

Parzelle dennoch der Baubewilligungspflicht (gemäss § 49 Abs. 4 BauV respektive § 30 Abs. 3 ABauV).

4.5.

Unterliegt die Kleinstbaute aufgrund des Unterabstands der Baubewilligungspflicht, ist die Anwendung der BauV im Ergebnis nicht günstiger. Es bleibt daher bei der Geltung der ABauV.

Als Kleinstbaute im Sinne von § 18 Abs. 1 ABauV ist die Stele baubewilligungspflichtig. Ein Befreiungstatbestand von § 30 ABauV liegt nicht vor. Einzuhalten ist deshalb ein Grenzabstand von 2 m (§ 18 Abs. 2 ABauV). Wie bereits ausgeführt (vorne Erw. 4.4.), ist ein Grund für eine Ausnahmegewilligung nicht ersichtlich.

## 22 Gewässerschutz; Normenkontrolle

- § 91 Abs. 2<sup>bis</sup> lit. a der Kantonsverfassung ermächtigt den Regierungsrat zum Erlass von kantonalem Ausführungsrecht innerhalb der vom Bundesrecht vorgegebenen inhaltlichen Gestaltungsmöglichkeiten (Erw. 4.2 und 4.3).
- Nach Bundes- und kantonalem Bau- und Umweltrecht ist die Rechtsetzungsbefugnis des Regierungsrats auf den Erlass von Vollziehungsbestimmungen im engeren Sinn beschränkt (Erw. 4.4).
- Die §§ 3-6 der Vollzugsverordnung zur Gewässerschutzverordnung des Bundes (VV GSchV) vom 25. Januar 2012 (SAR 781.221) sind wegen fehlender Rechtsetzungsbefugnis des Regierungsrats aufzuheben (Erw. 5).
- Bis zur Festlegung des Gewässerraumes gelten die Gewässerabstände gemäss Abs. 2 der Übergangsbestimmungen zur Änderung der Gewässerschutzverordnung vom 4. Mai 2011 (AS 2011, S. 1963) (Erw. 6).

Urteil des Verwaltungsgerichts, 4. Kammer, vom 27. September 2012 in Sachen A. et al. gegen Kanton Aargau (WNO.2012.2).

*Aus den Erwägungen*

4.

4.1.

Nach dem Grundsatz der Gesetzmässigkeit (Legalitätsprinzip) ist jedes staatliche Handeln an das Gesetz gebunden (Art. 5 Abs. 1 BV; § 2 KV). Das Gesetzmässigkeitsprinzip hat neben der rechtsstaatlichen Funktion auch eine demokratische Dimension, indem es die Rechtsetzungsbefugnis des ordentlichen Gesetzgebers vom Kompetenzbereich anderer rechtsetzender Behörden abgrenzt. Mit dem Vorrang des Gesetzes als Teilgehalt gewährleistet das Gesetzmässigkeitsprinzip sodann die Gewaltenteilung, indem es die Regelungsbefugnisse auf die verschiedenen am Rechtsetzungsprozess beteiligten Behörden verteilt (Pierre Tschannen/Ulrich Zimmerli/Markus Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Aufl., Bern 2009, Rz. 2 und Rz. 12 zu § 19).

4.2.

Der Erlass von Verordnungen durch den Regierungsrat gestützt auf § 91 Abs. 2<sup>bis</sup> lit. a KV setzt in erster Linie voraus, dass ein Bundesgesetz den Zweck und die Grundsätze der inhaltlichen Gestaltung der Verordnung festlegt, so dass ein Rahmen vorgegeben ist, in welchem der Regierungsrat in eigener Kompetenz Recht setzen kann. Fehlt eine solche Rahmenordnung auf Gesetzesstufe, besteht grundsätzlich und mit Ausnahme von – im vorliegenden Fall nicht relevantem – Dringlichkeitsrecht (§ 91 Abs. 2<sup>bis</sup> lit. b KV) keine Rechtsetzungskompetenz des Regierungsrats. Die Rechtsetzungsbefugnis des Regierungsrats in § 91 Abs. 2<sup>bis</sup> KV ist keine delegierte, sondern eine unmittelbare Verordnungskompetenz, die sich nicht auf Vollzugsregeln im engeren Sinn beschränkt. Die verfassungsrechtliche Verordnungskompetenz begründet indessen keine Kompetenz zu eigenständiger Rechtsetzung; sie ist vielmehr inhaltlich beschränkt: Zweck und Grundsätze ("alle wichtigen Bestimmungen") müssen vom Grossen Rat in einem formellen Gesetz oder Dekret erlassen werden (vgl. Kurt Eichenberger, Verfassung des Kantons Aargau, Textausgabe mit Kommentar, Aarau/Frankfurt a.M./Salzburg 1986, N 13 zu § 78, N 4 und 5 zu § 91 Abs. 2).

## 4.3.

Auf Grund der Materialien ist davon auszugehen, dass für die Rechtsetzung zur Ausführung von Bundesrecht gestützt auf § 91 Abs. 2<sup>bis</sup> lit. a KV die gleichen Voraussetzungen wie beim Ausführungsrecht zum kantonalen Recht gelten (vgl. dazu Botschaft des Regierungsrats des Kantons Aargau an den Grossen Rat vom 30. Mai 2001, 01.158 [sogenannte Demokratiereform; Bericht und Entwurf zur zweiten Beratung], S. 11 und 12; Protokoll des Grossen Rates [Prot. GR] vom 18. Dezember 2008, Art. 375, S. 495 [Votum des Präsidenten der Kommission]). Es geht daher um Bestimmungen, die von ihrer Bedeutung her auch in einem rein kantonalen Rechtssetzungsverfahren ebenfalls auf Verordnungsstufe normiert werden könnten. Der Erlass von Vollzugsbestimmungen zu Bundesrecht auf dem Verordnungsweg durch den Regierungsrat erfordert daher, dass der Zweck und die Grundsätze der inhaltlichen Gestaltung der Verordnung sich aus dem Bundesrecht ergeben müssen und keine wichtigen Bestimmungen zu erlassen sind (vgl. dazu AGVE 2004, S. 257; 1997, S. 154; Georg Müller, Inhalt und Formen der Rechtsetzung als Problem der demokratischen Kompetenzordnung, Basel 1979, S. 110 f.).

Nach den von der Lehre entwickelten Kriterien beurteilt sich die Wichtigkeit von Bestimmungen insbesondere nach der Zahl der Adressaten und der geregelten Sachverhalte, der Intensität eines Eingriffs, der politischen Bedeutung sowie der finanziellen Auswirkungen, Akzeptanz und Üblichkeit (vgl. dazu Georg Müller, Elemente einer Rechtsetzungslehre, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2006, N 211; Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl., Zürich/St. Gallen 2010, N 397 f.; Giovanni Biaggini, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Zürich 2007, Art. 164 N 5 f.; BGE 128 I 113, Erw. 3c).

Auch wenn § 91 Abs. 2<sup>bis</sup> lit. a KV als Delegationsnorm verstanden wird, sind die Grundsätze der Delegation legislatorischer Befugnisse auf die Exekutive (Verordnungsgeber) zu beachten (BGE 134 I 322, Erw. 2.6.3, in: Praxis 2009 Nr. 62, S. 403; AGVE 2007, S. 148 f.). Der Regierungsrat kann ergänzende Verfahrensregeln erlassen, einzelne Gesetzesbestimmungen präzisieren oder

Gesetzeslücken durch Verordnung schliessen; ausgeschlossen ist hingegen die Einführung von Normen auf dem Verordnungsweg, welche die Grundrechte beschränken oder den Rechtsgenossen Pflichten auferlegen, selbst dann, wenn diese Bestimmungen mit dem Gesetzeszweck übereinstimmen (BGE 136 I 29, Erw. 3.3). Für den Erlass solcher Bestimmungen bedarf der Regierungsrat einer ausdrücklichen Delegation im übergeordneten (Gesetzes-) Recht (vgl. dazu BGE 134 I 125; 134 I 322, Erw. 2.2, 2.4, in: Praxis 2009 Nr. 62, S. 403; BGE 133 I 110, Erw. 6, in: Praxis 2007 Nr. 123, S. 829 mit Hinweisen; AGVE 2004, S. 257 mit Hinweis; Ulrich Häfelin/Walter Haller/Helen Keller, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 8. Aufl., Zürich 2012, Rz. 1872; Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz. 407 und 411; Tschannen/Zimmerli/Müller, a.a.O., Rz. 38 zu § 19; Biaggini, a.a.O., Art. 164 N 5 f.).

#### 4.4.

##### 4.4.1.

Art. 36a Abs. 1 GSchG in der ab 1. Januar 2011 geltenden Fassung verpflichtet die Kantone, den Raumbedarf der oberirdischen Gewässer so festzulegen, dass sie die natürliche Funktion der Gewässer, den Schutz vor Hochwasser und die Gewässernutzung gewährleisten; Einzelheiten regelt der Bundesrat (Abs. 2). Sodann sorgen die Kantone dafür, dass die Gewässer bei der Richt- und Nutzungsplanung berücksichtigt sowie extensiv gestaltet und bewirtschaftet werden (Abs. 3 Satz 1).

Gestützt auf die Delegationsnorm erliess der Bundesrat in den Art. 41a GSchV (Gewässerraum für Fliessgewässer), Art. 41b GSchV (Gewässerraum für stehende Gewässer), Art. 41c GSchV (extensive Gestaltung und Bewirtschaftung des Gewässerraums) und Art. 41d GSchV (Planung von Revitalisierungen) Ausführungsvorschriften zur Festlegung des Gewässerraums. Die Werte für die Ausdehnung des Gewässerraums in Art. 41a f. GSchV enthalten Minimalvorschriften, welche zur Gewährleistung des Schutzes vor Hochwasser und der natürlichen Funktionen der Gewässer notwendig sind. Sie tragen den weiteren Interessen insoweit Rechnung, als die Breite des Gewässerraumes im dicht überbauten Gebiet den baulichen Gegebenheiten angepasst werden kann. Der Bundesrat hat

darauf verzichtet, eine Mindestbreite bei grossen Fliessgewässern festzuschreiben. Art. 41a Abs. 2 lit. b GSchV regelt den Gewässerraum für Fliessgewässer bis 15 m Breite. Bei den über 15 m breiten Flüssen und Seen wollte er den Kantonen genügend Möglichkeiten geben, den Gewässerraum im Einzelfall funktionsgerecht festzulegen. Die allgemeine Regelung zur Festlegung des Gewässerraums in der Gewässerschutzverordnung ist nicht abschliessend, d.h. es bedarf kantonaler Ausführungsvorschriften, welche Regelungslücken schliessen (vgl. dazu Hans W. Stutz, Raumbedarf der Gewässer – die bundesrechtlichen Vorgaben für das Planungs- und Baurecht, in: Zürcher Zeitschrift für öffentliches Baurecht [PBG] 2011/4, S. 15 f.; ders., Uferstreifen und Gewässerraum – Umsetzung durch die Kantone, in: URP 2012, S. 109 ff.).

Die Kantone haben den Gewässerraum nach Anhörung der Eigentümer und betroffenen Grundstückbenutzer im Einzelfall festzulegen. Nach den Intentionen des Bundesgesetzgebers vollziehen die Kantone die Sicherung des Gewässerraums in einem raumplanerischen Verfahren (Erläuternder Bericht des Bundesamts für Umwelt [BAFU] vom 20. April 2011, S. 4, abrufbar unter: [www.news.admin.ch](http://www.news.admin.ch); vgl. auch Stellungnahme des Bundesrates zur Motion "Vollzug der Revitalisierung der Gewässer" vom 23. Mai 2005, Ziff. 6 [Curia Vista 12.3334], abrufbar unter: [www.parlament.ch](http://www.parlament.ch); vgl. dazu auch Stutz, a.a.O., URP 2012, S. 116 ff.).

#### 4.4.2.

Die Vollzugskompetenzen beim Gewässerschutzgesetz liegen generell bei den Kantonen, welche die erforderlichen Vorschriften erlassen (Art. 45 GSchG). Der Bund beaufsichtigt den Vollzug und koordiniert die Gewässerschutzmassnahmen der Kantone (Art. 46 Abs. 1 und 2 GSchG). Die Bundesvollzugskompetenzen in Art. 48 GSchG betreffen Ausnahmen, welche ihre Rechtsgrundlage in andern Bundesgesetzen oder Staatsverträgen haben und im vorliegenden Fall nicht relevant sind. Die Delegation der Vollzugskompetenz im Gewässerschutzgesetz bedeutet, dass der Bund einen Teil seiner Rechtsetzungsbefugnis an den Kanton überträgt und die Kantone beauftragt und damit ermächtigt, die delegierten Sachbereiche durch kantonale Normen zu regeln. Form und Inhalt des kantonalen Aus-

führungsrechts und auch die Zuständigkeit zur Rechtsetzung bestimmen sich nach kantonalem Recht (Häfelin/Haller/Keller, a.a.O., Rz. 1151 f.).

Art. 45 GSchG erfasst den Vollzug im engeren Sinn (vgl. dazu Tobias Jaag, Die Verordnung im schweizerischen Recht, in: ZBl 112/2011, S. 642 ff. mit Hinweisen), d.h. all jene Anordnungen und Massnahmen, die zur Umsetzung des materiellen Bundesrechts im Gewässerschutzgesetz und den Ausführungsvorschriften notwendig sind. Dieses Verständnis des Vollzugsbegriffs ergibt sich für die Vorschriften über den Gewässerraum aus Art. 36a Abs. 2 GSchG, der den Erlass von (materiellen) Ausführungsregeln dem Bundesrat vorbehält.

#### 4.4.3.

Auch die Bestimmungen in den Art. 41a bis 41d GSchV und die Übergangsbestimmungen zur Ordnungsrevision vom 4. Mai 2011 (AS 2011, S. 1955; vgl. dazu hinten Erw. 5.2) ermächtigen den Regierungsrat nicht zu kantonalem Ordnungsrecht, welches die bundesrechtlichen Vorgaben abändert oder (materiell) ergänzt. Nach Art. 2 Abs. 1 lit. h GSchV regelt die Verordnung in der Fassung gemäss Ziff. I der Verordnung vom 4. Mai 2011 die Verhinderung und Behebung nachteiliger Einwirkungen auf Gewässer umfassend.

Abgesehen davon wäre eine Kompetenzdelegation vom Bundesrat auf den Regierungsrat mit Art. 46 Abs. 1 BV und der kantonalen Organisationsautonomie (Art. 47 BV) nicht vereinbar. Nur auf einer Grundlage in der Bundesverfassung könnte der Bund den Kantonen vorschreiben, in welcher Form und funktionaler Rechtsetzungszuständigkeit sie die Umsetzung von bundesrechtlichen Rechtsetzungsaufträgen durchzuführen haben (vgl. dazu Häfelin/Haller/Keller, a.a.O., Rz. 945 f.; Regula Kägi-Diener, St. Galler Kommentar zur BV, 2. Aufl., 2008, Art. 46 N 19 mit Hinweisen; Georg Müller, Darf der Bund die Rechtsform kantonalen Ausführungserlasse bestimmen?, in: ZBl 75/1974, S. 369 f.; BGE 131 I 291 zu Art. 72 Abs. 2 des Steuerharmonisierungsgesetzes als Beispiel für eine bundesrechtliche Delegation zu gesetzsergänzendem Ordnungsrecht).

## 4.4.4.

Als Zwischenergebnis ist daher festzuhalten, dass das Bundesrecht dem Regierungsrat keine (funktionale) Rechtsetzungsbefugnis erteilt, über den reinen Vollzug hinaus (gesetzesergänzende oder -ändernde) Ausführungsvorschriften zu den bundesrechtlichen Bestimmungen über den Gewässerraum und die Revitalisierung der Gewässer zu erlassen.

## 4.5.

## 4.5.1. (...)

## 4.5.2.

Im kantonalen Gesetzesrecht bestehen Besonderheiten in Bezug auf die Rechtsetzungsbefugnisse des Regierungsrats im Bau-, Umwelt- und Planungsrecht:

Gemäss § 164a BauG in der Fassung vom 10. März 2009, in Kraft seit 1. Januar 2010 (AGS 2009, S. 237), wird der Regierungsrat zum Erlass von Ausführungsvorschriften zum Baugesetz ermächtigt. Mit dieser Bestimmung wurden anlässlich der Revision des Baugesetzes vom 10. März 2009 verschiedene Delegationsnormen über den Vollzug, welche vor der Teilrevision auf einzelne Bestimmungen verteilt waren, zusammengefasst (Begleitbericht zum Entwurf der Teilrevision BauG vom 3. November 2006, S. 130). Eine generelle Ermächtigung zum Erlass von Rechtsverordnungen durch den Regierungsrat ist damit nicht verbunden. Diese Delegationsnorm meint mit dem Erlass von Ausführungsvorschriften auch ausschliesslich den Vollzug im engeren Sinn (vgl. zur Rechtslage vor der Revision 2008: AGVE 1997, S. 156).

Den Bestimmungen des Baugesetzes über die Gewässer (§§ 114 ff. BauG) lassen sich ebenfalls keine besonderen Delegationsnormen entnehmen, welche den Regierungsrat zum Erlass von (gesetzesergänzendem) Ordnungsrecht zum Gewässerabstand ermächtigt (vgl. demgegenüber § 52 Abs. 3 BauG zur Regelung der Details über die Anforderungen an Bauten in Bezug auf den Hochwasserschutz).

Ändernde Bestimmungen über die Organisation und das Verfahren, welche zur Umsetzung von Bundesrecht auf dem Gebiet der Raumentwicklung, Umwelt- oder des Natur- und Heimatschutzes

erforderlich sind, kann gemäss § 165 BauG nur der Grosse Rat, nicht der Regierungsrat, erlassen und auch der Grosse Rat nur unter der Einschränkung, dass keine erhebliche Entscheidungsfreiheit besteht.

Schliesslich gibt auch das Einföhrungsgesetz zur Bundesgesetzgebung über den Schutz von Umwelt und Gewässer vom 4. September 2007 (EG Umweltrecht, EG UWR; SAR 781.200) dem Regierungsrat nur Kompetenzen, die für den Vollzug dieses Gesetzes notwendig sind (§ 40 EG UWR). Bereits aus den jeweiligen Randtiteln (Ausführungsvorschriften) dieses Gesetzes wird deutlich, dass der Regierungsrat nur Vorschriften erlassen kann, die das im Gesetz in den Grundzügen Vorgegebene näher ausführen und damit dem Gesetzesvollzug dienen.

5.

5.1.

Art. 41a GSchV unterscheidet zwischen dem Gewässerraum für Fliessgewässer in Biotopen von nationaler und kantonaler Bedeutung, in Moorlandschaften von nationaler Bedeutung, in Wasser- und Zugvogelreservaten von internationaler und nationaler Bedeutung sowie bei gewässerschutzbezogenen Schutzzielen in Landschaften von nationaler Bedeutung und kantonalen Landschaftsschutzgebieten (Abs. 1), und dem Gewässerraum für Fliessgewässer ausserhalb solcher Gebiete (Abs. 2).

Die minimale Breite des Gewässerraums ausserhalb der genannten Objekte des Natur- und Landschaftsschutzrechts entspricht 11 m für Fliessgewässer mit einer Gerinnesohle von weniger als 2 m natürlicher Breite (Art. 41a Abs. 2 lit. a GSchV); bei Fliessgewässern mit einer Gerinnesohle von 2 bis 15 m natürlicher Breite beträgt der Gewässerraum 2,5 mal die Breite plus 7 m (Art. 41a Abs. 2 lit. b GSchV). Der minimale Gewässerraum für stehende Gewässer beträgt mindestens 15 m, gemessen ab der Uferlinie (Art. 41b Abs. 1 GSchV). Diese minimalen Raumbedürfnisse der Gewässer dürfen nicht unterschritten werden. Im Gegenteil sind die Kantone verpflichtet, den Gewässerraum zur Gewährleistung verschiedener Ziele weitergehend zu sichern (Art. 36a Abs. 1 lit. a-c GSchG; Art. 41b Abs. 2 lit. a-d GSchV; vgl. dazu Stutz, a.a.O., PBG 2011, S. 6; vgl. auch "Gewässerraum gemäss Gewässerschutzverordnung", abrufbar



unter: [www.ag.ch](http://www.ag.ch)). Bei den grossen Fliessgewässern, d.h. bei Flüssen mit einer Gerinnesohle von mehr als 15 m, müssen die Kantone die Breite des Gewässerraums festlegen. In dicht überbauten Gebieten können die Kantone die Breite des Gewässerraums den baulichen Gegebenheiten anpassen, soweit der Schutz vor Hochwasser gewährleistet ist (Art. 41a Abs. 4 und Art. 41b Abs. 3 GSchV). Die Gewässerschutzverordnung erlaubt unter bestimmten Voraussetzungen einen Verzicht auf die Festlegung eines Gewässerraums (Art. 41a Abs. 5 und Art. 41b Abs. 4) und regelt schliesslich die Nutzung des Gewässerraums und die Bestandesgarantie (Art. 41c GSchV).

Vom Bundesrecht vorgeschrieben ist eine "Anhörung der betroffenen Kreise" vor der Festlegung der Gewässerräume (Art. 36a Abs. 1 GSchG).

Dem Gesuchsgegner kann zugestimmt werden, dass die Mindestvorschriften in Art. 41a und Art. 41b GSchV sehr weitreichende Vorgaben zur Festlegung des Raumbedarfs enthalten. Die Ermächtigung des Bundesrates (Art. 36a Abs. 2 GSchG) beschränkt sich indessen nicht auf "gewisse" Einzelheiten. Aus dem Begriff "Raumbedarf" in Art. 36a Abs. 1 GSchG und dem Auftrag an die Kantone zur Festlegung des Gewässerraums ist keine Kompetenzbeschränkung des Bundesrates erkennbar. Zur Regelung von Einzelheiten bei der Bemessung eines Gewässerraums gehört auch der Erlass von Mindestvorschriften.

Im Bereich des Gewässerschutzes hat der Bund eine sogenannte konkurrierende Kompetenz (vgl. dazu Häfelin/Haller/Keller, a.a.O., Rz. 1092 f.). Die kantonalen und kommunalen Kompetenzen gehen jeweils in dem Umfang unter, als der Bund seine Zuständigkeit zum Erlass von Gesetzen ganz oder teilweise wahrgenommen hat. Mit dem Erlass des Gewässerschutzgesetzes und der Revision von Art. 36a GSchG hat der Bund seine Gesetzgebungskompetenz (Art. 76 Abs. 2 und 3 BV) genutzt und die Kantone dürfen seit Inkrafttreten dieser Bestimmung keine dem Bundesrecht widersprechenden Regelungen erlassen oder beibehalten. Nur soweit der Bundesgesetzgeber eine ihm zugewiesene Kompetenz nicht nutzt, bleibt Raum für (materielles) kantonales Recht.

5.2.

5.2.1.

Die Kantone sind verpflichtet, den Gewässerraum bis zum 31. Dezember 2018 festzulegen; so lange eine Festlegung des Gewässerraums fehlt, kommt Abs. 2 der Übergangsbestimmung zur Änderung vom 4. Mai 2011 (AS 2011, S. 1963) zur Anwendung. Diese Bestimmung lautet:

So lange sie den Gewässerraum nicht festgelegt haben, gelten die Vorschriften für Anlagen nach Art. 41c Absätze 1 und 2 entlang von Gewässern auf einem beidseitigen Streifen mit einer Breite von je:

- a) 8 m plus die Breite der bestehenden Gerinnesohle bei Fliessgewässern mit einer Gerinnesohle bis 12 m Breite;
- b) 20 m bei Fliessgewässern mit einer bestehenden Gerinnesohle von mehr als 12 m Breite;
- c) 20 m bei stehenden Gewässern mit einer Wasserfläche von mehr als 0,5 ha.

Die Übergangsbestimmung regelt die Abstände bis zur Festlegung der Gewässerräume durch die Kantone abschliessend (vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 1. Februar 2012 [1C\_505/2011], Erw. 3.2 und 3.3).

Die Abstände beziehen sich auf die aktuelle Gerinnesohlebreite der Fliessgewässer und nicht auf die natürliche Gerinnesohlebreite, wie dies Art. 41a GSchV vorsieht. Damit wird berücksichtigt, dass viele Fliessgewässer begradigt und verbaut sind, wodurch die aktuelle Gerinnesohlebreite kleiner ist als die natürliche. Hingegen verlangt die Übergangsbestimmung links und rechts von Fliessgewässern einen Streifen mit einer bestimmten Breite. Entlang von Gewässern mit einer Gerinnesohlebreite von bis zu 12 m beträgt dieser Uferstreifen beidseitig je 8 m plus die Breite der bestehenden Gerinnesohle, beidseitig je 20 m bei Fliessgewässern mit einer Gerinnesohlebreite von mehr als 12 m. Bei stehenden Gewässern über 0,5 ha Wasserfläche gelten die Nutzungseinschränkungen betreffend Anlagen (Art. 41c Abs. 1 und 2 GSchV) auf einer Breite von 20 m (vgl. dazu Erläuternder Bericht des Bundesamtes für Umwelt [BAFU] vom 20. April 2011, S. 30 f.).

## 5.2.2.

Mit Blick auf die rechtlichen Vorgaben (Rahmenordnung) des Bundesrechts ist festzuhalten, dass die Gewässerschutzverordnung die Messmethode für den Gewässerraum in den Art. 41a und 41b GSchV und auch in der Übergangsbestimmung regelt. Die Gesuchsteller beanstanden daher zu Recht, dass die §§ 3 und 4 VV GSchV die bundesrechtlichen Vorschriften über die Messmethode abändern. Keine Norm der Gewässerschutzgesetzgebung des Bundes sieht vor, dass die Kantone statt der bundesrechtlichen Übergangsordnung eine davon (oder von den Art. 41a - 41d GSchV) abweichende kantonale abstrakte Regelung über die Abstände und deren Messweise aufstellen dürfen. Ohne ausdrücklichen Vorbehalt im Bundesrecht ist aber der Erlass von abweichendem kantonalen Recht nicht zulässig (Häfelin/Haller/Keller, a.a.O., Rz. 1163).

Massgebende Regeln für die Messmethode zur Festlegung der Gewässerräume sind ausschliesslich die Bestimmungen der Gewässerschutzverordnung. Die Übergangsbestimmungen regeln zusätzlich die Mindestabstände, bis die Gewässerräume von den Kantonen festgelegt sind. Die bundesrechtliche Ordnung ist in dieser Hinsicht weder lückenhaft, noch sind einzelne Bestimmungen der Gewässerschutzverordnung rechtswidrig, so dass auch kein Ausnahmefall vorliegt, welcher eine Änderung oder ein Abweichen vom Bundesrecht oder einem kantonalen Gesetz ausnahmsweise und vorübergehend zuliesse (vgl. dazu BGE 130 I 140; Jaag, a.a.O., S. 628 f. mit Hinweis).

## 6.

## 6.1.

Aus den vorstehenden Erwägungen folgt, dass das Gewässerschutzrecht des Bundes dem Regierungsrat keine Rechtsetzungsbefugnis zur Regelung der Messmethode und der Abstände bei der Festlegung des Gewässerraums einräumt. Für die Festlegung des Gewässerraums an Fliessgewässern mit einer Breite von über 15 m schreibt das Bundesrecht die Festlegung im Einzelfall, die Anhörung der Betroffenen und die Berücksichtigung der verschiedenen Gewässerfunktionen, inkl. Hochwasserschutz und Gewässernutzung, vor (Art. 36a GSchG). Eine generell-abstrakte Regelung durch kantona-

les Recht für einzelne Fliessgewässer schliesst der Wortlaut damit zwar nicht zum vornherein aus, die kantonale Regelung hat aber die Messmethode und das Verfahren zu beachten. Ausgeschlossen ist eine kantonale Übergangsordnung, die von den bundesrechtlichen Vorgaben abweicht.

Das kantonale Bau- und Gewässerschutzrecht sieht den Erlass von Rechtsverordnungen über Gewässerabstandsvorschriften durch den Regierungsrat höchstens im Vollzugsrecht im engeren Sinn vor. Die Rechtsetzungsbefugnis steht ihm verfassungsrechtlich nur zu, soweit die Voraussetzungen für eine selbständige Verordnung gemäss § 91 Abs. 2<sup>bis</sup> lit. a KV vorliegen. Der Erlass von selbständigen Vorschriften, die das Bundesrecht abändern, erlaubt auch die Kantonsverfassung nicht (vorne Erw. 4.3).

#### 6.2.

##### 6.2.1.

Mit dem Regierungsrat ist davon auszugehen, dass es sich bei den Bestimmungen zum Gewässerraum und den Übergangsbestimmungen um nicht unerhebliche Eingriffe in die Eigentumsgarantie handelt, welche einer gesetzlichen Grundlage bedürfen (Art. 36 Abs. 1 BV). Eine inzidente Normenkontrolle der Art. 41a, Art. 41b GSchV und der Übergangsbestimmungen vom 4. Mai 2011 mit dem Ergebnis, dass die bundesrechtlichen Bestimmungen dem Gesetzesvorbehalt nicht genügen, könnte allerdings die fehlende Rechtsetzungsbefugnis des Regierungsrates nicht begründen. Fehlte dem Bundesrat die Kompetenz zum Erlass der Ausführungsregeln zu Art. 36a ff. GSchG, weil das Gewässerschutzgesetz die erforderliche Rahmenordnung nicht enthalten würde, stünde diese Befugnis dem Regierungsrat auch nicht zu. Der Regierungsrat müsste sich das (gewünschte) Ergebnis der inzidenten Normenkontrolle, d.h. den Gesetzesvorbehalt, ebenfalls entgegenhalten lassen.

##### 6.2.2.

Beim bundesstaatlichen Subsidiaritätsprinzip (Art. 5a und Art. 46 BV) handelt es sich um eine staatspolitische Maxime, nicht um eine Kompetenzverteilungsregel (vgl. Rainer Schweizer/Lucien Müller, St. Galler Kommentar zur BV, a.a.O., Art. 5a N 15 mit Hinweisen; a.A. Paul Richli, in: ZSR 126/2007 I S. 78 f.). Gemäss

Art. 46 Abs. 1 BV steht die Umsetzung von Bundesrecht den Kantonen nach Massgabe von Verfassung und Gesetz zu. Die Zuständigkeit für die Regelung des Gewässerraums liegt gestützt auf Art. 76 Abs. 3 BV beim Bund und er hat diese Kompetenz mit dem Erlass von Art. 36a ff. GSchG ausgeübt. In diesem Umfang ist die kantonale Rechtsetzungszuständigkeit untergegangen und den Kantonen ist es verwehrt, widersprechende Bestimmungen zu erlassen.

Der Raumbedarf der oberirdischen Gewässer soll die natürlichen Funktionen der Gewässer, den Hochwasserschutz und die Gewässernutzung gewährleisten (Art. 36a GSchG). Mit der Konkretisierung dieser Grundsätze beauftragte der Gesetzgeber den Bundesrat (Art. 36a Abs. 2 GSchG). Bezugspunkt des Gesetzesvorbehalts ist damit materiell Art. 36a Abs. 1 lit. a-c GSchG. Inhaltliche Vorgaben für die Konkretisierung des Gewässerraumes finden sich zusätzlich in den Art. 37 Abs. 2 GSchG (Gestaltung von Gewässern und Gewässerraum) und Art. 43a Abs. 1 und 2 GSchG (Geschiebehauhalt), welche die massgeblichen Interessen und Funktionen des Gewässerraums ergänzend umschreiben. Der Rahmen der Delegation wird zudem durch den Gesetzeszweck und von allgemeinen Prinzipien präzisiert. Wie bei den Ausführungsvorschriften zum Umweltschutzgesetz sind die gesetzlichen Bestimmungen über den Gewässerraum wenig konkret und die Tragweite wird erst mit der Verordnung sichtbar. Die Umsetzung der Grundsätze und der konzeptionelle Schutzmechanismus eines planungsrechtlichen Verfahrens erfordern für eine effiziente und einheitliche Rechtsanwendung eine grössere Normdichte und Bestimmtheit auf Verordnungsebene. Angesichts der erwähnten Vorgaben im Gewässerschutzgesetz und dem Gesetzeszweck (vgl. Art. 1 lit. c-h GSchG) ist der Rahmen der Ermächtigungsnorm eingehalten. Die konkreten Werte des Raumbedarfs, die dann Eingang in die Gewässerschutzverordnung fanden, waren in den parlamentarischen Beratungen auch bekannt (Bericht der ständerrätlichen Kommission UREK vom 12. August 2008, in: BBl 2008, S. 8059). Vergleichbare Vorgaben einer Rahmenordnung finden sich auch im Bereich Hochwasserschutz (vgl. Merkblatt für die Umsetzung Gefahrenkarte Hochwasser, abrufbar unter: [www.ag.ch; Hochwasser](http://www.ag.ch; Hochwasser)).

wasserschutz an Fliessgewässern [Wegleitungen des BWG, 2001]). Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass den Kantonen im dicht überbauten Gebiet und bei den grossen Fliessgewässern ein erheblicher Ermessensspielraum eingeräumt ist, der unter Vorbehalt der Interessen des Hochwasserschutzes auch die Anpassung des Gewässerraums an bestehende bauliche Gegebenheiten erlaubt.

Die Übergangsbestimmungen sichern den Gewässerraum bis zur Festlegung durch die Kantone, indem Abstandsvorschriften bezogen auf die aktuelle Gerinnesohlebreite und ohne den Korrekturfaktor (Art. 41a GSchV) festgelegt wurden. Diese Uferstreifen sind breiter als die altrechtlichen kantonalen Gewässerabstände. Indessen schliessen die Übergangsregeln im Siedlungsgebiet die Berücksichtigung baulicher Gegebenheiten nicht aus und sie lassen eine Interessenabwägung im Baubewilligungsverfahren und in der Nutzungsplanung zu, soweit die Vorgaben aus dem Hochwasserschutz eingehalten sind.

Eine allfällige Verfassungswidrigkeit von Bestimmungen der Gewässerschutzverordnung und der Übergangsordnung über den Gewässerraum hätte schliesslich nicht zur Folge, dass die Delegationsnorm (Art. 36a Abs. 2 GSchG) nicht zur Anwendung gelangte und anstelle des Bundesrats die Kantone die Einzelheiten regeln könnten.

## **23 Richtplanverfahren; Gesamtrevision**

- **Die Gemeinden haben mit Bezug auf Richtplanfestsetzungen ein umfassendes Mitwirkungsrecht (Erw. 3.3.1).**
- **Die Stellungnahme der Gemeinde zu Änderungen des (ersten) Richtplanentwurfs ist vor dem Entscheid des Grossen Rates einzuholen (Erw. 3.3.2).**

Urteil des Verwaltungsgerichts, 4. Kammer, vom 22. November 2012 in Sachen Einwohnergemeinde A. gegen Grosser Rat (WBE.2011.373).