

IV. Bau-, Raumplanungs- und Umweltschutzrecht

34 Gewässernutzung.

- **Ausnahmen von der Bewilligungspflicht (§ 4 Abs. 2 Satz 2 GNG; § 5 Abs. 3 GNV); Anwendung auf eine durch eine Eindolung entstandene zusätzliche Gartenfläche (Erw. 1).**
- **Fehlende Gebührenpflicht auch mangels einer effektiven, sich nach aussen manifestierenden Leistung des Staates (Erw. 2).**
- **Abhandlung von Gegenargumenten (Erw. 3).**
- **Zulässigkeit einer zu blossen Kontrollzwecken erteilten Bewilligung (Erw. 4).**

Entscheid des Verwaltungsgerichts, 3. Kammer, vom 17. Dezember 2004 in Sachen F. und Mitb. gegen Regierungsrat.

Aus den Erwägungen

1. Die Beschwerdeführer bestreiten zunächst unter Hinweis auf § 4 Abs. 2 Satz 2 GNG die Bewilligungspflicht für die den angefochtenen Bewilligungen zugrundeliegenden Gewässernutzungen.

a) Die Nutzung der oberirdischen Gewässer ist im Rahmen des Gemeindegebrauches frei (§ 4 Abs. 1 GNG). Den Gemeindegebrauch übersteigende Nutzungen an oberirdischen Gewässern und ihrem Gebiet sind bewilligungspflichtig (§ 4 Abs. 2 Satz 1 GNG). Der Regierungsrat kann geringfügige Nutzungen von der Bewilligungspflicht ausnehmen (§ 4 Abs. 2 Satz 2 GNG). In § 5 Abs. 3 GNV hat er von dieser Befugnis Gebrauch gemacht, einige Fälle aufgelistet (Einsetzen von Fischkästen bis 100 l Inhalt; Erstellung einfacher Bootsanbindevorrichtungen sowie von Fischer- und Bootsanlege-stegen bis höchstens 1.50 m² Grundfläche) und das Baudepartement ermächtigt, "ähnliche geringfügige Nutzungen von der Bewilligungspflicht auszunehmen". Mit diesen Ausnahmen von der Be-

willigungspflicht wird offensichtlich bezweckt, unnötigen Verwaltungsaufwand zu vermeiden; der Staat soll nur dort intervenieren, wo es sich unter dem Gesichtspunkt des öffentlichen Interesses aufdrängt. Ganz ähnliche Motive liegen auch der Bestimmung von § 30 ABauV betreffend die Befreiung von der Baubewilligungspflicht zugrunde (siehe AGVE 2001, S. 287 ff.).

b) Im Jahre 1962 wurde der bis dahin in einem offenen Gerinne fliessende "Huebbach" teilweise in ein Zementrohr mit einem Kaliber von 70 cm verlegt. Zuvor hatten sich infolge der Erosionswirkung des Bachs beidseitig Böschungen gebildet. Durch die mit der Eindolung verbundene Terrainaufschüttung entstand über der Gewässersohle eine Landfläche, welche als Gewässergebiet wie das Gewässer selbst im Eigentum des Kantons steht (§ 116 Abs. 1 und 2 BauG) und durch die Eigentümer des beidseitig angrenzenden Landes genutzt werden kann. Es ist unbestreitbar, dass eine solche Nutzung nicht mehr gemeinverträglich ist, d.h. den Gemeindegebrauch übersteigt (§ 4 Abs. 2 GNG).

Die Beschwerdeführer machen nun geltend, die im Grenzbereich ihrer Grundstücke liegende Eindolung führe nicht zu einer besseren Grundstücksnutzung. Dies wird (wenn die bauliche Nutzung ausgeklammert wird) durch die anlässlich des vorinstanzlichen Augenscheins aufgenommenen Fotos belegt; sie zeigen, dass im aufgeschütteten Bereich lediglich die Gartenfläche etwas vergrössert worden ist. Die Gegenargumente des Regierungsrats in der Stellungnahme vom 13. Oktober 2004 überzeugen nicht. Selbst wenn dort, wo früher ein kleines Tobel war, "einzelne Obstbäume" gepflanzt worden sein sollten, würde dies noch keine im Sinne von § 4 Abs. 2 GNG rechtserhebliche Nutzung indizieren.

Soweit der Regierungsrat bauliche Nutzungen auf den Parzellen Nrn. 336 und 1262 anspricht, die nur wegen der Eindolung möglich gewesen seien, ist er auf seine eigenen Erwägungen im angefochtenen Entscheid zu verweisen; dort wird nämlich zutreffend ausgeführt, aufgrund der Dauer der Gewässergebietsnutzung (rund 40 Jahre) sei "dem Schutz des Vertrauens der Beschwerdeführenden in diese Nutzung erhöhtes Gewicht beizumessen", weshalb der erteilten Nutzungsbewilligung "kein konstitutiver Charakter" zukomme. Auch

die 2. Kammer des Verwaltungsgerichts hat seinerzeit erwogen, dass eine offenkundige, von den Behörden während Jahrzehnten geduldete Nutzung nach Treu und Glauben als bewilligt gelten müsse (AGVE 1994, S. 267 ff.). Es bleibt folglich dabei, dass man es zum jetzigen Zeitpunkt mit einem vernachlässigbar kleinen Nutzungsgewinn zu tun hat. Ein Vertreter des Gemeinderats brachte es am vorinstanzlichen Augenschein mit der Bemerkung, das Ganze sei "völlig unverständlich" und es gehe - wenn überhaupt - höchstens um eine geringfügige Nutzung, auf den Punkt. Eine Bewilligungspflicht für gesteigerten Gemeindegebrauch ist somit zu verneinen. Dem steht nicht entgegen, dass der Staat auch derartige geringfügige Nutzungen aus Kontrollgründen erfasst (AGVE 1994, S. 272 f.); dann steht hinter der "Bewilligungspflicht" aber nicht die Zusatznutzung, sondern ein anderes Motiv.

2. Für die *der Bewilligung unterliegende* Nutzung der öffentlichen Gewässer und ihres Gebiets erhebt der Staat Gebühren (§ 42 Abs. 1 Satz 1 GNG). Fehlt es an der Bewilligungspflicht, ist folglich auch keine Gebühr geschuldet. Selbst wenn die Bewilligungspflicht hier bejaht würde, wäre das Ergebnis kein anderes. Im Regelfall werden Nutzungsgebühren für *konkrete* Nutzungen erhoben, deren Art und Umfang im Bewilligungsgesuch selber umschrieben werden. Das klassische Beispiel hierfür bildet etwa die Demonstration auf öffentlichem Grund oder das Aufstellen von Verkaufswagen auf dem Gebiet öffentlicher Strassen (siehe Ulrich Häfelin / Georg Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Auflage, Zürich 2002, Rz. 2397). Die in den §§ 11 f. GND aufgezählten Nutzungsarten sind ganz analoge, ebenfalls klar definierte Tatbestände; aufgezählt werden dort Seilbahnen und Materialtransportanlagen, Schiffs-, Fischer- und Wochenendbauten, Schiffsstege und Schiffsverankerungen, Surfpplätze mit Einsatzstellen, Campingplätze und ähnliche Anlagen oder landwirtschaftliche Nutzungen (§ 11) bzw. Rohr- und Kabelleitungen, Rechteckkanäle und andere unterirdische Bauten, Freileitungen und Masten sowie Eindolungen (§ 12). In Anbetracht dieser Enumerationen erweist es sich als nicht verhältnismässig, schon eine relativ vage Nutzungsmöglichkeit als gebührenpflichtig zu betrachten. Auch das Äquivalenzprinzip verlangt grundsätzlich,

dass eine *konkrete und effektive*, sich nach aussen manifestierende Leistung des Staates vorliegt; es geht hier nicht um die Abgeltung eines wirtschaftlichen Sondervorteils wie bei der Vorzugslast (Häfelein/Müller, a.a.O., Rz. 2641 f., 2655). Diesen Grundsatz bringt auch § 42 Abs. 1 Satz 1 GNG zum Ausdruck, wonach die Gebühren "in billiger Weise nach der gewährten Leistung abzustufen sind". Eine blosser Gartennutzung erreicht in aller Regel die für eine Gebührenerhebung erforderliche Nutzungsintensität nicht.

3. Im Folgenden ist noch gesondert zu einzelnen Argumenten und Einwänden des Regierungsrats Stellung zu nehmen:

a) Ob eine unbefristet erteilte Erlaubnis zur dauerhaften Eindeckung eines Bachs unter § 11 lit. e oder § 12 lit. d GND fällt, kann offen bleiben, nachdem die Bewilligungspflicht verneint worden ist (vorne Erw. 1/b) und es hier auch nicht um den erwähnten Tatbestand geht. Dies scheint der Regierungsrat zu verkennen. Die Eindolung des "Huebbachs" als solche ist im Jahre 1962 realisiert worden (vorne Erw. 1/b), und es ist anzunehmen, dass der damalige Ersteller (die Einwohnergemeinde oder das betreffende Bodenverbesserungsunternehmen) die dazu erforderliche Bewilligung gemäss § 4 Abs. 2 GNG bzw. § 5 Abs. 2 lit. a GNV eingeholt hat. Von der Erstellung des Eindolungsbauwerks zu unterscheiden ist die Nutzung der darüberliegenden Fläche. Der Regierungsrat vermengt diese beiden Nutzungsarten. Für ihn ist offenbar einzig massgebend, dass eine Überbauung des Gewässergebiets (beispielsweise in Form einer Eindolung) vorliegt; ob die neu geschaffene Fläche über dem Gewässergebiet landwirtschaftlich, als Garten oder als Parkplatz usw. genutzt wird, mit Obstbäumen bepflanzt wird oder brach liegt, ist danach unerheblich. Das kann aber gebührenrechtlich nicht richtig sein (siehe vorne Erw. 2). Aus den dargelegten Gründen - und auch vom normalen Sprachgebrauch her - bleibt auch die Verwendung des Begriffs "Eindolung" in den angefochtenen Gewässernutzungsbewilligungen vom 28. Mai 2002 problematisch.

b) Der Regierungsrat stellt fest, es sei in Fällen wie dem vorliegenden nicht das Ziel, möglichst viele Einnahmen zu generieren, sondern es gehe primär um die Regelung der Frage, wer den Nutzen und die Verantwortung für den Unterhalt der Bachleitung und des

Landes trage. Eine solche Zwecksetzung ist aber von der Gebührenerhebung völlig unabhängig. Dass es legitim ist, wenn der Kanton aus Gründen der Präventivkontrolle und zu Registrierungszwecken im Rahmen der Gewässerverwaltungspflicht auch nachträglich noch Gewässernutzungsbewilligungen erteilt, ist bereits ausgeführt worden (vorne Erw. 1/b; siehe AGVE 1994, S. 272 f.).

c) Die vom Regierungsrat aufgezeigten "weit reichenden Folgen" für die aargauische Verwaltungspraxis vermag das Verwaltungsgericht nicht zu erblicken. Sowohl für die Eindolungsbauwerke als solche als auch für den gesteigerten Gemeindegebrauch der darüberliegenden Fläche können gemäss GNG und den einschlägigen Ausführungserlassen Gebühren erhoben werden, aber eben nur dann, wenn die aus dem Äquivalenzprinzip fliessenden Anforderungen erfüllt sind (siehe vorne Erw. 2).

d) Unzutreffend ist auch, dass bei Zugrundelegung der verwaltungsgerichtlichen Auffassung "die jeweils aktuellen Grundeigentümer nach ihren eigenen Wünschen und momentanen Nutzungen über die Gebührenerhebung jährlich frei entscheiden könnten". Ob eine Einsatzstelle für Surfer oder eine Privatbrücke mit Gebühren belegt werden dürfen, auch wenn sie momentan nicht als solche genutzt werden, ist ein anderes Thema. Im vorliegenden Fall geht es ausschliesslich darum, ob die in Frage stehende Nutzung die für die Bewilligungs- und Gebührenpflicht nötige "Intensitätshöhe" erreicht. Geradezu spitzfindig erscheint sodann der Hinweis, findige Grundeigentümer könnten "künftig vom Kanton z.B. verlangen, dass er auf eigene Kosten ihren Garten unterhält, soweit er im Gewässergebiet liegt". Unter dem Gewässerunterhalt im Sinne der §§ 121 f. BauG werden die Vorkehren verstanden, "die dazu dienen, ein Gewässer in gutem Zustand zu erhalten und den ungehinderten Abfluss des Wassers durch Freihalten des Bettes und des Durchflussprofils zu gewährleisten" (Erich Zimmerlin, Baugesetz des Kantons Aargau vom 2. Februar 1971 [Kommentar], 2. Auflage, Aarau 1985, § 84 N 3). Private Grundstücksnutzungen oberhalb einer Eindolung werden von diesem Begriff klarerweise nicht erfasst.

e) Schliesslich entsteht auch kein Widerspruch mit dem VGE II/117 vom 8. Dezember 1998 (BE.1995.00323). Dort ging es

um die teilweise Verlegung eines eingedolten Bachs im Rahmen eines privaten Bauvorhabens, da die geplanten Bauten über die unterirdische Bachleitung zu stehen gekommen wären. Streitig war die Zustimmung des Baudepartements zur Bachumlegung und die damit zusammenhängende Gebührenerhebung. Diesem Sachverhalt entspricht im vorliegenden Falle die Bewilligung, den die Gemeinde Auenstein vom Kanton für die Leitungsverlegung erhalten hat.

4. Der Regierungsrat ging im angefochtenen Entscheid von einer Nutzungsbewilligung aus, wie sich aus der Verknüpfung mit Nutzungsgebühren und auch aus den Äusserungen im Beschwerdeverfahren zweifelsfrei ergibt. Die angepassten "Besonderen Bedingungen und Auflagen" sind nun aber so formuliert, dass sie auch im Rahmen einer bloss zu Kontrollzwecken erteilten Bewilligung - wie sie zulässig ist (vorne Erw. 1/b a.E., 3/b) - ihre Berechtigung haben. Sie aufzuheben, wäre deshalb nicht gerechtfertigt. (...).

Da eine "Bewilligung zu Kontrollzwecken" nicht im Interesse des Privaten, sondern des Kantons bzw. seiner Verwaltung liegt, sind die angefochtenen Gebühren vollumfänglich aufzuheben.

35 Zonenkonformität einer Selbstbedienungs-Autowaschanlage in einer gemischten Zone.

- Verhältnis zwischen den Nutzungsvorschriften des kantonalen und kommunalen Rechts und dem Umweltschutzrecht des Bundes (Erw. 2/c). Anwendung dieser Grundsätze auf eine kommunale Bestimmung, welche als mässig störend Auswirkungen bezeichnet, die im Rahmen herkömmlicher Handwerks- und Gewerbebetriebe bleiben, auf die üblichen Arbeits- und Öffnungszeiten beschränkt sind und nur vorübergehend auftreten (Erw. 2/d/bb).
- Auslegung dieser Bestimmung (Erw. 2/e/aa). Eine Selbstbedienungs-Autowaschanlage, die den Benützern täglich (einschliesslich des Sonntags) von 06.00 bis 22.00 Uhr zur Verfügung steht, weist weder "übliche" Arbeits- und Öffnungszeiten auf noch lässt sie sich als "herkömmlichen" Gewerbebetrieb bezeichnen (Erw. 2/e/bb).

Entscheid des Verwaltungsgerichts, 3. Kammer, vom 30. März 2005 in Sachen H. und Mitb. gegen Regierungsrat.