo.

## **Zusammenfassung**

Der unbestimmte Rechtsbegriff «dicht überbautes Gebiet» wird in Art. 41a Abs. 4 bzw. 41b Abs. 3 GSchV (Festlegung des Gewässerraus) wie auch in Art. 41c Abs. 1 lit. a GSchV (Ausnahmen im Gewässerraus) verwendet. Der Begriff ist ein solcher des Gewässerschutzrechtes, der nicht an vorbestandene raumplanerische Begriffsbildungen anknüpft. Er ist bundesweit einheitlich auszulegen; ein Spielraum der Kantone besteht nur beim Vollzug im Einzelfall.

Das Bundesgericht hat erste Leiturteile gefällt. Weitere Urteile zur Präzisierung der Rechtsprechung werden demnächst folgen, weshalb die nachfolgenden Ausführungen als Momentaufnahme zu verstehen sind.

Die bisher ergangenen Urteile lassen die folgenden Schlüsse zu:

Massgebend ist die konkrete Bebauungssituation und nicht die Festlegung eines Gebiets in der Nutzungsplanung oder der Überbauungsgrad des Gewässers mit Ufermauern. Der Betrachtungsperimeter ist, mit dem Fokus auf das Land entlang des Gewässers, genügend gross zu wählen.

Dicht überbaut sind in erster Linie Ortsteile mit zentrumsbildenden Funktionen, nicht dagegen periphere Gebiete, in welchen die innere Verdichtung (wie in den Fällen Dagmersellen, Hurden und Oberrüti) keine Priorität hat. Dicht überbaut sind auch Gebiete mit eigentlichen Baulücken, sofern ein Bedarf besteht, diese Baulücken zum Zweck der inneren Verdichtung zu schliessen. Eine innere Verdichtung war aber im Fall Rüsclikon gerade nicht das Ziel, weshalb sich die nachfolgenden Ausführungen auch kritisch mit diesem Urteil auseinandersetzen.

Nicht dicht überbaut sind siedlungsinterne Neubaugebiete. Der Begriff «dicht überbautes Gebiet» steht in solchen Fällen einer raumplanerisch erwünschten Entwicklung bzw. dem Ziel innerer Verdichtung entgegen, was die erneute Revision der GSchV nicht beheben kann. Im Vordergrund müsste, unter Verzicht auf den Begriff des dicht überbauten Gebietes, eine umfassende Interessenabwägung stehen. Das wird in der «Würdigung» am Schluss des Beitrages festgehalten und näher ausgeführt.

## **I. Einleitung**

### **1. «Dicht überbautes Gebiet» als unbestimmter Rechtsbegriff**

Gemäss Art. 36a Gewässerschutzgesetz (GSchG)<sup>1</sup> legen die Kantone den Gewässerraum fest (Abs. 1). Sie sorgen dafür, dass der Gewässerraum extensiv gestaltet und bewirtschaftet wird (Abs. 3). Der Bundesrat hat die Kompetenz zur Regelung der Einzelheiten (Abs. 2) mit Art. 41a–c der Gewässerschutzverordnung (GSchV)<sup>2</sup> wahrgenommen. Nach Art. 41a Abs. 4 bzw. 41b Abs. 3 GSchV kann der Gewässerraum in «dicht überbauten Gebieten» den baulichen Gegebenheiten angepasst werden, soweit der Schutz vor Hochwasser gewährleistet bleibt. Im Gewässerraum dürfen nur standortgebundene, im öffentlichen Interesse liegende Anlagen erstellt werden. Sofern keine überwiegenden Interessen entgegenstehen, kann die Behörde ausserdem (u. a.) zonenkonforme Anlagen in «dicht überbauten Gebieten» bewilligen (Art. 41c Abs. 1 lit. a GSchV).

Der Begriff des dicht überbauten Gebietes wird also nicht nur in Art. 41a Abs. 4 und Art. 41b Abs. 3 GSchV (Festlegung des Gewässerraums), sondern auch in Art. 41c Abs. 1 GSchV (Ausnahmen im Gewässerraum) verwendet, wobei diese Bestimmungen von einem einheitlichen gewässerschutzrechtlichen Begriff ausgehen. Was darunter zu verstehen sei, wird weder im Gesetz noch der Verordnung umschrieben. Es handelt sich daher um einen unbestimmten Rechtsbegriff, der durch Lehre und Rechtsprechung näher konkretisiert werden muss.<sup>3</sup> Dabei ist der Begriff, als ein solcher des Bundesrechts, bundesweit einheitlich auszulegen. Ein Spielraum der Kantone besteht nur beim Vollzug im Einzelfall.<sup>4</sup>

### **2. Der Entscheid zum dicht überbauten Gebiet als erster Schritt**

Erst wenn entschieden ist, dass ein dicht überbautes Gebiet besteht, kann die Breite des Gewässerraums den «baulichen Gegebenheiten angepasst» und der minimale Raumbedarf des Gewässers (Art. 41a Abs. 2 bzw. Art. 41b

<sup>1</sup> SR 814.20.

<sup>2</sup> SR 814.201.

<sup>3</sup> BGE 140 II 428 (Dagmersellen), zusammengefasst in: URP 2014, S. 555 ff., mit Kommentar der Redaktion (STUTZ HANS W.) und Orthphoto, E. 3.1; STUTZ HANS W., Uferstreifen und Gewässerraum – Umsetzung durch die Kantone, URP 2012, S. 103 f.

<sup>4</sup> BGE 140 II 428 (Dagmersellen, Fn. 3) E. 7; BGER 1C\_444/2015 vom 14. März 2016 (Oberrüti) E. 3.6.1.

Abs. 1 GSchV) unterschritten werden.<sup>5</sup> Das erlaubt nicht nur, den Gewässer-  
raum entlang bestehender Baufluchten zu führen, sondern auch Baulücken  
zu schliessen. Mit der «Kann-Formulierung» bringt der Verordnungsgeber  
zum Ausdruck, dass der zuständigen Behörde ein Spielraum beim Entscheid  
zusteht, ob der Gewässerraum abweichend von den bundesrechtlichen Mi-  
nimalvorgaben festgelegt werden und wie die Anpassung an die baulichen  
Gegebenheiten erfolgen soll.<sup>6</sup> Sie befindet hierüber in pflichtgemässen  
(Rechtsfolge-)ermessen, wobei zwischen den öffentlichen Interessen am  
Gewässerraum und jenen an einer inneren Verdichtung ein angemessener  
Ausgleich zu finden ist. Gemäss ausdrücklicher Formulierung in Art. 41a  
Abs. 4 und 41b Abs. 3 GSchV ist eine Anpassung des Gewässerraums an die  
baulichen Gegebenheiten nur möglich, wenn der Hochwasserschutz gewähr-  
leistet bleibt.

Für Ausnahmen innerhalb des festgelegten Gewässerraums ist nach  
Art. 41c Abs. 1 lit. a GSchV neben dem dicht überbauten Gebiet ferner erfor-  
derlich, dass die betroffene Anlage zonenkonform ist und einer Bewilligung  
keine überwiegenden Interessen entgegenstehen. Die Zonenkonformität ist  
aufgrund der Bau- und Zonenordnung klar feststellbar. Davon abgesehen  
ist aber eine umfassende Interessenabwägung vorzunehmen: Ob bei Vorlie-  
gen von dicht überbautem Gebiet eine Ausnahmegewilligung zu erteilen ist  
oder ob überwiegende Interessen entgegenstehen, ist in das pflichtgemässe  
Ermessen der anwendenden Behörde gestellt.<sup>7</sup> Darüber hinaus ist der Be-  
hörde aufgrund der «Kann-Formulierung» Ermessen eingeräumt, wenn sie zu  
entscheiden hat, ob die Ausnahme bei gegebenen Voraussetzungen im Ge-  
wässerraum zu erteilen, unter Auflagen zu erteilen oder aber zu verweigern  
sei. Das Ermessen ist pflichtgemäss zu handhaben. Die rechtsanwendenden  
Behörden sind insbesondere, wie bei jedem staatlichen Handeln, an das  
Rechtsgleichheitsgebot, das Verhältnismässigkeitsprinzip und die Pflicht zur  
Wahrung der öffentlichen Interessen gebunden.<sup>8</sup>

Die nachfolgenden Ausführungen beziehen sich auf den Begriff des  
dicht überbauten Gebietes.

---

<sup>5</sup> BGer 1C\_473/2015 vom 22. März 2016 (Hurden) E. 5.1.

<sup>6</sup> Vgl. HÄFELIN ULRICH / MÜLLER GEORG / UHLMANN FELIX, Allg. Verwaltungsrecht, 7. Auflage, 2016, Rz. 398; FRITZSCHE CHRISTOPH, in: HETTICH PETER / JANSEN LUC / NORER ROLAND (Hrsg.), Kommentar zum Gewässerschutzgesetz und zum Wasserbaugesetz, Art. 36a N. 103.

<sup>7</sup> BGE 140 II 428 (Dagmersellen, Fn. 3) E. 7; BGer 1C\_444/2015 (Oberrüti) E. 3.6.1.

<sup>8</sup> BGE 140 II 437 E. 5 S. 442 f.; BGer 1C\_444/2015 (Oberrüti) E. 3.6.1; vgl. im Detail KEHRLI JEANNETTE, Bauen im Gewässerraum und Uferstreifen, URP 2015, S. 691 ff.

### 3. *Abgrenzungen*

Es ist ein Unterschied zu Art. 37 Abs. 3 GSchG (Verbauung und Korrektion von Fliessgewässern) gegeben, wo von «überbauten Gebieten» (ohne den Zusatz «dicht») die Rede ist.<sup>9</sup> Der Ordnungsgeber hat mit dem Begriff «dicht überbaut» auch zum Ausdruck gebracht, dass eine «weitgehende» Überbauung wie in Art. 36 Abs. 3 Raumplanungsgesetz (RPG)<sup>10</sup> nicht genügt.<sup>11</sup> Das «dicht überbaute Gebiet» nach Art. 41a Abs. 4, 41b Abs. 3 und 41c Abs. 1 lit. a GSchV knüpft nicht an vorbestehende raumplanerische Begriffsbildungen an, sondern wurde mit Blick auf die Gewässerraumthematik neu geschaffen.<sup>12</sup>

### 4. *Gebot der restriktiven Auslegung*

Art. 36a GSchG wurde als indirekter Gegenentwurf zur Volksinitiative «Lebendiges Gewässer» konzipiert.<sup>13</sup> Der Rückzug der Initiative erfolgte nach Annahme des Gesetzes, aber vor Erlass der dazugehörigen Ausführungsbestimmungen. Vor diesem Hintergrund ist der Begriff des «dicht überbauten Gebiets», der Ausnahmen vom Grundsatz des Schutzes und der extensiven Nutzung des Gewässerraums gemäss Art. 36a GSchG erlaubt, restriktiv auszulegen.<sup>14</sup>

Das Ziel der Ausnahme besteht darin, Siedlungsgebiete zu verdichten und im Sinne einer erwünschten Siedlungsentwicklung nach innen Baulücken zu schliessen, wenn das Interesse an der baulichen Nutzung überwiegt.<sup>15</sup> Es soll also dort eine Ausnahme von den Mindestbreiten ermög-

<sup>9</sup> Vgl. zu Art. 37 Abs. 3 GSchV BGer 1A.62/1998 vom 15. Dezember 1998 E. 3e und 4, in: ZBI 101/2000, 323 und URP 2000, 648.

<sup>10</sup> SR 700.

<sup>11</sup> BGE 140 II 428 (Dagmersellen, Fn. 3) E. 7; vgl. auch STUTZ (Fn. 3), Uferstreifen, S. 104 und Fn. 23.

<sup>12</sup> BGE 140 II 428 (Dagmersellen, Fn. 3) E. 3.1; FRITZSCHE (Fn. 6), Art. 36a N. 86.

<sup>13</sup> Vgl. zur Entstehungsgeschichte FRITZSCHE (Fn. 6), vor Art. 36a N. 1 ff.

<sup>14</sup> BGE 140 II 428 (Dagmersellen, Fn. 3) E. 7; KEHRLI (Fn. 6); das ist allerdings nicht ganz korrekt; wie das Bundesgericht in andern Urteilen befunden hat, sind Ausnahmerevorschriften weder extensiv noch restriktiv, sondern nach ihrem Sinn und Zweck im Rahmen der allgemeinen Regeln «richtig» auszulegen (BGE 138 II 251 E. 2.3.3 mit Hinweisen)

<sup>15</sup> BAFU, Erläuternder Bericht 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 Fischnamen – Änderung der Fischereiverordnung.

licht werden, wo der Gewässerraum die natürlichen Funktionen (Art. 36a Abs. 1 GSchG) auch auf lange Sicht nicht erfüllen kann.<sup>16</sup>

## 5. Merkblatt «dicht überbaute Gebiete»

Bund und Kantone haben ein Merkblatt zu den dicht überbauten Gebieten publiziert<sup>17</sup>, das die Kantone und Gemeinden bei einem landesweit einheitlichen Vollzug unterstützen soll. Es enthält Kriterien zur Bestimmung des dicht überbauten Gebiets, betont aber, dass den Kantonen ein Spielraum zustehe. Im Rahmen pflichtgemässer Ermessensausübung sind Aspekte der Gewässer- und der Siedlungsentwicklung heranzuziehen und sowohl übergeordnete Konzepte, als auch die konkrete Situation vor Ort zu berücksichtigen. Die Kriterien sind nicht abschliessend und müssen fallweise gewichtet werden.<sup>18</sup>

Das Merkblatt vermag eine wertvolle Hilfestellung bei der Auslegung des unbestimmten Rechtsbegriffes des «dicht überbauten Gebietes» zu geben. Es erweist sich jedoch als relativ unbestimmt, ist doch die konkrete Bedeutung des Begriffs «dicht überbautes Gebiet» immer noch mit Unsicherheiten verbunden.<sup>19</sup> Doch stützte sich das BGE in den bisher ergangenen Urteilen stets auf das Merkblatt ab.<sup>20</sup>

---

<sup>16</sup> ARE/BAFU/BAU-, Planungs- und Umweltdirektoren-Konferenz (BPUK), Gewässerraum im Siedlungsgebiet – Merkblatt vom 18. Januar 2013 zur Anwendung des Begriffs «dicht überbaute Gebiete» der Gewässerschutzverordnung, Bern 2013; FRITZSCHE CHRISTOPH, in: Komm. GSchG/WBG (Fn. 6), Art. 36a N. 77.

<sup>17</sup> Merkblatt «dicht überbaute Gebiete» (Fn. 16).

<sup>18</sup> Merkblatt «dicht überbaute Gebiete» (Fn. 16), 4, Abschnitt C; BGE 139 II 470 (Rüschlikon) E. 4.5; BGE 140 II 428 (Dagmersellen) E. 3.4.

<sup>19</sup> HÄNNI PETER / ISELI TAMARA, Bauen im geschützten Gewässerraum, erste Urteile, in BR/DC 2015, 88.

<sup>20</sup> FRITZSCHE (Fn. 6), Art. 36a N. 83.

## **II. Erste Urteile des Bundesgerichts**

### **1. Vorbemerkungen**

Das Bundesgericht hat in mehreren Urteilen zum Begriff des dicht überbauten Gebiets Stellung genommen, die nachfolgend darzustellen sind.<sup>21</sup> Dabei handelt es sich um eine Momentaufnahme, da anzunehmen ist, dass bald weitere, präzisierende Urteile folgen werden.

Die bisher ergangenen Urteile betrafen mit Ausnahme von BGer 1C\_62/2015 vom 9. November 2015, wo ein Gestaltungsplan mit Festlegung des Gewässerraumes in Frage stand, Ausnahmegewilligungen nach Art. 41c Abs. 1 lit. a GSchV. Wie dargelegt<sup>22</sup> ist jedoch der in Art. 41a Abs. 4, 41b Abs. 3 und 41c Abs. 1 lit. a GSchV verwendete gewässerschutzrechtliche Begriff des dicht überbauten Gebietes einheitlich auszulegen. Die Urteile betreffen im Übrigen nicht Ausnahmen im bereits festgelegten Gewässerraum, sondern innerhalb des übergangsrechtlichen «Uferstreifens» nach Abs. 2 lit. a und b ÜbBest GSchV 2011. Art. 41c GSchV gilt aber auch für diese Fälle.

### **2. Dagmersellen**

Im Urteil vom 12. Juni 2014<sup>23</sup> war ein Bauvorhaben am Rande des Dorfes Dagmersellen streitig. Die Bauherrschaft beabsichtigte die Erstellung zweier Mehrfamilienhäuser im übergangsrechtlichen Uferstreifen der Wigger (Wohn- und Gewerbezone). Der übergangsrechtliche Gewässerraum (Uferstreifen) umfasst einen Streifen von je 20 m entlang des Gewässers (Abs. 2 lit. a und b ÜbBest. GSchV), welcher durch die Fassaden, eine Sickermulde und überhängende Balkone beansprucht war. Nachdem das Verwaltungsgericht LU (heute Kantonsgericht) die Baubewilligung und die kantonale wasserbau- und gewässerschutzrechtliche Ausnahmegewilligung in Bezug auf die Wigger bestätigt und die Nachbarbeschwerde abgewiesen hatte, hob das Bundesgericht die erteilten Bewilligungen auf. Das Gericht argumentierte zusammengefasst, mit Blick auf das gesamte Gemeindegebiet mit 5000 Ein-

---

<sup>21</sup> In einem weiteren Urteil, nämlich dem Fall «Ringling» in Höngg (BGer 1C\_313/2015 und 315/2015) musste sich das BGer nicht mit dem Gewässerraum befassen, weil die erteilten Bewilligungen schon wegen Widerspruchs zu den Einordnungs- und Gestaltungsgeboten aufzuheben waren.

<sup>22</sup> Siehe vorn I. 1.

<sup>23</sup> BGE 140 II 428 (Dagmersellen, Fn. 3); vgl. auch die Kommentierung in HÄNNI/ISELI (Fn. 19), S. 85 ff.

wohnern sei bei den Baugrundstücken von einem peripher gelegenen Gebiet auszugehen, das nicht als «dicht überbaut» bezeichnet werden könne (E. 8).

### 3. *Rüschlikon*

Im Urteil vom 14. August 2014 war ein Einfamilienhaus im Uferstreifen des Zürichsees (Zone W2D) Gegenstand des Rechtsmittelverfahrens.<sup>24</sup> Da das geplante Einfamilienhaus in einem Abstand von 9,5 bis 12,5m zum Seeufer vorgesehen war, bedurfte es einer Ausnahmegewilligung nach Art. 41c Abs. 1 Satz 2 GSchV. Für ein erstes Projekt hatte die Baudirektion des Kantons Zürich die konzessionsrechtliche Bewilligung verweigert, weil das Bauvorhaben den in der Richtlinie vom 7. Juli 1995 für bauliche Veränderungen auf Landanlagen und für Seebauten vorgesehenen Gewässerabstand nicht einhalte. Diese Verfügung wurde vom Bundesgericht mit Urteil vom 28. März 2013<sup>25</sup> aufgehoben. In der Folge wurden die kommunale Baubewilligung und die gewässerschutzrechtliche Bewilligung der Baudirektion für ein revidiertes Projekt neu erteilt. Der Schweizer Heimatschutz erhob dagegen erfolgreich Rekurs an das Baurekursgericht des Kantons Zürich, welches die erteilten Baubewilligungen aufhob, was das Verwaltungsgericht bestätigte. Das Bundesgericht hiess die von der Bauherrschaft erhobene Beschwerde indessen gut. Das Gericht argumentierte im Wesentlichen (E. 5), die streitbetroffene Bauparzelle liege im Hauptsiedlungsgebiet der Gemeinde, welches selber Teil der dicht überbauten Agglomeration der Stadt Zürich sei. Das Seeufer sei durch eine Mauer hart verbaut und mit Boots- und Badehäusern in dichter Folge überstellt. Daher sei trotz eines rund 100m langen Grünstreifens zwischen den Seebauten und der Seestrasse von einem dicht überbauten Gebiet auszugehen.

### 4. «*Oberrüti*»

Ein drittes Urteil betrifft die Erstellung eines Werkhofes im übergangsrechtlichen Uferstreifen des Schorenbaches in der Industrie- und Gewerbezone von Oberrüti AG mit insgesamt 1500 Einwohnern.<sup>26</sup> Da die Südfassaden der

---

<sup>24</sup> BGE 140 II 437 (Rüschlikon), zusammengefasst in: URP 2014, S. 569 ff., mit Kommentar der Redaktion (RETO SCHMID) und Fotos; vgl. auch die Kommentierung in HÄNNI/ISELI (Fn. 19), S. 84 ff.

<sup>25</sup> BGE 139 II 470 (Rüschlikon).

<sup>26</sup> BGer 1C\_444/2015 vom 14. März 2016.



Abb. 1 Situation «Rüschlikon» / Auszug aus Amtliche Vermessung (www.maps.zh.ch)

geplanten Werkstatt, der Sortierhallen und des Betriebsgebäudes sowie die vorgesehene Terrainaufschüttung in einem Abstand von 6m resp. 4m zum Schorenbach zu liegen kommen sollten, war das Bauvorhaben auf eine Ausnahmebewilligung nach Art. 41c Abs. 1 lit. a GSchV angewiesen.

Die kommunalen und kantonalen Bewilligungen waren erteilt worden. Der Regierungsrat wies Nachbarbeschwerden ab. Das Verwaltungsgericht hob dagegen die erteilten Bewilligungen auf, was das Bundesgericht bestätigte. Das Bundesgericht argumentierte (E. 3.6.4), es ergebe sich aus dem allgemein zugänglichen Agis-Auszug (verfügbar unter [www.ag.ch/geoportal](http://www.ag.ch/geoportal), Karte Gewässer [Bachkataster]), auf den die Vorinstanz im angefochtenen Entscheid verweise, dass das streitbetroffene Areal peripher liege und vom zentrumsnahen Baugebiet durch landwirtschaftliche Nutzflächen abgegrenzt werde. Es stelle weder ein Hauptsiedlungs- noch ein Entwicklungsgebiet dar und sei von beachtlichen Grünräumen umgeben. Die Grundstücke entlang des Schorenbaches seien bis auf eine Parzelle im Westen und das südlich des Baugrundstücks auf der anderen Seite des Schorenbaches liegende Gelände nicht überbaut. Es könne daher nicht von einer Baulücke gesprochen werden. Auch sei nicht weiter massgeblich, dass das Industriegebiet in der Gemeinde Oberrüti weitgehend überbaut sei, da dieses nicht das Gewässer säume, sondern sich entlang der Bahnlinie in Richtung Süden erstrecke. Das Gebiet sei daher nicht dicht überbaut.



Abb. 2 Situation «Oberrüti»

## 5. Hurden (Gemeinde Freienbach)

Im vierten Urteil war der Neubau eines Einfamilienhauses in Hurden, Gemeinde Freienbach SZ streitig, welches auf zwei Seiten vom übergangsrechtlichen Uferstreifen entlang des Kanals zwischen Zürich- und Obersee erfasst ist.

Auszüge aus [www.map.geo.admin.ch](http://www.map.geo.admin.ch)

Der Regierungsrat hob die kommunale und kantonale Bewilligung in Gutheissung der dagegen erhobenen Nachbarbeschwerden auf. Der Entscheid wurde vom Verwaltungsgericht und letztinstanzlich auch vom Bundesgericht bestätigt. Nach Auffassung des Bundesgerichtes liegt kein dicht überbautes Gebiet vor. Die Bauparzelle liege auf einer etwa 31 000 m<sup>2</sup> grossen, locker überbauten Insel, welche von den Hauptsiedlungsgebieten sowohl Pfäffikons als auch Hurdens deutlich abgesetzt ist. Der Uferbereich sei, abgesehen vom Durchstichkanal, mit grösstenteils naturbelassener Ufervegetation besetzt, und Bauten und Anlagen grenzten vorwiegend nicht direkt ans Ufer. Es lasse sich beim betroffenen Gebiet auch nicht von einem der Verdichtung dienenden Entwicklungsschwerpunkt sprechen.



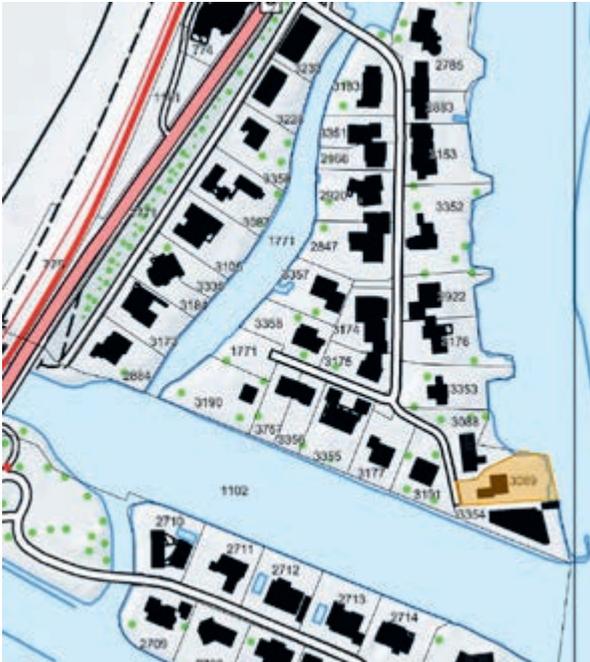


Abb. 3 Situation «Hurden»

## 6. *Gestaltungsplan «Bächlipark» Wollerau*

Das bisher ergangene fünfte Urteil<sup>27</sup> bezieht sich hinsichtlich des dicht überbauten Gebietes nicht auf ein konkretes Bauprojekt, sondern den Gewässer- raum im Perimeter eines bereits rechtskräftigen Gestaltungsplanes (Sonder- nutzungsplanes) in der Gemeinde Wollerau SZ (Gestaltungsplan «Bächlipark»). Der Gestaltungsplan mit einem Perimeter von 21 700 m<sup>2</sup> bezweckt die etap- penweise Überbauung des Plangebiets mit neun Mehrfamilienhäusern sowie einem Dienstleistungsgebäude. Im Gestaltungsplangebiet fließen zwei Bäche in einem weiteren Bach zusammen. Die Genehmigung des Gestaltungs- plans durch den Regierungsrat erfolgte insbesondere unter dem Vorbehalt, dass im Baubewilligungsverfahren der Nachweis der Hochwassersicherheit erbracht wird.

<sup>27</sup> BGer 1C\_62/2015 («Bächlipark» Wollerau) vom 9. November 2015.

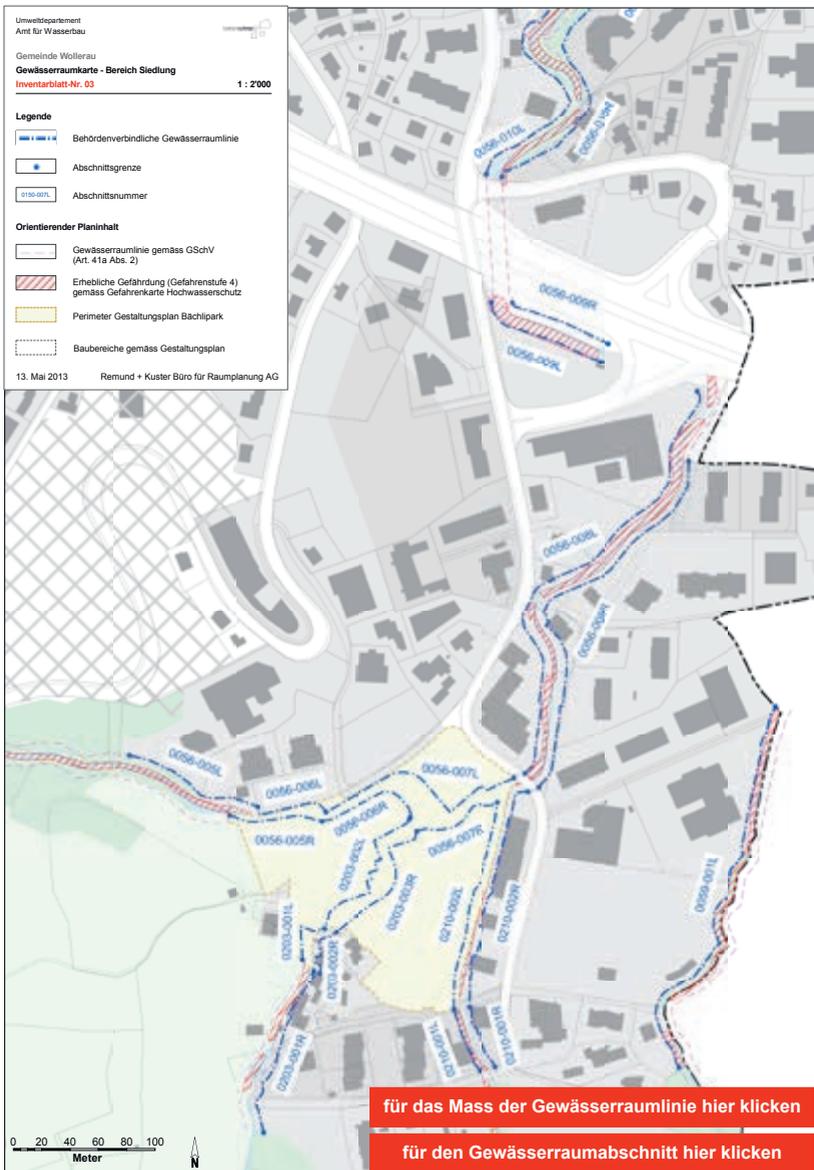


Abb. 4 Situation «Wollerau»

Die Bäche sind kanalisiert und teilweise eingedolt. Im Rahmen des Wasserbauprojektes ist vorgesehen, die Betonprofile zu entfernen und die Bäche soweit als möglich offen zu legen und zu renaturieren. Die Bachläufe sollten zudem aus baulichen und hydraulischen Überlegungen angepasst und umgelegt werden. Die drei Bäche weisen eine Gerinnesohle von weniger als 2 m natürlicher Breite auf. Die im Gestaltungsplan verbindlich festgelegten Gewässerräume (gemessen ab den neu gestalteten Bachläufen) wurden spezifisch auf die Bebauung des Areals abgestimmt und variieren in der Breite zwischen 7 und 20 m (statt mindestens 11 m, Art. 41a Abs. 2 lit. a GSchV).

Der Gestaltungsplan wurde vom Regierungsrat am 17. April 2012, also nach Inkrafttreten der bundesrechtlichen Bestimmungen zum Gewässerraum genehmigt. Die Genehmigung ist rechtskräftig. Gegen daraus folgende Renaturierungsprojekt wurde Einsprache erhoben, diese aber abgewiesen. Streitig war im Rechtsmittelverfahren, ob sich der rechtskräftige Gestaltungsplan mit Gewässerräumen von 7–20 m als rechtmässig erweise, was unter dem Aspekt der Nichtigkeit zu prüfen war. Das Bundesgericht argumentierte, beim streitbetroffenen Gestaltungsplangebiet handle es sich um eine ehemalige überbaute Industriezone mit kanalisierten und eingedolten Gewässern, und die nördliche, östliche und südliche Umgebung des Gebiets sei weitgehend überbaut. Es hielt diesen Schluss der Vorinstanz als «zumindest vertretbar» und nicht als «offensichtlich unrichtig». Der Gestaltungsplan leide nicht an einem besonders schwerwiegenden inhaltlichen Mangel, welcher die Nichtigkeit bewirke.

Hierzu ist allerdings zu bemerken, dass die Grundstücke im Perimeter des Gestaltungsplanes nur teilweise überbaut waren und die alten Industriegebäude abgebrochen werden sollten. Das Gestaltungsplangebiet liegt am Rande der Gemeinde Wollerau. Das Neubaugebiet ist zwar gewiss ein Entwicklungsschwerpunkt. Aber von dichter Überbauung im Sinne der nachfolgenden Ausführungen kann nicht gesprochen werden.

### ***III. Grundsätzliche Kriterien für das dicht überbaute Gebiet***

Die zitierte Rechtsprechung des Bundesgerichts und das Merkblatt<sup>28</sup> ergeben für die Auslegung des Begriffs des dicht überbauten Gebietes die folgenden Kriterien

---

<sup>28</sup> Merkblatt «dicht überbaute Gebiete» (Fn. 16).

## 1. *Massgebend ist die konkrete Bebauungssituation*

Ob das Gebiet «dicht überbaut» ist, beurteilt sich ausschliesslich nach der konkreten Bebauungssituation. Massgebend ist demzufolge die bauliche Nutzung eines bestimmten Uferabschnittes. Dabei ist nicht von entscheidender Bedeutung, ob und wann die bestehenden Gebäude bewilligt worden sind. Wurden sie seinerzeit rechtskräftig bewilligt, haben sie Bestandesschutz. Auch andernfalls gehören sie aber zum baulichen Bestand, wenn sie nämlich zwar illegal erstellt wurden, aber infolge «Ersitzung» nicht mehr beseitigt werden müssen.<sup>29</sup>

Kein massgebliches Kriterium für die dichte Überbauung bildet daher der Umstand, dass der Gewässerabschnitt mit Ufermauern verbaut ist und die Aufwertungsmöglichkeiten im Uferbereich beschränkt sind. Dies kann allenfalls im Rahmen der nach Art. 41c Abs. 1 Satz 2 GSchV gebotenen Interessenabwägung für die Erteilung einer Ausnahmegewilligung sprechen; es genügt aber nicht, um «dicht überbautes Gebiet» zu begründen.<sup>30</sup> Abweichend dazu und unzutreffend bezog das BGer aber im Entscheid BGE 140 II 437 (Rüschlikon) E. 5.4 die ökologische Funktion des Uferabschnitts bzw. die fehlenden Aufwertungsmöglichkeiten in die Begriffsbestimmung «dicht überbaut» ein.<sup>31</sup>

Ebenso reichen behördliche Planungsabsichten, eine Sondernutzungsplanung oder die Lage in einer Bauzone allein für die Annahme eines dicht überbauten Gebiets nicht aus.<sup>32</sup> Auch darf nicht aus dem (allgemeinen) Interesse an einer Verdichtung auf das Vorliegen eines dicht überbauten Gebiets geschlossen werden.<sup>33</sup> Insoweit wird das raumplanungsrechtliche Gebot innerer Verdichtung durch die Bestimmungen zum Gewässerraum eingeschränkt.

<sup>29</sup> Vgl. zur «Ersitzung» schon BGE 107 Ia 123 sowie FRITZSCHE CHRISTOPH / BÖSCH PETER / WIPF THOMAS, Zürcher Planungs- und Baurecht, 5. Auflage, 2011, 486.

<sup>30</sup> BGE 140 II 42 (Dagmersellen) E. 8.1; BGer 1C\_444/2015 (Oberrüti) E. 3.6.4.

<sup>31</sup> Vgl. dazu die berechtigte Kritik von RETO SCHMID, Urteilsanmerkungen, 586 f.

<sup>32</sup> STUTZ (Fn. 3), S. 103; FRITZSCHE (Fn. 6) mit weiteren Hinweisen; Merkblatt «dicht überbaute Gebiete» (Fn. 16), S. 3.

<sup>33</sup> VGer ZH VB.2013.00340 vom 5. September 2013 E. 4.5.1.

## **2. *Der Betrachtungsperimeter ist genügend gross zu wählen***

Eine sachgerechte Planung des Gewässerraums und daher auch der Begriff des dicht überbauten Gebietes setzen einen genügend gross gewählten Betrachtungsperimeter voraus.<sup>34</sup> Daher darf der Blick nicht ausschliesslich auf eine konkrete Bauparzelle und die unmittelbar angrenzenden Parzellen gerichtet werden. Vielmehr ist eine Gesamtbetrachtung anzustellen, mit Blick auf die bestehende Baustruktur des Gemeindegebietes. Betrachtungsperimeter ist – zumindest in kleineren Gemeinden – in der Regel das ganze Gemeindegebiet. Dabei liegt allerdings der Fokus auf dem Land entlang dem Gewässer und nicht (wie beim raumplanerischen Begriff des weitgehend überbauten Gebiets) auf dem Siedlungsgebiet als Ganzem.<sup>35</sup> Vgl. zum sehr weit gefassten Betrachtungsperimeter im Urteil Rüschlikon (SCHMID).<sup>36</sup>

## **IV. *Fallgruppen***

### **1. *Zuerst eine grobe Annäherung***

Im Sinne einer groben Annäherung liegt dicht überbautes Gebiet vor, wenn die Grundstücke in der Umgebung baulich weitgehend ausgenützt sind, das zur Bebauung geplante Grundstück in einer Kernzone oder Zentrumszone liegt, in der Umgebung des zur Bebauung geplanten Grundstücks bereits viele Bauten und Anlagen im Uferstreifen bzw. Gewässerraum stehen oder die Bauparzelle eine Baulücke bildet.<sup>37</sup>

Das bedarf der Konkretisierung:

---

<sup>34</sup> STUTZ HANS W., Urteilsanmerkungen zum Urteil des VerwG Aargau WNO2012.2 vom 27. September 2012, in: URP 2013, S. 163.

<sup>35</sup> Merkblatt «dicht überbaute Gebiete» (Fn. 16), S. 3, 4, Abschnitt B; BGE 140 II 428 (Dagmersellen) E. 7; 140 II 437 (Rüschlikon II) E. 5.1; BGer 1C\_444/2015 (Oberrüti).

<sup>36</sup> Fn. 24.

<sup>37</sup> STUTZ (Fn. 3), S. 104; FRITZSCHE (Fn. 6, mit weiteren Hinweisen).

## 2. *Zentrumsgebiete*

Typische Fälle dichter Überbauung sind Ortsteile mit zentrumsbildenden Funktionen.<sup>38</sup> Der Verordnungsgeber wollte eine Anpassung des Gewässerraums bzw. Ausnahmegewilligungen vor allem in dicht überbauten städtischen Quartieren und Dorfzentren zulassen, die (wie zum Beispiel städtische Quartiere in Basel am Rhein oder in Zürich an der Limmat) von Flüssen durchquert werden, wo die Ausscheidung eines Gewässerraums nicht oder nur den Gegebenheiten angepasst sinnvoll ist. In solchen Gebieten sollen die raumplanerisch erwünschte städtebauliche Verdichtung und die Siedlungsentwicklung nach innen ermöglicht und Baulücken geschlossen werden können. Dicht überbaut in diesem Sinne können auch traditionell gewachsene Dorfzentren in ländlichen Gebieten sein.<sup>39</sup>

## 3. *Periphere Gebiete*

Ausserhalb der dicht überbauten Zentren, z.B. auch in locker überbauten Aussenquartieren, besteht regelmässig kein überwiegendes Interesse an einer verdichteten Überbauung. Hier muss daher der minimale Raumbedarf des Gewässers gemäss Art. 41a Abs. 2 und Art. 41b Abs. 1 GSchV respektiert und von nicht standortgebundenen Anlagen freigehalten werden.<sup>40</sup> Von solchen Verhältnissen ging das BGer zu Recht in den Urteilen Dagmersellen (BGE 140 II 428 E. 7), Hurden (BGer 1C\_473/2015) und Oberrüti (BGer 1C\_444/2015) aus. Das Gericht befand in diesen Urteilen, mit Blick auf das gesamte Gemeindegebiet handle es sich um peripher gelegene Gebiete, die nicht als «dicht überbaut» bezeichnet werden könnten. Und ausdrücklich hielt das Gericht fest: Der Verordnungsgeber hat mit dem Begriff «dicht überbaut» zum Ausdruck gebracht, dass eine «weitgehende» Überbauung wie in Art. 36 Abs. 3 RPG nicht genügt.<sup>41</sup> Die Anforderungen an das «dicht» überbaute Gebiet sind demzufolge strenger.

<sup>38</sup> Merkblatt «dicht überbaute Gebiete» (Fn. 16), S. 4, auch zum Folgenden; Erläuternder Bericht, 13 und 15; BGer 1C\_473/2015 (Hurden) E. 5.2.

<sup>39</sup> BGE 140 II 428 (Dagmersellen) E. 3.2 und 7.

<sup>40</sup> BAFU, Erläuternder Bericht (Fn. 15), S. 14.

<sup>41</sup> BGE 140 II 428 (Dagmersellen) E. 7; BGer 1C\_473/2015 (Hurden) E. 5.2.

#### 4. Gebiete mit Baulücken

Eingezonte Gebiete, in denen sich keine oder nur vereinzelte Bauten befinden, gelten in der Regel als nicht dicht überbaut. Davon besteht aber dann eine Ausnahme, wenn eigentliche Baulücken vorliegen oder eine zweckmässige bauliche Nutzung der noch unüberbauten oder wenig überbauten Parzellen verhindert wird und die Umgebung dicht überbaut ist, oder es sich um ein übergeordnet festgelegtes Verdichtungsgebiet handelt und ein Interesse besteht, den Gewässerraum dort verdichtet zu überbauen.<sup>42</sup>

Es muss mithin ein Bedarf bestehen, Baulücken zu schliessen.<sup>43</sup> Zum Begriff der Baulücke kann auf die Rechtsprechung zu Art. 15 lit. a RPG bzw. Art. 36 Abs. 3 RPG verwiesen werden. Hierzu hielt das Bundesgericht in BGE 132 II 218 E. 4.2 (mit Hinweisen) fest, Baulücken seien einzelne unüberbaute Parzellen, die unmittelbar an das überbaute Land angrenzten, in der Regel bereits erschlossen seien und eine relativ geringe Fläche aufwiesen. Die Nutzung der Baulücke werde vorwiegend von der sie umgebenden Überbauung geprägt; das unüberbaute Land müsse also zum geschlossenen Siedlungsbereich gehören, an der Siedlungsqualität teilhaben und von der bestehenden Überbauung so stark geprägt sein, dass sinnvollerweise nur die Aufnahme in die Bauzone in Frage komme. Davon abzuweichen, besteht im gewässerschutzrechtlichen Zusammenhang kein Anlass.

Von dieser Betrachtungsweise ging auch das Zürcher Verwaltungsgericht im Fall Rüschrlikon aus, als es – im Unterschied zum nachfolgenden Urteil des Bundesgerichts<sup>44</sup> – argumentierte, das Gebiet sei nicht «dicht überbaut».<sup>45</sup> Das Gericht gibt in Ziffer 4.5 seiner Erwägungen in zustimmendem Sinn die Ausführungen der Vorinstanz wieder, wonach mit Art. 41c Abs. 1 GSchV «eine Siedlungsentwicklung nach innen und eine aus Sicht der Raumplanung erwünschte, städtebauliche Verdichtung ermöglicht» werden solle. Eine solche Verdichtung solle aber gerade nur in bereits dicht überbauten Gebieten ermöglicht werden. Es dürfe daher nicht aus dem (allgemeinen) Interesse an einer Verdichtung auf das Vorliegen eines dicht überbauten Gebiets im Sinn von Art. 41c Abs. 1 GSchV geschlossen werden. Vielmehr sei ein solcher Schluss nur dann zulässig, wenn im vorliegenden Fall ein überwiegendes Interesse an einer städtebaulichen Verdichtung bestehe.

<sup>42</sup> Merkblatt «dicht überbaute Gebiete» (Fn. 16), S. 6 f.

<sup>43</sup> Merkblatt «dicht überbaute Gebiete» (Fn. 16), Grundsatz 2, Bsp. 3; HÄNNI/ISELI (Fn. 19), S. 88.

<sup>44</sup> BGE 140 II 437.

<sup>45</sup> VerwGer ZH VB.2013.00340 vom 5. September 2013 E. 4.5.4, mit zahlreichen Hinweisen auf Rechtsprechung und Literatur.

Eine solche bauliche Verdichtung war aber entlang des Seeufers von Rüschlikon gerade nicht das Ziel<sup>46</sup>. Das Baugrundstück liegt nicht im Zentrum von Rüschlikon, sondern am Rande des Siedlungsgebietes, nämlich beinahe an der Grenze zu Thalwil, und weder in einer Kern- noch in einer Zentrumszone, sondern der Wohnzone W2 D, wo die niedrigste Überbauungsziffer von bloss 17 Prozent gilt<sup>47</sup>. Demzufolge wird dort eine lockere Überbauung angestrebt. Auch die Siedlungsqualität spricht nicht für eine Überbauung des Grundstücks.<sup>48</sup> Vielmehr hat das Bundesgericht selbst in seinem Urteil, welches ein früheres Projekt auf demselben Baugrundstück betraf, das Interesse der Öffentlichkeit an einem erleichterten Zugang zu den Gewässern hervorgehoben<sup>49</sup>, das gegen eine Überbauung der Grundstücke am See spreche. Und auffallend an den tatsächlichen Verhältnissen in Rüschlikon ist auch, dass zwischen den beiden grossen, villenartigen Gebäuden am See ein Streifen von rund 100m (mit dem Baugrundstück) liegt, der bloss mit kleinen Badehäusern (teilweise im Seegebiet) baulich genutzt wird (vgl. den Auszug aus der amtlichen Vermessung oben S. 767). Von einem dicht überbauten Gebiet kann in diesem Raum nicht die Rede sein.

Und dennoch nahm das BGer im Urteil Rüschlikon<sup>50</sup> dicht überbautes Gebiet an, weil sich das Bauvorhaben im Hauptsiedlungsgebiet der Agglomeration befinde.<sup>51</sup> Im Urteil Hurden<sup>52</sup> nannte das Bundesgericht drei Unterschiede zum Ufergebiet von Rüschlikon, nämlich dessen Lage im Hauptsiedlungsgebiet, die harte Verbauung durch eine Ufermauer und die Boots- und Badehäuser direkt am See. Die Boots- und Badehäuser erwecken aber höchstens vom See her den Eindruck einer geschlossenen Überbauung.<sup>53</sup> Sie können auch deshalb nicht als Überbauung der Grundstücke angesehen werden, weil sie zumeist im Seegebiet gelegen sind und mit Bezug auf die dahinter gelegenen Parzellen als derart untergeordnet erscheinen, dass diese nicht als überbaut, geschweige denn als dicht überbaut erscheinen.

Und sodann: Die Verbauung durch eine Ufermauer kann für eine dichte Überbauung kein Kriterium sein. Sie ist nicht schon bei der Beurteilung der Überbauungssituation, sondern erst im Rahmen der Interessenabwägung relevant, welche erst dann vorzunehmen ist, wenn ein dicht überbautes Gebiet

---

<sup>46</sup> Vgl. dazu auch HÄNNI / ISELI (Fn. 19), S. 82 ff.

<sup>47</sup> Art. 18 BZO.

<sup>48</sup> Vgl. Merkblatt «dicht überbaute Gebiete» (Fn. 16).

<sup>49</sup> BGE 139 II 470 (Rüschlikon) E. 4.5.

<sup>50</sup> BGE 140 II 437.

<sup>51</sup> HÄNNI / ISELI (Fn. 19), S. 88.

<sup>52</sup> BGer 1C\_473/2015 vom 22. März 2016 E. 5.7.

<sup>53</sup> Vgl. die Fotos in: URP 2014, S. 583.

vorliegt.<sup>54</sup> Dasselbe trifft für das Argument zu, der bestehende Grünraum sei aufgrund der Verbauung des Ufers aus ökologischer und gewässerschutzrechtlicher Sicht nicht besonders wertvoll. Der Gewässerraum soll den Raumbedarf des Gewässers langfristig sichern und ist grundsätzlich unabhängig vom Bestehen konkreter Revitalisierungs- oder Hochwasserschutzprojekte freizuhalten.

Hauptargument für das BGer im Urteil Rüschtikon war denn auch die Lage im Hauptsiedlungsgebiet der Agglomeration entlang des Zürichsees, das von Zürich bis Horgen, über die Gemeindegrenzen hinweg, dicht überbaut sei. Mit dieser sehr grossflächigen Betrachtungsweise hat sich die Rechtsprechung des BGer von der ursprünglichen Vorstellung des Bundesrates entfernt, wonach nur Städte oder Dorfzentren, z. B. städtische Quartiere in Basel am Rhein oder in Zürich an der Limmat als dicht überbaut erwähnt werden.<sup>55</sup> Und es hat sich auch entfernt von seiner eigenen Haltung, wonach der Begriff des dicht überbauten Gebietes restriktiv auszulegen sei.<sup>56</sup>

## **5. Siedlungsinterne oder siedlungsnahe Grünräume**

Nicht «dicht überbaut» sind Gebiete innerhalb eines bedeutenden, siedlungsinternen oder siedlungsnahen Grünraums. Auch dort ist der Gewässerraum auszuscheiden.<sup>57</sup> Dasselbe gilt für Gebiete mit ökologischer oder landschaftlicher Bedeutung im Ist-Zustand oder nach getroffenen Aufwertungsmassnahmen.<sup>58</sup> Nicht dicht überbaut ist daher etwa ein mehr oder weniger freies durchgrüntes Ufergelände von ca. 70m Länge in einer Erholungszone, auf dem sich lediglich kleinere (See-)Bauten befinden.<sup>59</sup>

---

<sup>54</sup> Vgl. vorstehend III.1.

<sup>55</sup> BAFU, Erläuternder Bericht, 12 f.; der Wille des historischen Gesetzgebers ist insbesondere auch bei jungen Gesetzes- oder Verordnungsbestimmungen (wie dies bei Art. 41a–c GSchV der Fall ist) von erheblicher Bedeutung und darf nicht ohne Weiteres übergangen werden (HÄFELIN / MÜLLER / UHLMANN [Fn. 6], Rz. 181).

<sup>56</sup> Vgl. im Detail und mit kritischer Würdigung RETO SCHMID, Anmerkungen zum Urteil Rüschtikon, in: URP 2014, S. 582 ff. und HÄNNI / ISELI (Fn. 19), S. 84 ff.

<sup>57</sup> VGer ZH VB.2013.00340 vom 5. September 2013 E. 4.5.4.

<sup>58</sup> ARE / BAFU / BPUK, Merkblatt «dicht überbaute Gebiete» (Fn. 16), S. 4, 5, Kriterienliste; BGE 140 II 428 E. 3.4.

<sup>59</sup> Baurekursgericht ZH BRGE II Nr. 00312/2014 vom 11. März 2014 E. 4.2.2.

## 6. *Neubauggebiete*

Erst recht ist für eigentliche Neubauggebiete (auch innerstädtische) der Gewässerraum entsprechend den bundesrechtlichen Mindestvorgaben festzusetzen.

Allerdings können entsprechend dem Merkblatt «dicht überbaute Gebiete»<sup>60</sup> nicht oder nur vereinzelt bebaute Gebiete ausnahmsweise im Rahmen einer Sondernutzungsplanung als dicht überbaut gelten, sofern folgende Voraussetzungen kumulativ gegeben sind: Der Planung liegt ein übergeordnetes Konzept zugrunde (Richt- oder Nutzungsplanung). Eine Realisierung der Planung ausserhalb des festzulegenden Gewässerraumes ist nicht möglich. Und es werden Lösungen zu einer möglichst grossen Schonung bzw. Integration des Gewässers in die neu zu gestaltende Überbauung gesucht.<sup>61</sup>

Für diese Auffassung mag es gute Gründe geben. Doch eine Stütze in Wortlaut und Sinn von Art. 41a bzw. 41b GSchV findet sich dazu nicht. Wie dargelegt<sup>62</sup> beurteilt sich die Frage der dichten Überbauung nach der konkreten Bebauungssituation, nicht planerischen Grundlagen und planerischen Absichten. Zumeist wird der minimale Gewässerraum ohnehin festgelegt werden können, wie dies auch im Beispiel 6 des Merkblattes «dicht überbaute Gebiete» der Fall ist.

## 7. *Würdigung*

Der Begriff des «dicht überbauten Gebietes» erweist sich als zu unbestimmt und erschwert den einheitlichen Vollzug des Bundesrechts. Andererseits ist der Begriff auch zu eng, weil er Anpassungen des Gewässerraums (Art. 41a Abs. 4 und 41b Abs. 3 GSchG) und Ausnahmen im Gewässerraum (Art. 41c Abs. 1 GSchV) ausserhalb solcher Gebiete nicht zulässt. Das hat der Bundesrat insoweit anerkannt, als seit 1. Januar 2016 auch Ausnahmen für land- und forstwirtschaftliche Spur- und Kieswege (Art. 41c Abs. 1 lit. b GSchV) und standortgebundene Teile von Anlagen, die der Wasserentnahme oder Einleitung dienen (Art. 41c Abs. 1 lit. c GSchV), möglich werden, welche nicht an die Voraussetzung des dicht überbauten Gebietes gebunden sind.

---

<sup>60</sup> Fn. 16.

<sup>61</sup> Merkblatt «dicht überbaute Gebiete» (Fn. 16), Grundsatz 3, Bsp. 6.

<sup>62</sup> Vgl. vorn III.1.

Im Rahmen der öffentlichen Urteilsberatung im Fall Dagmersellen<sup>63</sup> kritisierte das BGer denn auch, dass der Bundesrat in der GSchV den Begriff «dicht überbautes Gebiet» gewählt hatte. Weil sich Widerstand von Gemeinden und der Bevölkerung abzeichnete, sei das erwähnte Merkblatt verfasst worden. Die Richter bemängelten dieses Vorgehen, sei es doch Aufgabe des Bundesrats, anwendbare Verordnungen zu erlassen und nicht Merkblätter zu formulieren. Unklare Gesetze und Verordnungen liessen sich nicht mit Merkblättern korrigieren, wichtig sei vielmehr eine sorgfältige Gesetzgebung.<sup>64</sup> HÄNNI/ISELI<sup>65</sup> heben denn auch den deutlich erkennbaren Willen des Bundesgerichts hervor, dem Gesetzesvorrang Nachachtung zu verschaffen. Merkblätter und Richtlinien dürften nicht angewendet werden, wenn der Wille und die Zielsetzungen des Gesetzgebers dadurch gefährdet würden oder sogar die Gefahr bestehe, dass dieser unterlaufen werde.

Per 1. Mai 2017 sollen weitere Ordnungsänderungen in Kraft treten.<sup>66</sup> Unter anderem sollen zonenkonforme Anlagen auch ausserhalb von dicht überbauten Gebieten auf einzelnen unüberbauten Parzellen innerhalb einer Reihe von mehreren überbauten Parzellen bewilligt werden können.<sup>67</sup> Das ermöglicht beschränkte Ausnahmen auch etwa in Aussenquartieren, wo kaum ein Interesse an einer baulichen Verdichtung besteht. Der Bundesrat begründet dies damit, dass auch ausserhalb von dicht überbautem Gebiet Situationen auftreten können, bei denen die Freihaltung des Gewässerraums auf einzelnen, un bebauten Parzellen entlang des Gewässers auf lange Sicht keinen Nutzen für das Gewässer bringen kann. Dies weil die Raumverhältnisse für das Gewässer ohnehin auf Grund von bestehenden Anlagen mit Bestandschutz langfristig beeengt bleiben. Art. 41c Abs. 1 lit. a<sup>bis</sup> GSchV solle daher neu das Schliessen solcher Baulücken ermöglichen. In der Regel seien diese Baulücken sofort oder kurzfristig bebaubar. Ausserdem seien Erschliessungseinrichtungen ausreichend vorhanden oder könnten ohne erheblichen Aufwand hergestellt werden.<sup>68</sup>

Die Ordnungsänderung ist im Grundsatz zu begrüessen, weil sie das Thema des dicht überbauten Gebietes etwas entschärft. Das Bundesgericht

<sup>63</sup> In BGE 140 II 428 nicht publizierte Erwägungen.

<sup>64</sup> JUD BARBARA, Ausnahmebewilligungen – Gewässerraum beschäftigt das Bundesgericht, in: INFORAUM 6/2014, 6.

<sup>65</sup> Vgl. Fn. 19, 89.

<sup>66</sup> Entwurf des Bundesrates vom 23. Mai 2016, in: [www.admin.ch/Bundesrecht/abgeschlossene/Vernehmlassungen/UVEK](http://www.admin.ch/Bundesrecht/abgeschlossene/Vernehmlassungen/UVEK).

<sup>67</sup> Art. 41c Abs. 1 lit. a<sup>bis</sup> des Entwurfes.

<sup>68</sup> Erläuternder Bericht vom 23. Mai 2016 zur Änderung der GSchV, Teil des Verordnungspakets Umwelt Frühling 2017; vgl. dazu auch den Beitrag von BERENICE ITEN in diesem Heft.

ist davon befreit, den Begriff extensiv auszulegen, wie dies im Fall Rüschi-Kon geschehen ist. Andererseits lässt die angestrebte Verordnungsänderung auch das Eingeständnis erkennen, dass mit dem unbestimmten Rechtsbegriff des dicht überbauten Gebiets ein Ansatz gewählt worden ist, der letztlich nicht zu überzeugen vermag.

Insbesondere lassen sich aber mit der Voraussetzung des «dicht überbauten Gebietes» die Probleme siedlungsinterner Neubaugebiete nicht lösen. Dort ist das Gebiet in der Regel nicht oder (weil das Bestehende abgebrochen wird) nicht mehr dicht überbaut, und es besteht ein hohes öffentliches Interesse an der inneren Verdichtung. Diesem Anliegen vermögen aber der Begriff des dicht überbauten Gebietes und auch die angedachte Revision der GSchV mit der «Reihe von mehreren unüberbauten Parzellen» nicht zu entsprechen.

Daher stellen die aktuelle Rechtslage und auch die Revision der GSchV nach wie vor ein Hindernis für die Verdichtung bestehender Siedlungen dar. Die Ausnahmeregelungen von Art. 41a Abs. 4, 41b Abs. 3 und 41c Abs. 1 lit. a GSchV mit der Voraussetzung des «dicht überbauten Gebietes» sind wohl zu restriktiv ausgefallen, woran der neu vorgeschlagene Art. 41c Abs. 1 lit. a<sup>bis</sup> GSchV nichts zu ändern vermag. Richtig wäre wohl, Abweichungen in allen zur dichten Überbauung vorgesehenen Arealen zuzulassen, unabhängig davon, ob sie schon überbaut sind oder nicht.<sup>69</sup> Voraussetzung müsste allerdings sein, dass im Rahmen einer umfassenden Interessenabwägung eine unter den Aspekten der Raumplanung (innere Verdichtung; vgl. insbesondere Art. 1 Abs. 2a<sup>bis</sup> und b sowie Art. 3 Abs. 3a<sup>bis</sup> RPG) und den ebenso öffentlichen Interessen an einem angemessenen Gewässerraum (Ziele von Art. 36a GSchG) und der Revitalisierung von Gewässern (Art. 38a GSchG) ein sinnvoller Ausgleich gefunden wird. Eine Reduktion des Gewässerraums ist nur insoweit denkbar, als ansonsten eine raumplanungsrechtliche erwünschte Verdichtung verunmöglicht oder unzumutbar eingeschränkt wird.

Mit einer in diesem Sinne offenen Formulierung wäre auch eine Überbauung in der Art des «Bächliparks»<sup>70</sup> bewilligungsfähig, ohne den Begriff das dicht überbauten Gebietes abweichend vom Willen des Verordnungsgebers zu überdehnen.

---

<sup>69</sup> MUGGLI RUDOLF, Verdichtet bauen! – Postulat und Rechtswirklichkeiten, Schweizerische Baurechtstagung 2013 (2012), 163.

<sup>70</sup> Vgl. Fn 27.