

| | |
|---------------------|--|
| Dokument | URP 2014 S. 218 |
| Autor | Christoph Fritzsche |
| Titel | Entschädigungspflicht aus materieller Enteignung infolge der Festsetzung von Gewässerräumen |
| Publikation | Umweltrecht in der Praxis |
| Herausgeber | Vereinigung für Umweltrecht (VUR) |
| Frühere Herausgeber | |
| ISSN | 1420-9209 |
| Verlag | Vereinigung für Umweltrecht |

URP 2014 S. 218

Entschädigungspflicht aus materieller Enteignung infolge der Festsetzung von Gewässerräumen

Wesentlich gekürzte Fassung des zuhanden der Baudirektion des Kantons Zürich, Amts für Abfall, Wasser, Energie und Luft (AWEL) erstellten Gutachtens

Christoph Fritzsche, lic. iur./SIA, FRITZSCHE BAURECHT, Rebbergstrasse 134, 8706 Feldmeilen

URP 2014 S. 218, 219

Résumé

L'espace réservé aux eaux conformément à l'art. 36a LEaux respectivement aux art. 41a et 41b OEaux doit être déterminé de façon contraignante par les cantons en recourant aux instruments de la planification d'affectation. Dans ce contexte, il s'agit de mettre en application le principe général de la pesée des intérêts, applicable aux activités ayant une incidence sur le territoire. Le droit fédéral définit de manière exhaustive qu'à l'intérieur de l'espace réservé aux eaux, les nouvelles installations et les utilisations agricoles sont seulement admissibles de manière très limitée. Par là même, le droit fondamental de la garantie de la propriété est touché. Cependant, comme pour les autres mesures restreignant la propriété, la règle de base qui s'applique est que l'absence d'indemnisation constitue la règle, alors que l'existence d'une expropriation matérielle représente l'exception. Une éventuelle prétention à une indemnité est dirigée contre la collectivité publique qui a ordonné la mesure de planification (canton ou commune). Les rives au sens de l'al. 2 des

URP 2014 S. 218, 220



dispositions transitoires relatives à l'OEaux ne sont pas constitutives d'une expropriation matérielle.

Zusammenfassung

Der Gewässerraum gemäss Art. 36a GSchG bzw. Art. 41a und 41b GSchV ist durch die Kantone mit Instrumenten der Nutzungsplanung grundeigentümergebunden festzulegen. Dabei gilt das für raumwirksame Tätigkeiten generelle Gebot pflichtgemässer Interessenabwägung. Das Bundesrecht bestimmt abschliessend, dass innerhalb des Gewässerraums nur sehr beschränkt neue Anlagen und landwirtschaftliche Nutzungen zulässig sind. Dadurch wird das Grundrecht der Eigentumsgarantie berührt. Wie bei andern eigentumsbeschränkenden Massnahmen gilt indessen als Grundregel, dass die Entschädigungslosigkeit der Regelfall, das Vorliegen einer materiellen Enteignung dagegen die Ausnahme darstellt. Ein allfälliger Entschädigungsanspruch richtet sich gegen das Gemeinwesen, das die Planungsmassnahme angeordnet hat (Kanton oder Gemeinde). Der Uferstreifen gemäss Abs. 2 der Übergangsbestimmungen zur GSchV bewirkt keine materielle Enteignung.

I. Bundesgesetzliche Vorgaben für den Gewässerraum

1. Ausscheidung von Gewässerraum

Gemäss Art. 36a Abs. 1 des per 1. Januar 2011 revidierten 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, den Schutz vor Hochwasser sowie die Gewässernutzung (Abs. 1). Art. 41a und 41b GSchV enthalten Mindestanforderungen an die Breite des Gewässerraums für Fließgewässer einerseits (Art. 41a GSchV) und stehende Gewässer andererseits (Art. 41b GSchV). Solange die Kantone den Gewässerraum nicht festgelegt haben, wofür Ihnen eine Frist bis zum 31. Dezember 2018 zur Verfügung steht, gilt im Sinne von zwingendem, direkt anwendbarem Bundesrecht entlang von Gewässern ein in Metern festgeschriebener Uferstreifen (Abs. 1 und 2 der Übergangsbestimmungen zur Änderung der Gewässerschutzverordnung vom 4. Mai 2011).

Der Gewässerraum ist mit Massnahmen der Nutzungsplanung individuell-konkret und grundeigentümergebunden auszuschneiden. Die Kantone haben bei der Umsetzung einen gewissen Spielraum.

Es sind die

URP 2014 S. 218, 221

bundesrechtlichen Vorgaben für die Nutzungsplanung und insbesondere das für raumwirksame Tätigkeiten generell geltende Gebot der Interessenabwägung (Art. 3 RPV) zu beachten.¹

2. Zulässige Nutzungen im Gewässerraum

Der Gewässerraum darf nur extensiv gestaltet und bewirtschaftet werden (Art. 36a GSchG). Gemäss den konkretisierenden Bestimmungen in Art. 41c GSchV dürfen im Gewässerraum grundsätzlich nur standortgebundene, im öffentlichen Interesse liegende Anlagen neu erstellt werden, wobei zur Füllung von Baulücken in dicht überbauten Gebieten Ausnahmen von diesem Grundsatz möglich sind (Abs. 1). Gemäss Abs. 2 gilt eine eng begrenzte Bestandesgarantie (vgl. Ziff. 1.3). Abs. 3 enthält ein weitgehendes

¹ Vgl. Stutz Hans W., Uferstreifen und Gewässerraum – Umsetzung durch die Kantone, «Umweltrecht in der Praxis», 2/2012, S. 122 f.; BAFU, Erläuternder Bericht zur Parlamentarischen Initiative Schutz und Nutzung der Gewässer (07.492) – Änderung der Gewässerschutz-, Wasserbau-, Energie- und Fischereiverordnung, Bern 2011; vgl. hinten Ziff. II.5.

Verbot, Dünger und Pflanzenschutzmittel auszubringen. Der Gewässerraum darf landwirtschaftlich genutzt werden, sofern die Nutzung bestimmten Anforderungen der DZV² an ökologische Ausgleichsflächen entspricht (Abs. 4). Abs. 5 und 6 enthalten hier nicht im Detail wiederzugebende Ausnahmen. Die Vorschriften über die im Gewässerraum zulässigen Nutzweisen in Art. 41c GSchV sind abschliessendes Bundesrecht. Den Kantonen ist verwehrt, eigene Vorschriften hierzu aufzustellen.

3. Zur Bestandesgarantie

Rechtmässig erstellte und bestimmungsgemäss nutzbare Anlagen sind in ihrem Bestand grundsätzlich geschützt (Art. 41c Abs. 2 GSchV). Dies gilt nicht nur für Anlagen im Gewässerraum, sondern auch für solche innerhalb des Uferstreifens gemäss den Übergangsbestimmungen. Unter diese Besitzstandsgarantie fallen Unterhalts- und – sofern sie der Werterhaltung dienen – auch einfache Erneuerungsarbeiten. Nicht gestattet sind hingegen Umbauten, Erweiterungen oder Nutzungsänderungen.³ Jedenfalls innerhalb der Bau-

URP 2014 S. 218, 222

zonen haben die Kantone Spielraum, eine gegenüber der Bundesregelung weiter gehende Bestandesgarantie ins kantonale Recht aufzunehmen⁴, wovon etwa der Kanton Zürich im Entwurf zum neuen Wassergesetz Gebrauch gemacht hat. Aber bei der Auslegung derartiger kantonaler Vorschriften ist zu berücksichtigen, dass bauliche Massnahmen innerhalb des Gewässerraums oder des Uferstreifens nicht zu dessen weiterer Beanspruchung führen dürfen, weil dadurch die wichtigen öffentlichen Interessen an der Freihaltung von Ufern gefährdet wären. Die Besitzstandsgarantie beschränkt sich daher auch nach kantonalem Recht in der Regel auf rückwärtige Anbauten, interne Aus- und Umbauten oder Nutzungsänderungen⁵, die aber durchaus weiter gehen können als die enge bundesrechtliche Umschreibung.⁶

4. Folgerungen

Die Ausscheidung von Gewässerraum hat sehr weitreichende Baubeschränkungen zur Folge. Abgesehen von standortgebundenen Bauten und Vorhaben im «dicht überbauten Gebiet» (Art. 41c Abs. 1 GSchV) erweisen sich bauliche Massnahmen im Rahmen der eng umschriebenen Besitzstandsgarantie als zulässig (Art. 41c Abs. 2 GSchV). Ebenso wird die sonstige Flächennutzung, namentlich die landwirtschaftliche Bewirtschaftung, eingeschränkt. Eine extensive landwirtschaftliche Nutzung ist gemäss Art. 36a Abs. 3 GSchG und Art. 41c Abs. 4 GSchV erlaubt, eine intensive Nutzung hingegen nicht.⁷

II. Gewässerraum als öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkung

1. Ausgangslage

Mit dem Gewässerraum oder dem Uferstreifen wird durch öffentlich-rechtliche Massnahmen in die Rechtsstellung der betroffenen Grundeigentümerinnen und -eigentümer eingegriffen. Das berührt das Grundrecht der Eigentumsgarantie nach Art. 26 BV. Gemäss dieser Verfassungsbestimmung ist das Eigentum gewährleistet (Abs. 1).

² Verordnung vom 23. Oktober 2013 über die Direktzahlungen an die Landwirtschaft (Direktzahlungsverordnung, DZV; SR 910.13).

³ Massüger Sánchez Sandoval Nina, Bestandesschutz von Bauten und Anlagen innerhalb des Gewässerraums im Kanton Zürich, Zürich 2012, «PBG aktuell», 4/2002, S. 8 (mit Hinweisen).

⁴ BAFU, Erläuternder Bericht (Fn. 2), S. 15.

⁵ So auch Massüger (Fn. 3), S. 23.

⁶ Massüger (Fn. 3), S. 9; BAFU, Erläuternder Bericht (Fn. 1), S. 15.

⁷ Stutz (Fn. 1), S. 109.

Einschränkungen richten sich wie bei andern Grundrechten nach Art. 36 BV. Sie bedürfen einer gesetzlichen

URP 2014 S. 218, 223

Grundlage (Abs. 1). Sie müssen durch ein öffentliches Interesse oder durch den Schutz Dritter gedeckt und verhältnismässig sein (Abs. 2 und 3). Der Kerngehalt der Grundrechte ist unantastbar (Abs. 4). Enteignungen und Eigentumsbeschränkungen, die einer Enteignung gleichkommen, werden voll entschädigt (Art. 26 Abs. 2 BV).

2. Gesetzliche Grundlage

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, den Schutz vor Hochwasser und die Gewässernutzung (Gewässerraum). Diese Bestimmung, welche sich ihrerseits auf Art. 76 BV stützt, ist nicht nur Auftrag des Bundesgesetzgebers an die Kantone, sondern stellt auch die für Eingriffe ins Eigentum erforderliche gesetzliche Grundlage (Art. 36 Abs. 1 BV) dar.⁸

3. Öffentliches Interesse

Gestützt auf Art. 36 Abs. 2 BV dürfen Eigentumsbeschränkungen nur dann erfolgen, wenn sie durch ein die privaten Eigentumsinteressen überwiegendes öffentliches Interesse oder durch den Schutz von Grundrechten Dritter gefordert sind. Dies bedingt eine Interessenabwägung zwischen der beschränkenden Massnahme einerseits und der Eigentumsgarantie andererseits.

Art. 36a GSchG setzt Art. 76 BV (Bundeszuständigkeiten im Bereich Wasser) hinsichtlich des Gewässerraums um. Danach ist der Raumbedarf für die natürlichen Funktionen des Gewässers und für den Schutz vor Hochwasser festzulegen.⁹ Die in Art. 76 BV zum Ausdruck gebrachten Anliegen entsprechen einem gewichtigen öffentlichen Interesse.¹⁰

URP 2014 S. 218, 224

4. Verhältnismässigkeit

Eigentumsbeschränkungen unterliegen sodann dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit (Art. 36 Abs. 3 BV). Dieser Grundsatz verlangt, dass die Bestimmungen, die das Eigentum beschränken, geeignet und auch erforderlich sind, um das angestrebte Ziel zu erreichen. Es muss ein vernünftiges Verhältnis zwischen diesem und den betroffenen öffentlichen und privaten Interessen bestehen.¹¹

Somit müssen drei Aspekte erfüllt sein: Die Eignung, die Erforderlichkeit und die Verhältnismässigkeit von Eingriffszweck und Eingriffswirkung. Geeignet ist eine staatliche Handlung dann, wenn der im öffentlichen Interesse liegende Zweck auch erreicht werden kann. Unter dem Aspekt der Erforderlichkeit wird (soweit hier wesentlich) verlangt, dass der Eingriff sachlich und räumlich nicht über das Notwendige hinausgeht. Schliesslich muss sich der Eingriffszweck im Verhältnis zur Eingriffswirkung im konkreten Fall bewähren, das heisst für den oder die Betroffenen zumutbar sein. Es ist zu prüfen, ob das konkrete Ziel in einem vernünftigen Verhältnis zur hierfür notwendigen Freiheitsbeschränkung steht.¹²

⁸ Stutz (Fn. 1), S. 109.

⁹ Stutz (Fn. 1), S. 97; BAFU, Erläuternder Bericht (Fn. 1), S. 10 f.

¹⁰ Vgl. Vallender Klaus A., Kommentar BV, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen/Basel/Genf 2008, Art. 26 N. 47.

¹¹ Vallender (Fn. 10), Art. 26 N. 49.

¹² Schweizer Rainer J., Kommentar BV (Fn. 10.) Art. 36 N. 22 ff.

5. Gebot der umfassenden Interessenabwägung

Demnach bedarf die Festlegung von Gewässerraum wie jede planungsrechtliche Massnahme einer umfassenden Interessenabwägung.¹³ Art. 3 Abs. 1 RPV gibt hier Anleitungen zum Vorgehen: Vorerst sind die betroffenen Interessen zu ermitteln. In einem zweiten Schritt sind sie mithilfe ausgewiesener Massstäbe zu beurteilen. Abschliessend sind die ermittelten und beurteilten Interessen derart zu optimieren, dass sie im Entscheid umfassend zur Geltung gebracht werden können.¹⁴ Dabei steht den zuständigen Behörden Ermessen zu, welches pflichtgemäss auszuüben ist, was hinsichtlich des Gewässerraums insbesondere zu folgenden Geboten führt:

Die Festlegung des Gewässerraums als Korridor ermöglicht es, diesen an die Gegebenheiten im Umfeld des Gewässers anzupassen, so zum

URP 2014 S. 218, 225

Beispiel bei Gebäuden, Strassen, Fruchtfolgeflächen.¹⁵ In selben Sinne ist auch eine Würdigung der privaten Anliegen vorzunehmen. Es ist jener Korridor zu wählen, welcher die öffentlichen Interessen wahrt, gleichzeitig aber auch möglichst behutsame Eingriffe in das Privateigentum mit sich bringt.

Spielraum besteht auch in der Festsetzung der Breite des Gewässerraums, indem Art. 41a und 41b GSchV lediglich Mindestmasse vorschreiben. Von einer Erhöhung der Mindestmasse ist zurückhaltend Gebrauch zu machen, jedenfalls aber dann eine besonders sorgfältige Interessenabwägung vorzunehmen. In dicht überbauten Gebieten kann die Breite des Gewässerraums den baulichen Gegebenheiten angepasst werden, soweit der Schutz von Hochwasser gewährleistet bleibt (Art. 41a Abs. 4 und Art. 41b Abs. 3 GSchV). Die GSchV konkretisiert den Begriff der dichten Überbauung nicht, sodass auch hier ein erheblicher Spielraum bei der planerischen Umsetzung verbleibt.

Die Besitzstandsgarantie lässt innerhalb des Gewässerraums nur sehr eingeschränkte Änderungen zu, weshalb bestehende Gebäude im Rahmen des Spielraums bei der Festlegung des Gewässerraums wenn möglich nicht in diesen einzubeziehen sind. Eine derartige Anpassung an die baulichen Gegebenheiten erweist sich nicht nur in dicht überbauten Gebieten, sondern generell als zulässig.¹⁶ Dabei ist allerdings Zurückhaltung geboten.¹⁷ Dies entspricht der Zielsetzung der langfristigen Sicherung des Gewässerraums. Bei dessen Festlegung müssen daher nicht nur die aktuellen Verhältnisse berücksichtigt werden, sondern es ist auch eine mittel- und langfristige Perspektive erforderlich. Man muss den dereinst einmal möglichst zu erreichenden Zustand des Gewässers im Auge behalten.¹⁸

6. Schutz des Kerngehalts

Nach Art. 36 Abs. 4 BV ist der Kerngehalt der Grundrechte unantastbar (im Schrifttum wird die Kern- oder Wesensgehaltsgarantie tendenziell mit der Institutsgarantie gleichgesetzt¹⁹). Dies gilt auch für die Eigentumsgarantie.

URP 2014 S. 218, 226

¹³ Vgl. auch vorn Ziff. 1.1.

¹⁴ Tschannen Pierre, Kommentar RPG, Zürich/Basel/Genf 2010, Art. 3 Rz. 23 ff.; Waldmann Bernhard/Hänni Peter, Raumplanungsgesetz, Handkommentar, Bern 2006, Art. 3 N. 4; Stutz (Fn. 1), S. 122.

¹⁵ Stutz (Fn. 1), S. 122 f.; BAFU, Erläuternder Bericht (Fn. 1), S. 10.

¹⁶ Stutz (Fn. 1), S. 122 f.

¹⁷ Vgl. Entscheid des Baurekursgerichts Kanton Zürich, BRGE III Nr. 104/2012 vom 29. August 2012 E. 5.3, in BEZ 2012 Nr. 68.

¹⁸ Stutz (Fn. 1), S. 99.

¹⁹ Vallender (Fn. 10), Art. 26 N. 51.



Mithin darf der Gesetzgeber der Eigentumsgarantie keine beliebigen Schranken setzen. Es ist ihm verwehrt, das Eigentum als Institut unserer Rechtsordnung in Frage zu stellen.

Wegen der weitgezogenen Ermessensfreiheit des Gesetzgebers und den sich zulässigerweise wandelnden politischen Anschauungen sind die Fälle selten, wo ein Gesetz wegen Verletzung der Institutsgarantie als verfassungswidrig erklärt worden wäre. Sodann können individuell-konkrete Festlegungen wie jene zum Gewässerraum, im Unterschied zu abstrakten (flächendeckend wirksamen) Bestimmungen von vornherein nicht den Kerngehalt treffen, weil immer die konkrete Interessenabwägung im Einzelfall verbleibt.

III. Grundlagen der Entschädigungspflicht

1. Gewässerraum als Frage der materiellen Enteignung

Die Festlegung eines Gewässerraums führt nicht zu Abtretung von Land und damit nicht schon für sich selbst zu einer formellen Enteignung. Eine solche steht erst und nur dann in Frage, wenn die öffentliche Hand das vom Gewässerraum beanspruchte Land auch wirklich benötigt (etwa für Massnahmen zum Hochwasserschutz oder die Freilegung oder die Revitalisierung von Fliessgewässern). Dies ist oft nicht der Fall, weshalb Thema der vorliegenden Untersuchung allein die materielle Enteignung bildet. Eine solche ist gegeben, wenn das Gemeinwesen das Eigentum nicht entzieht, aber die Verfügungs- oder Nutzungsbefugnisse im Interesse der Allgemeinheit, namentlich aus Gründen der Raumplanung, des Gewässer- oder des übrigen Umweltschutzes derart beschränkt, dass sich dies für den Eigentümer wie eine Enteignung auswirkt. Es ist dann wie bei der formellen Enteignung eine volle Entschädigung geschuldet (Art. 26 Abs. 2 BV), die hier allerdings nicht Voraussetzung des Übergangs des Rechts auf den Enteigner ist, sondern die Folge einer Eigentumsbeschränkung, die einer Enteignung gleichkommt.²⁰

URP 2014 S. 218, 227

2. Keine materielle Enteignung durch den Uferstreifen

Die Festlegungen der Übergangsbestimmungen sind vorübergehender Natur, das heisst sie gelten ab 1. Juni 2011 für maximal siebeneinhalb Jahre, bis sie spätestens am 31. Dezember 2018 vom definitiven Gewässerraum abgelöst werden. Enteignungsrechtliche Entscheide des Bundesgerichts im Zusammenhang mit Abs. 2 der Übergangsbestimmungen zur GSchV bestehen soweit ersichtlich noch nicht, sodass einstweilen auf die allgemeine Rechtsprechung zu den befristeten Massnahmen abgestellt werden muss.

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist ein Eingriff eher unzumutbar, wenn er lange dauert oder definitiv ist. Vorübergehende Beschränkungen in Form von Planungszonen (Art. 27 RPG), Bausperren und dergleichen, die fünf bis acht Jahre dauern, begründen keine Entschädigung aus materieller Enteignung.²¹ Eine feste zeitliche Begrenzung besteht allerdings nicht; massgebend sind vielmehr die Umstände des Einzelfalls.²² In diesem Sinne lösen auch die Übergangsbestimmungen zur GSchV grundsätzlich keine Entschädigungspflicht aus.²³

²⁰ Häfelin Ulrich/Müller Georg/Uhlmann Felix, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl., Zürich/St. Gallen 2010, Rz. 2161.

²¹ BGE 123 II 481 E. 9; 120 Ia 209 E. 4 und 5; 109 Ib 20 E. 4; BGer 1C_317/2007 vom 14. März 2008 E. 2, mit Hinweisen auf frühere Entscheide; Hänni Peter, Planungs-, Bau- und besonderes Umweltschutzrecht, 5. Aufl., Bern 2006, S. 602; Fritzsche Christoph/Bösch Peter/Wipf Thomas, Zürcher Planungs- und Baurecht, 5. Aufl., Zürich 2011, S. 344; Riva Enrico, Hauptfragen der materiellen Enteignung: Eine Untersuchung zum Tatbestand des entschädigungspflichtigen Eigentumseingriffs im schweizerischen Recht, Bern 1990, S. 291.

²² Waldmann/Hänni (Fn. 14), Art. 5 N. 68 und dort genannte Entscheide; Riva (Fn. 21), S. 291.

²³ A.M. Stutz Hans W., Raumbedarf der Gewässer – die bundesrechtlichen Vorgaben für das

Wird nämlich zuerst eine provisorische Massnahme, beispielsweise eine Bausperre, angeordnet und diese später durch eine gleichartige Beschränkung mit dauernder Wirkung abgelöst, ist massgebender Stichtag das Inkrafttreten der definitiven Beschränkung; für die Beurteilung der Enteignungsähnlichkeit muss die provisorische Massnahme ausser Acht bleiben.²⁴ In diesem Sinne entschied das Bundesgericht im Zusammenhang mit einer provisorischen Schutzgebietsanordnung, welche dann durch einen definitiven Schutzzonenplan abgelöst wurde²⁵ und hinsichtlich einer kommunalen Zonenplanrevision, welcher eine Planungszone von zwei Jahren vorausging.²⁶

Die Übergangsbestimmungen zur GSchV sind in ihrem Charakter durchaus vergleichbar mit anderen provisorischen und befristeten Massnahmen,

URP 2014 S. 218, 228

welche eine definitive Planung sichern sollen. Sie sind zwingend durch kantonale Planungsmassnahmen abzulösen. Somit ist nicht von einer materiellen Enteignung durch die auf wenige Jahre befristeten Schranken der Übergangsbestimmungen auszugehen. Daher könnte nicht argumentiert werden, die Ausscheidung des Gewässerraums sei in aller Regel (gegenüber der heute geltenden sehr strengen Rechtslage nach Abs. 2 der Übergangsbestimmungen) eine Verbesserung der Lage der Grundeigentümerinnen und -eigentümer. Es trifft dies zwar wohl für viele Fälle zu, ist aber letztlich nicht entscheidend. Ein Vorbehalt ist hier allerdings anzubringen: Falls der Gewässerraum in konkreten Einzelfällen (etwa als Folge von Rechtsmittelentscheiden) nicht rechtzeitig festgelegt werden sollte und dann die Übergangsbestimmungen zur GSchV wesentlich länger als bis zum 31. Dezember 2018 gelten würden, wäre eine Entschädigungspflicht aus materieller Enteignung immerhin näher zu prüfen.

3. Keine materielle Enteignung durch (reine) Massnahmen zum Hochwasserschutz

Keinen Anspruch auf Entschädigung geben von vornherein bestimmte Eigentumsbeschränkungen zur Gefahrenabwehr.²⁷ Solche liegen vor, wenn der Eingriff in das Privateigentum zum Schutz von Polizeigütern erfolgt. D.h. eine ernsthafte und unmittelbare Gefahr für die öffentliche Ordnung, Sicherheit und Gesundheit abgewendet werden soll. Die zuständige Behörde konkretisiert diesfalls ein von Gesetzes wegen bestehendes Verbot und setzt bloss die stets zu beachtenden polizeilichen Schranken der Eigentumsfreiheit bezüglich der in Frage stehenden Grundstücksnutzung fest. In diesem Sinn sind also auch Massnahmen zum Hochwasserschutz nicht entschädigungspflichtig.

Das Bundesgericht hat indessen Ausnahmen vom Grundsatz der Entschädigungslosigkeit von Eigentumsbeschränkungen polizeilicher Natur im engeren Sinne vorbehalten. Es sind dies insbesondere die Fälle eines nicht nur polizeilich, sondern auch raumplanerisch bedingten Bauverbots.²⁸ Solche Anordnungen gehen weiter als zur Abwendung der ernsthaften und unmit-

Planungs- und Baurecht, PBG aktuell – Zeitschrift für öffentliches Baurecht 4/2011, S. 16 und 23, wonach die einschneidendste Eigentumsbeschränkung schon am 1. Juni 2011 mit dem Erlass der (direkt Rechtswirkungen entfaltenden) Übergangsbestimmungen der GSchV-Änderung vom 4. Mai 2011 stattgefunden hat.

24 Riva Enrico, Kommentar RPG (Fn. 14), Art. 5 Rz. 182.

25 BGE 109 Ib 13 E. 3.

26 BGE 117 Ib 4 E. 2b, mit Hinweisen auf weitere Entscheide.

27 BGE 96 I 123 E. a und b; BGer 1A.147/1989, in ZBI 1991/92, S. 558; Fritzsche/Bösch/Wipf (Fn. 21), S. 243.

28 BGE 106 Ib 330 E. 4; 336 E. 5b; BGer 1A.122/2002 vom 6. Dezember 2002 E. 3.1; 2C_461/2011 vom 9. November 2011 E. 4.3; AGVE 1993 S. 494; Vallender (Fn. 10), Art. 26 N. 62; Häfelin/Müller/Uhlmann (Fn. 20), Rz. 2208 ff.; Fritzsche/Bösch/Wipf (Fn. 21), S. 243 f.

URP 2014 S. 218, 229

telbaren Gefahr erforderlich ist.²⁹ Das gilt auch für den Gewässerraum: Gemäss Art. 36a Abs. 1 GSchG gewährleistet der Gewässerraum neben dem Schutz vor Hochwasser die natürlichen Funktionen der Gewässer sowie die Gewässernutzung. In diesem Sinne erfüllt der Gewässerraum Funktionen der Raumplanung, des Natur- und des Landschaftsschutzes.³⁰ Damit dient der Gewässerraum, soweit er über den Hochwasserschutz hinausgeht, regelmässig verschiedenen, auch raumplanerischen Zwecken und nicht reiner Gefahrenabwehr.

4. Grundsatz der Entschädigungslosigkeit

Der Abgrenzung zwischen materieller Enteignung einerseits und entschädigungslosen öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen andererseits kommt für den Betroffenen und auch für das allenfalls entschädigungspflichtige Gemeinwesen eminente Bedeutung zu.³¹ Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist die Entschädigungslosigkeit der Regelfall, das Vorliegen einer materiellen Enteignung dagegen die Ausnahme. So ist auch die Festlegung des Gewässerraums in den meisten Fällen entschädigungslos hinzunehmen, weil die Beschränkung der aus dem Eigentum fliessenden Rechte nicht so intensiv ist, dass sie einer Enteignung gleichkommt und damit eine materielle Enteignung darstellt.

Aus Art. 26 Abs. 2 BV ergibt sich aber andererseits als allgemeiner Grundsatz, dass Eigentumsbeschränkungen, «die einer (formellen) Enteignung gleichkommen» voll zu entschädigen sind. Im Einzelnen werden die Voraussetzungen des Entschädigungstatbestands durch Richterrecht konkretisiert. Für die Abgrenzung zwischen entschädigungspflichtigen und entschädigungslosen Eigentumsbeschränkungen hat das Bundesgericht eine Grundkonzeption entwickelt und diese mit verschiedenen ergänzenden Grundsätzen bzw. «Rechtsprechungslinien» nuanciert.³²

URP 2014 S. 218, 230

5. Die «Barret-Formel»

Gemäss den erwähnten «Rechtsprechungslinien» geht das Bundesgericht für die Umschreibung von Massnahmen, die einer Enteignung gleichkommen, seit dem Entscheid BGE 91 I 329 E. 3 («Barret») von einer immer wiederkehrenden Grundkonzeption aus, die im Allgemeinen auch als «Barret-Formel» bezeichnet wird. Demgemäss liegt eine entschädigungspflichtige materielle Enteignung vor,

«wenn dem Eigentümer der bisherige oder ein voraussehbarer künftiger Gebrauch einer Sache untersagt oder in einer Weise eingeschränkt wird, die besonders schwer wiegt, weil der betroffenen Person eine wesentliche aus dem Eigentum fliessende Befugnis entzogen wird, oder,

geht der Eingriff weniger weit, falls einzelne Personen so betroffen werden, dass ihr Opfer gegenüber der Allgemeinheit unzumutbar erscheint und es mit der Rechtsgleichheit nicht vereinbar wäre, wenn hierfür keine Entschädigung geleistet würde.

²⁹ Vgl. dazu BGE 135 I 209 E. 3.3.1 S. 215 f.; 106 Ib 330 E. 5 S. 334 f.; 336 E. 5b S. 338 f.; jeweils mit Hinweisen; BGER 2C_461/2011 vom 9. November 2011 E. 4.2.

³⁰ BAFU, Erläuternder Bericht (Fn. 1), S. 10 f.

³¹ Häfelin/Müller/Uhlmann (Fn. 20), Rz. 2162.

³² Waldmann Bernhard, Entschädigungen aus materieller Enteignung für raumplanerische Nutzungsbeschränkungen zum Schutz vor Naturgefahren?, in Sicherheit & Recht, 3/2009, S. 162.



In beiden Fällen ist die Möglichkeit einer künftigen besseren Nutzung der Sache nur zu berücksichtigen, wenn im massgebenden Zeitpunkt anzunehmen war, sie lasse sich mit hoher Wahrscheinlichkeit in naher Zukunft verwirklichen. Unter besserer Nutzung eines Grundstücks ist in der Regel die Möglichkeit seiner Überbauung zu verstehen.»

Eigentumsbefugnisse, die als solche – gleichsam als allgemeine Kategorie – wesentlich wären und deren Entzug gemäss der Konzeption Barret nur gegen Entschädigung erfolgen dürfte, lassen sich in der Rechtsprechung nicht ausmachen. Das Bundesgericht prüft immer anhand der konkreten Umstände des einzelnen Falls, ob der Eingriff die Intensität einer materiellen Enteignung erreicht.³³

URP 2014 S. 218, 231

IV. Ausgangspunkte für die Beurteilung der Entschädigungspflicht

1. Massgebliche Eigentumsposition

Bei der Beurteilung der Entschädigungspflicht ist primär zu klären, wovon örtlich auszugehen ist, das heisst, welche Eigentümerposition für die Beurteilung als massgebend erscheinen.

Trifft eine Eigentumsbeschränkung in inhaltlicher oder räumlicher Beziehung nur den «Teil eines grösseren Ganzen», so stellt sich die Frage, welches die betroffene Eigentumsposition ist, auf die für die Beurteilung der Eingriffsintensität Bezug genommen werden muss. Grundsätzlich ist bei einer Begrenzung der Nutzung auf die ganze Parzelle und nicht nur einen Teil derselben abzustellen. Es ist also eine auf die ganze Parzelle bezogene Betrachtungsweise erforderlich.³⁴

Dabei ist allerdings ein gewisser Zusammenhang mit dem von der Eigentumsbeschränkung betroffenen Grundbesitz erforderlich.³⁵ Der Zusammenhang muss indessen nur locker sein, wie er im letztgenannten Präjudiz zwischen dem östlichen und westlichen Parzellenteil gegeben war. Diese Beziehung ergab sich im konkreten Fall nicht nur auf Grund der Eigentumsverhältnisse, sondern auch aus dem Situationsplan und den Fotografien. Entsprechend war für die Beurteilung der durch die partielle Auszonung des östlichen Teils bewirkten Eingriffsintensität auf die gesamte Fläche des streitbetroffenen Grundstücks und nicht nur auf den östlichen Teil abzustellen.

Aus den nämlichen Gründen, die bei einer einzigen nur teilweise von einem Bauverbot betroffenen Parzelle eine Gesamtbetrachtung gebieten, ist eine solche auch dort erforderlich, wo Flächen mehrerer Grundstücke desselben Eigentümers mit einem Bauverbot belegt werden.³⁶ Als massgebende Bezugsgrösse ist grundsätzlich weder der gesamte Grundbesitz des Betroffenen noch jede einzelne von der Massnahme erfasste Parzelle zu betrachten, sondern die Gesamtheit seiner Grundstücke, die – wenn auch allenfalls je nur mit Teilflächen – von ein und derselben planerischen Massnahme betroffen worden sind.³⁷ Allerdings setzt die Gesamtbetrachtung einen gewissen Zu-

URP 2014 S. 218, 232

³³ Vgl. dazu auch weitere Entscheide des Bundesgerichts, wie etwa BGE 123 II 481 E. 6; 121 II 417 E. 4a; 119 Ib 124 E. 2b und 109 Ib 13 E. 2b.

³⁴ BGer 1A.19/2004 vom 25. Oktober 2004 E. 2.3.1–2.3.4 und 3.2.2; ZBl 1997/98 S. 182; Rechenschaftsbericht VerwGer ZH, RB 1997 Nr. 117, 1995 Nr. 100 mit zahlreichen Hinweisen auf Entscheide des Bundesgerichts; Riva (Fn. 21), S. 268 f.; Riva (Fn. 24), Art. 5 Rz. 180; Hänni (Fn. 21), S. 599.

³⁵ Vgl. Rechenschaftsbericht VerwGer ZH, RB 1997 Nr. 117; VerwGer ZH VR.2000.00001 vom 21. Juni 2001; VR.2011.00004 vom 8. Dezember 2012 mit zahlreichen Hinweisen.

³⁶ Fritzsche/Bösch/Wipf (Fn. 21), S. 240.

³⁷ Vom Bundesgericht am 21. August 1996 bestätigter Entscheid des Verwaltungsgerichts, Rechenschaftsbericht VerwGer ZH, RB 1995 Nr. 100; der Entscheid des Bundesgerichts ist nicht publiziert.



sammenhang des von der Eigentumsbeschränkung betroffenen Grundbesitzes voraus; dieser kann sich daraus ergeben, dass die einbezogenen Flächen nur zusammen zweckmässig nutzbar wären oder dass das gesamte Areal als wirtschaftliche Einheit erscheint.³⁸

Diese Sicht (Gesamtbetrachtung) trägt dem Umstand Rechnung, dass Parzellengrenzen oft zufällig verlaufen; ferner steht es dem Grundeigentümer zumindest bei unüberbauten Parzellen weitgehend frei, diese zu vereinigen oder zu unterteilen. Unter solchen Umständen würde eine zwingende parzellenbezogene Betrachtungsweise die Entschädigungspflicht von einem offensichtlich sachwidrigen und damit willkürlichen Erfordernis abhängig machen³⁹, wodurch der Eigentümer von zusammenhängenden Kleinparzellen gegenüber dem Inhaber eines Grossgrundstücks ungerechtfertigt bevorzugt würde.

2. Massgebender Beurteilungszeitpunkt (Stichtag)

Für die Entschädigungspflicht und die Bemessung der Entschädigung sind die Verhältnisse bei Inkrafttreten der Eigentumsbeschränkung massgebend, bei kommunalen Festlegungen also jene nach der Genehmigung durch die zuständige kantonale Behörde.⁴⁰

Damit ist also die Festlegung des Gewässerraums mit jenem rechtlichen und faktischen Zustand zu vergleichen, welcher vorher bestand. An jenen Rechtszustand, der durch die Zonenordnung (auch allfällig bereits ausgeschiedene Freihaltezonen) und die primären Baubegrenzungsnormen (etwa durch Grenz- und Strassenabstände, Gewässerabstand nach kantonalem Recht) gegeben ist, hatte oder hätte sich der betroffene Grundeigentümer auch ohne den Gewässerraum zu halten.⁴¹ Analoges gilt für den Gewässerraum in Naturschutz- und Moorgebieten, deren Schranken unabhängig des Gewässerraums zu beachten sind.

URP 2014 S. 218, 233

V. Beschränkung der baulichen Nutzung

1. Grundsatz

Wird ein Grundstück oder Grundstücksteil ganz oder teilweise unüberbaubar, ist für die Beurteilung einer Entschädigungspflicht aus materieller Enteignung darauf abzustellen, ob eine bestimmungsgemässe, wirtschaftlich gute Nutzung weiterhin möglich bleibt.⁴² Bei der Beurteilung ist im Einzelfall zu prüfen, welche Bezugsgrössen die Intensität des Eingriffs am plausibelsten aufzuzeigen vermögen. In der Regel ist entweder auf den Baulandverlust oder den Verlust an anrechenbarer Geschossfläche abzustellen.⁴³

2. Gewässerraum ohne Reduktion der zulässigen Ausnützung

Ob die dem Gewässerraum zugeteilten Flächen weiterhin für die Berechnung der zulässigen Ausnützungsziffer bzw. der hierfür massgeblichen Grundfläche einbezogen werden dürfen oder eben nicht, beurteilt sich nach kantonalem oder kommunalem Recht. Das Bundesrecht enthält hierzu keine Vorgaben. In der Regel stehen bei der Festlegung des Gewässerraums aber Massnahmen im Vordergrund, welche die für die

³⁸ Rechenschaftsbericht VerwGer ZH, RB 1997 Nr. 117 mit zahlreichen Verweisen auf Entscheide des Bundesgerichts; ZBl 1997/98 S. 369 f.

³⁹ Rechenschaftsbericht VerwGer ZH, RB 1995 Nr. 100.

⁴⁰ BGE 117 Ib 4 E. 2b; 114 Ib 103 E. 2; 284 E. 2a; 293 E. 5; 112 Ib 390 E. 3.

⁴¹ ZBl 1997/98, S. 370 ff.

⁴² ZBl 1997/98, S. 370 ff.; VerwGer ZH VR.2011.00001 vom 26. Mai 2011; VR.2011.00004 vom 8. Dezember 2011; Häfelin/Müller/Uhlmann (Fn. 20), Rz. 2188; Fritzsche/Bösch/Wipf (Fn. 21), S. 242.

⁴³ VerwGer ZH VR.2011.00004 vom 8. Dezember 2011.

Ausnützung massgebliche Grundfläche nicht verändern. Insoweit bewirkt der Gewässerraum für sich selbst keine Reduktion der zulässigen baulichen Dichte. Es gilt dies selbstredend auch für jene Baugebiete, welche in einer Zone ohne Nutzungsziffern liegen und sich die bauliche Dichte ausschliesslich nach den Abständen, Geschosshöhen und Gebäudehöhen bestimmt.

Derartige Beschränkungen durch den Gewässerraum sind grundsätzlich entschädigungslos hinzunehmen. Zwar mag die Bewegungsfreiheit in der Überbauung des restlichen Areals eingeschränkt werden. In einer blossen Einschränkung der Gestaltungsfreiheit kann aber keine materielle Enteignung liegen, wenn die vorhandene Nutzungsmöglichkeit noch voll ausgeschöpft werden kann und eine vernünftige, der Lage und Umgebung angepasste Überbauung realisierbar ist.⁴⁴ Es fehlt dann schon an einem Schaden.

Die Beschränkung liegt einzig – aber immerhin – darin, dass auf dem ausgeschiedenen Bereich nach Massgabe von Art. 41c GSchV nur sehr be-

URP 2014 S. 218, 234

schränkt bauliche Massnahmen zulässig sind, und sie manifestiert sich erst dann, wenn nicht Ausnahmen (etwa im dicht überbauten Gebiet) erteilt werden können. In der Regel stellt sich die Frage der materiellen Enteignung daher erst, wenn ein Baugrundstück durch den Gewässerraum besonders belastet wird, d.h. vollständig oder zum grössten Teil innerhalb dieses Raums liegt oder durch diesen derart zerschnitten wird, dass darauf nicht mehr oder nur noch eingeschränkt gebaut werden kann.⁴⁵

3. Gewässerraum mit Reduktion der zulässigen Ausnützung

Der Gewässerraum liesse sich auch mit einer Freihaltezone oder anderen Schutzzone kantonalen Rechts (Art. 18 RPG) sichern, was eine Reduktion der zulässigen Ausnützung bewirken würde. Auch diesfalls sind für die Beantwortung der Frage, ob ein enteignungsgleicher Eingriff vorliegt, die Auswirkungen des Verbots auf die ganze Liegenschaft (oder einer einheitlichen Mehrheit von solchen) zu beurteilen.⁴⁶ Zu beurteilen ist also, welche Wertebusse die Baubeschränkung auf das Areal hat. Dies gilt auch für Grundstücke, die innerhalb des Gewässerraums bereits ganz oder teilweise überbaut sind. Es ist dann einerseits zu beurteilen, welche Nutzungsmöglichkeiten dort noch möglich sind. Andererseits beschränkt sich die Beurteilung nicht nur darauf; vielmehr ist auch die verbleibende Überbaubarkeit des betroffenen Grundstücks ausserhalb des Gewässerraums in die Beurteilung miteinzubeziehen.

4. Berücksichtigung künftiger Nutzungsmöglichkeiten

Eigentumsbeschränkungen treffen als Folge der Bestandesgarantie kaum je den gegenwärtigen Gebrauch, sondern heben in der Regel einen Teil der künftigen Verwendungsmöglichkeiten auf.⁴⁷ Wird vom Grundeigentümer eine künftig mögliche bessere Nutzung behauptet, muss diese gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung mit hoher Wahrscheinlichkeit in naher Zukunft tatsächlich und rechtlich möglich gewesen sein.⁴⁸ Dies wird im Allgemeinen angenommen, wenn es um erschlossenes und nach der betreffen-

URP 2014 S. 218, 235

44 BGE 110 Ib 359 E. 2b.

45 BGE 110 Ib 359 E. 2a; 95 I 461.

46 Vgl. Ziff. IV.1 mit Fn. 34.

47 Riva (Fn. 24), Art. 5 Rz. 131.

48 BGE 131 II 72 E. 3.3; 118 Ib 38 E. 2 b.



den Nutzungsplanung sofort überbaubares Land geht.⁴⁹ Es bedarf dies einer Gesamtbetrachtung der Überbaumöglichkeiten vor und nach der eigentumsbeschränkenden Massnahme.⁵⁰

Im Einzelnen sind nach der Rechtsprechung alle rechtlichen und tatsächlichen Gegebenheiten zu berücksichtigen, welche die Überbaumöglichkeit beeinflussen können. Dazu gehören das im fraglichen Zeitpunkt geltende Bundesrecht sowie die kantonalen und kommunalen Bauvorschriften, der Stand der kommunalen und kantonalen Planung, die Lage und Beschaffenheit des Grundstücks, die Erschliessungsverhältnisse und die bauliche Entwicklung in der Umgebung. Diese verschiedenen Faktoren sind zu gewichten. Dabei ist in erster Linie auf die rechtlichen Gegebenheiten abzustellen. Sodann muss auch die objektive Realisierungswahrscheinlichkeit einer solchen Überbauung beurteilt werden, unter Berücksichtigung der Nachfrage nach Bauland in der entsprechenden Zone.⁵¹ Nur wo das Bauen rechtlich zulässig, tatsächlich möglich sowie nach den Umständen mit hoher Wahrscheinlichkeit in naher Zukunft zu erwarten gewesen wäre, wird eine Entschädigungspflicht ausgelöst. Als Gründe, die gegen die Überbauung eines Grundstücks in naher Zukunft sprechen können, nannte das Bundesgericht beispielsweise das Erfordernis einer Ausnahmegewilligung, einer Änderung in der Zonenplanung, eines Erschliessungs-, Quartier- oder Gestaltungsplans⁵² oder weit gehender Erschliessungsarbeiten.⁵³ Subjektive Kriterien wie namentlich die Bauabsichten des Grundeigentümers spielen grundsätzlich keine Rolle.⁵⁴

5. Anrechnung von Vorteilen

Eine materielle Enteignung liegt dort nicht vor, wo die Beeinträchtigung einer Eigentumsposition durch Vorteile angemessen aufgewogen wird.⁵⁵ Daher ist in die Gesamtbetrachtung etwa auch einzubeziehen, was dem Grundeigentümer trotz der Unüberbaubarkeit verbleibt. Dabei fällt auch in Betracht, dass das betroffene Grundstück oder die betroffenen Grundstücke Ausnutzungsreserven aufweisen können, die unter Umständen gegen Entschädi-

URP 2014 S. 218, 236

gung übertragbar sind.⁵⁶ Falls sich eine derartige Lösung sehr wahrscheinlich in naher Zukunft verwirklichen lässt, ist das naturgemäss bei der Bewertung der Eigentumsbeschränkung anzurechnen. Allerdings wird nicht immer einfach zu prognostizieren sein, ob die rechtlichen und faktischen Voraussetzungen für die Ausnutzungsübertragung gegeben sind.

6. Beispiele aus der Praxis des Bundesgerichts

Im Allgemeinen erreichen Beschränkungen der realisierbaren Ausnutzung nicht die Intensität eines enteignungsgleichen Eingriffs. Keine materielle Enteignung bedeutet ein Bauverbot, das nur den dritten Teil eines Grundstücks trifft⁵⁷ oder die Auszonung eines Viertels einer Parzelle.⁵⁸ Auch in BGE 97 I 632 E. 7b wo eine Reduktion des baulichen Nutzungsmasses auf ein Drittel und eine geschätzte Wertverminderung von 20 Prozent eingetreten war, wurde keine materielle Enteignung angenommen. Die

⁴⁹ BGE 131 II 72 E. 3.3; Vallender (Fn. 10), Art. 26 N. 70.

⁵⁰ ZBl 1997/98, S. 370.

⁵¹ BGer 1A.263/2004 vom 24. Oktober 2005 E. 3.

⁵² BGE 113 Ib 133 E. 3; vgl. aber BGE 131 II 151 E. 2.4; Waldmann/Hänni (Fn. 14), Art. 5 N. 43.

⁵³ BGE 112 Ib 109 E. 4; 109 Ib 13 E. 4–6; Fritzsche/Bösch/Wipf (Fn. 21), S. 240.

⁵⁴ Häfelin/Müller/Uhlmann (Fn. 20), Rz. 2182, mit Hinweisen auf Entscheide des Bundesgerichts.

⁵⁵ BGE 118 Ib 241 E. 7; Riva (Fn. 21), S. 287.

⁵⁶ Vgl. zur Ausnutzungsübertragung Fritzsche/Bösch/Wipf (Fn. 21), S. 732.

⁵⁷ BGE 93 I 338 E. 7; ZBl 1984/85, S. 366 E. 2b; 1997/98, S. 368 ff.

⁵⁸ BGE 111 Ib 257 mit Hinweis auf frühere Entscheide.

den Eigentümern verbleibenden Eigentumsbefugnisse erschienen dem Bundesgericht immer noch als ausreichend. Denn die Eigentümer könnten aus ihrem Land weiterhin einen beachtlichen wirtschaftlichen Nutzen ziehen.

Das Bundesgericht präziserte später, das Urteil in BGE 97 I 632 ff. sei nicht so zu verstehen, dass im Sinne einer allgemeinen Richtlinie oder gar eines absoluten Grenzwerts bestimmt worden wäre, der Ansatz von 20 Prozent Wertverminderung sei entscheidend für die Frage, ob eine materielle Enteignung vorliege oder nicht. Vielmehr komme es für die Frage der entschädigungspflichtigen materiellen Enteignung ausschliesslich darauf an, ob nach wie vor eine bestimmungsgemässe, wirtschaftlich sinnvolle und gute Nutzung des betroffenen Grundstücks möglich sei. Treffe das zu, so könne in der Regel nicht von einem enteignungsähnlichen Eingriff in die Substanz des Eigentums gesprochen werden.⁵⁹

URP 2014 S. 218, 237

7. Sonderopfer

Der zweite, sogenannte Sonderopfer-Tatbestand der «Barret-Formel» ist vom Gedanken der Opfersymmetrie geprägt, der im öffentlichen Recht vielfach zum Tragen kommt.⁶⁰ Dieser Tatbestand bedingt ebenfalls einen Eingriff in das Eigentumsrecht von einer gewissen Intensität, auch wenn die Schwelle zum besonders schweren Eingriff nicht erreicht wird. Was die Entschädigung auslöst, ist die dazu tretende «stossende Rechtsungleichheit des Eingriffs gegenüber anderen Eigentümern in gleichen Verhältnissen», und die Entschädigung ist «zum Ausgleich dieser Ungleichheit» geschuldet.⁶¹ Bei der Beurteilung der Rechtsgleichheit ist auf den Kreis der Betroffenen abzustellen, die sich in gleichen oder ähnlichen Verhältnissen befinden, um zu entscheiden, ob der Beschwerdeführer als einzelner zugunsten der Allgemeinheit in unzumutbarer Weise betroffen werde.⁶² Der Tatbestand des Sonderopfers unterscheidet sich mithin vom Haupttatbestand der materiellen Enteignung dadurch, dass einerseits eine geringere Eingriffsintensität genügt und andererseits – als zusätzliche Voraussetzung – eine durch den Eingriff bewirkte rechtsungleiche Behandlung vorliegen muss.

Die Fälle, in denen eine Entschädigung für materielle Enteignung durch Auferlegung eines Sonderopfers zugesprochen wurde, sind selten. In der Literatur werden hauptsächlich Massnahmen des Denkmal- und Landschaftsschutzes genannt.⁶³

Festlegungen im Zusammenhang mit dem Gewässerraum werden kaum je zu einem Sonderopfer führen, weil von der gleichen Planungsmassnahme zumeist mehrere Grundeigentümer in vergleichbarem Umfang betroffen werden und dann von einer «singulären» Betroffenheit, die ein unzumutbares Opfer gegenüber der Allgemeinheit bedeuten würde, nicht die Rede sein kann.⁶⁴

URP 2014 S. 218, 238

VI. Beschränkung der landwirtschaftlichen Nutzung

1. Vorbemerkung

Die vorstehenden Ausführungen beziehen sich auf Grundstücke in der Bauzone. Nun ist noch zu klären, ob die Festlegung des Gewässerraums zur Entschädigungsfolge führt, wenn ausserhalb der Bauzone ein ausschliesslich landwirtschaftlich genutztes

⁵⁹ BGE 111 Ib 257 E. 4a.

⁶⁰ Waldmann (Fn. 32), S. 163.

⁶¹ BGer 2C_461/2011 vom 9. November 2011 E. 5.6, in URP 2012 255; VerwGer ZH VR.2011.00004 vom 8. Dezember 2012 E. 9.

⁶² BGE 112 Ib 269 E. 5.

⁶³ BGE 107 Ib 380; 384 ff. betreffend eines Aussichtspunkts.

⁶⁴ Vgl. Riva (Fn. 24), Art. 5, Rz. 129 f.

und nutzbares Grundstück oder eine Mehrheit solcher Grundstücke von der Festsetzung eines Gewässerraums betroffen sind.

Im Sinne einer grundsätzlichen Vorbemerkung ist hier analog wie bei Grundstücken in der Bauzone festzuhalten, dass nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung die Entschädigungslosigkeit der Regelfall, das Vorliegen einer materiellen Enteignung dagegen die Ausnahme darstellt. Der Entzug der bisher gegebenen bestmöglichen Nutzung für sich allein wird nicht als materielle Enteignung betrachtet, obwohl dadurch ein wirtschaftlicher Verlust entsteht.⁶⁵ Selbst erhebliche Verkürzungen bisher gegebener Eigentumsbefugnisse begründen keine materielle Enteignung, sofern eine wirtschaftlich sinnvolle Nutzung möglich bleibt. Auch ist im Normalfall ein landwirtschaftliches Grundstück oder ein landwirtschaftlicher Betrieb wesentlich grösser als die durch den Gewässerraum beanspruchte und in der Nutzung beschränkte Fläche. Daher verbleibt dem Eigentümer, vielleicht von extremen Einzelfällen abgesehen, trotz Gewässerraum stets eine wirtschaftlich vertretbare landwirtschaftliche Nutzung. Eine besonders starke Einschränkung oder ein Sonderopfer im Sinne der Rechtsprechung zur materiellen Enteignung ist im Normalfall nicht gegeben.

Auch die Beschränkung baulicher Nutzungen ausserhalb der Bauzone erreicht in der Regel die Schwelle des enteignungsgleichen Eingriffs nicht. Dies gilt nicht nur für die Errichtung zonenwidriger, standortgebundener Anlagen, sondern auch für die Erstellung von landwirtschaftlichen Wohn- und Ökonomiegebäuden, da die Bauherrschaft zumeist über alternative Standorte verfügt.⁶⁶

URP 2014 S. 218, 239

2. Zur Ermittlung der Werteinbusse

Für die Ermittlung der Werteinbusse stellt sich die Frage nach dem Bezugspunkt, also danach, wie der «bisherige oder künftig mögliche Gebrauch» zu definieren ist. Es darf hier einzig eine nachhaltige, also eine langfristig unter Erzielung gleichbleibender Erträge und Schonung der natürlichen Ressourcen mögliche Nutzung des Bodens zu Grunde gelegt werden.⁶⁷ Eine allenfalls für wenige Jahre mögliche Übernutzung mit Höchsterträgen muss ausser Acht bleiben. Dies folgt daraus, dass die Eigentumsgarantie (Art. 26 BV) im Kontext zur Verfassungsnorm des Nachhaltigkeitsprinzips (Art. 73 BV) auszulegen ist. Wird eine Nutzung untersagt, welche die Umgebung bis anhin übermässig oder gar rechtswidrig beeinträchtigt hat, so löst dies keine Entschädigungspflicht aus.⁶⁸

3. Allfällige Entschädigungspflicht nur entlang offener Gewässer

Art. 41c Abs. 3 und 4 GSchV, welche einschränkende Vorschriften über die landwirtschaftliche Nutzung von Grundstücken im Gewässerraum enthalten, gelten im Bereich eingedolter Gewässer nicht. Dies hält Art. 41c Abs. 6 lit. b GSchV ausdrücklich fest. Entlang offener Gewässer dürfen kein Dünger und keine Pflanzenschutzmittel ausgebracht werden, wobei Einzelstockbehandlungen von Problempflanzen ausserhalb eines 3 m breiten Streifens entlang des Gewässers vom Verbot ausgenommen sind. Der Gewässerraum darf landwirtschaftlich genutzt werden, sofern er gemäss den Anforderungen der DZV (Fn. 2) als Streuefläche, Hecke, Feld- und Ufergehölz, extensiv genutzte Wiese, extensiv genutzte Weide oder Waldweide bewirtschaftet wird.

⁶⁵ Riva (Fn. 21), S. 284 f.; Maurer Hans, Beschränkung und Lenkung der landwirtschaftlichen Bodennutzung und Entschädigungsfragen, in URP 2002, S. 627.

⁶⁶ Waldmann/Hänni (Fn. 14), Art. 5 N. 71.

⁶⁷ Maurer (Fn. 65), S. 627 f.

⁶⁸ BGE 108 Ib 496; 106 Ia 262; Kuttler Alfred, Materielle Enteignung aus der Sicht des Bundesgerichts, in ZBl 1987/88, S. 185 ff., 193; AGVE 1993 S. 497.

4. Ausgangspunkt für die Beurteilung der Werteinbusse

Die landwirtschaftliche Nutzung entlang von offenen Gewässern ist bereits durch die allgemeinen Sorgfaltspflichten des GSchG (Art. 3 GSchG) und die spezifischen Anforderungen dieses Gesetzes an die Landwirtschaft eingeschränkt (vgl. etwa Art. 6 GSchG, Gefahr von Verunreinigungen; Art. 27 GSchG, Bewirtschaftung nach dem Stand der Technik). Einschränk-

URP 2014 S. 218, 240

kend wirken auch die Gewässerabstandsvorschriften für die Verwendung von Düngern und Pflanzenschutzmitteln (Art. 3 und Anhang 2.5, Ziff. 1.1 und 2.6, Ziff. 3.3.1 ChemRRV) und die Bewirtschaftungsbeschränkungen im Rahmen des ökologischen Leistungsnachweises (Art. 11 ff. DZV, vgl. Fn. 2). Letztlich ist die landwirtschaftliche Nutzung entlang von Oberflächengewässern auch eingeschränkt durch Art. 21 NHG betreffend die Ufervegetation.⁶⁹

Diese polizeilich motivierten Abstandsvorschriften und Bewirtschaftungsbeschränkungen⁷⁰ bleiben unabhängig vom Gewässerraum bestehen.⁷¹ Sie sind entschädigungslos zu dulden und als gegeben hinzunehmen, wenn zu beurteilen ist, ob und inwieweit der Gewässerraum zu (weiteren) Beschränkungen führt. Zudem dient der Gewässerraum jedenfalls im Landwirtschaftsgebiet zu einem wesentlichen Teil dem polizeilichen Interesse an der Reinhaltung der Gewässer (Pufferstreifen, der das Abschwemmen von Schadstoffen und Nährstoffen in das Gewässer vermindern soll). Diesfalls erschöpft sich die Funktion des Gewässerraums ohnehin in der (entschädigungslos zu duldenen) rein polizeilichen Gefahrenabwehr.

Eine materielle Enteignung liegt dort nicht vor, wo die Beeinträchtigung einer Eigentumsposition durch Vorteile angemessen aufgewogen wird.⁷² Das hat auch hinsichtlich der landwirtschaftlichen Bewirtschaftung seine Bedeutung. Insbesondere werden die Nachteile aus den Nutzungsbeschränkungen dadurch weitgehend abgegolten, dass die genutzten Flächen des Gewässerraums als Biodiversitätsförderflächen gelten (Art. 68 Abs. 5 GSchG); die betroffenen Landwirte erhalten dafür Beiträge nach Art. 70a und 73 LwG sowie Art. 55 ff. DZV (Fn. 2).⁷³

Aber selbst wenn in einem konkreten Fall keine Direktzahlungen fliessen sollten, bewirkt der Gewässerraum angesichts der bereits bestehenden polizeilichen Beschränkungen kaum je eine entschädigungspflichtige materielle Enteignung.⁷⁴

URP 2014 S. 218, 241

VII. Rechtsfolgen der Entschädigungspflicht

1. Anspruch auf volle Entschädigung

Liegt eine materielle Enteignung vor, ist über den dadurch entstehenden Entschädigungsanspruch zu befinden: Eigentumsbeschränkungen, die einer Enteignung gleichkommen, geben Anspruch auf volle Entschädigung (Art. 26 Abs. 2 BV). Volle

⁶⁹ Jenni Hans-Peter in: Keller Peter M./Zufferey Jean-Baptiste/Fahrländer Karl Ludwig, Kommentar NHG, Zürich 1997, Art. 21 N. 18.

⁷⁰ Vgl. auch BAFU/BLW, Pflanzenschutzmittel in der Landwirtschaft, Vollzugshilfe, 2013, Ziff. 3.1 und 3.4; BAFU/BLW, Nährstoffe und Verwendung von Dünger in der Landwirtschaft, Vollzugshilfe, 2012, Ziff. 3.5 und Anhang «Rechtsgrundlagen».

⁷¹ BAFU, Erläuternder Bericht (Fn. 1), S. 15.

⁷² BGE 118 Ib 241 E. 7; Riva (Fn. 21), S. 287, vgl. Ziff. V.5.

⁷³ Vgl. dazu im Detail die Botschaft des Bundesrates zur Weiterentwicklung der Agrarpolitik in den Jahren 2014–2017 (Agrarpolitik 2014–2017) vom 1. Februar 2012, BBl 2012, 2075 ff., insbesondere 2201 ff. und 2212 ff.

⁷⁴ Wegleitend hierzu ist auf einen älteren, unveröffentlichten Bundesgerichtsentscheid vom 16. März 1983 in Sachen Staat Zürich gegen Hofstetter, E. 4b, zitiert bei Riva (Fn. 21), S. 277 hinzuweisen.



Entschädigung bedeutet, dass der Anspruchsberechtigte vermögensmässig so zu stellen ist, wie wenn der enteignungsgleiche Eingriff unterblieben wäre. Zu entschädigen ist demzufolge der Minderwert der betroffenen Eigentumsposition. Nach dem «Alles-oder-nichts-Prinzip» ist eine Entschädigung nur geschuldet, wenn eine materielle Enteignung vorliegt. Erreicht der Eigentumseingriff nicht die Intensität einer materiellen Enteignung, so ist nicht eine reduzierte Entschädigung, sondern gar keine geschuldet.⁷⁵ Der zu entschädigende Minderwert ist die Werteinbusse, welche die betroffenen Grundstücke durch den planerischen Eingriff (also im hier gegebenen Zusammenhang durch die Festlegung des Gewässerraums) erleidet.⁷⁶ Das bedeutet, dass der betroffene Grundeigentümer nach der Enteignung in der gleichen ökonomischen Situation sein soll wie vorher, d.h. weder reicher noch ärmer.⁷⁷ Zu entschädigen sind ferner die Inkonvenienzen, also jene vermögenswerten Nachteile, die der Eigentümer oder die Eigentümerin neben dem Minderwert erleidet.⁷⁸

Der Verlust einer rechtswidrigen oder rechtswidrig gewordenen Nutzung ist nicht zu entschädigen (ausser es bestehe für Letztere eine Besitzstandsgarantie), ebenso wenig eine Nutzung, die ohnehin hätte eingestellt werden müssen oder eine solche, die nur zum Zweck geschaffen worden ist, eine höhere Entschädigung zu erwirken.⁷⁹

2. Gläubiger und Schuldner

Der Entschädigungsanspruch steht dem jeweiligen Eigentümer oder der Eigentümerin von Grundstücken zu, die von einer enteignungsgleichen Massnahme betroffen sind. Wird das Eigentum übertragen und ist eine Entschädi-

URP 2014 S. 218, 242

gung noch nicht geltend gemacht bzw. bezahlt worden, geht der Anspruch, auch ohne ausdrückliche Abtretung, auf den neuen Eigentümer über. Weil über den Entschädigungsanspruch frei verfügt werden kann, können die Parteien auch vereinbaren, dass der Entschädigungsanspruch beim Veräusserer verbleibt und von diesem geltend gemacht wird.⁸⁰ Ausser dem Eigentümer haben auch Inhaber von anderen dinglichen Rechten am Expropriationsobjekt sowie Mieter oder Pächter das Recht, ihre Einsprachen oder Forderungen selbstständig zu vertreten. Im Einzelnen sind allerdings die kantonalen Enteignungsgesetze zu konsultieren.

Wie bereits ausgeführt, bewirken die vom Bundesrat erlassenen Schranken gemäss den Übergangsbestimmungen zur GSchV (Uferstreifen) keine Entschädigungspflicht des Bundes aus materieller Enteignung. Somit ist die Frage nach dem Schuldner ausschliesslich bezüglich des Gewässerraums zu beantworten, den die Kantone nach Anhörung der betroffenen Kreise festzulegen haben.

Schuldner einer Entschädigung aus materieller Enteignung ist dasjenige Gemeinwesen, das die Nutzungsbeschränkung eigentümerverbindlich anordnet, d.h. das für die Planung zuständige Gemeinwesen, und zwar ungeachtet der Tatsache, dass sich der Planungsauftrag aus Bundesrecht ergibt.⁸¹ Denn die Kantone legen ja erst die Begrenzung der überbaubaren Fläche fest, aus welcher sich allenfalls eine Entschädigungsfolge ergibt.⁸² Eine allfällige Entschädigungspflicht trifft also die Kantone oder Gemeinden, je nachdem, auf welcher Stufe der Gewässerraum festgesetzt wird.

⁷⁵ Fritzsche/Bösch/Wipf (Fn. 21), S. 251.

⁷⁶ BGE 102 Ib 273.

⁷⁷ Häfelin/Müller/Uhlmann (Fn. 20), Rz. 2107 f.

⁷⁸ Riva (Fn. 24), Art. 5 Rz. 188.

⁷⁹ Ludwig Peter in: Müller Markus/Feller Reto, Bernisches Verwaltungsrecht, Bern 2008, S. 497.

⁸⁰ Riva (Fn. 24), Art. 5 Rz. 196.

⁸¹ Waldmann/Hänni (Fn. 14), Art. 5 N. 92.

⁸² BGE 105 Ia 338 f. E. 3e.



Das erweist sich auch deshalb als sachgerecht, weil den Kantonen bzw. Gemeinden bei der Festlegung des Gewässerraums nach Massgabe der bundesrechtlichen Minimalvorgaben ein erheblicher Spielraum zusteht, bei dessen pflichtgemässer Handhabung auch allfällige Entschädigungsfolgen miteinbezogen werden dürfen.