

Umweltrecht in der Praxis

Droit de l'environnement dans la pratique

Leitartikel | Entscheide | Literatur | Neuigkeiten
Article principal | Arrêts | Doctrine | Nouveautés



Inhaltsverzeichnis

Contenu

Editorial Editorial	1
Leitartikel Article principal	
Ufervegetation gemäss NHG – Abgrenzungsfragen betreffend Begriff und Schutz CHRISTOPH SCHAUB, Dr. iur., Rechtsanwalt, Zürich	3
Entscheide Arrêts	
1. Lärmschutz; Natur- und Heimatschutz; Ausbau der Nationalstrasse beim Gubristtunnel (Weiningen ZH) (Auszug) (BV, NSG, USG, LSV, NHG, FMV, VwVG) BVGer, 15.01.2014	27
2. Landschaftsschutz; Ausbau der Nationalstrasse beim Gubristtunnel; Prüfung von Varianten; Verletzung der Prüfungs- und Begründungspflicht (Weiningen ZH) (Auszug) (BV, NHG, NSG) BGer, 23.09.2014	64
Literatur Doctrine	
THURNHERR DANIELA, Verfahrensgrundrechte und Verwaltungshandeln – Die verfas- sungsrechtlichen Mindestgarantien prozeduraler Gerechtigkeit unter den Bedin- gungen der Diversität administrativer Handlungsmodalitäten, Habilitationsschrift, Dike Verlag, Zürich/St. Gallen 2013 (MICHAEL BEUSCH)	76
Neuigkeiten Nouveautés	
Rechtsetzung, ausgewählte amtliche Publikationen, Literatur zum nationalen Umweltrecht und Varia	83

Ufervegetation gemäss NHG – Abgrenzungsfragen betreffend Begriff und Schutz

CHRISTOPH SCHAUB, Dr. iur., Rechtsanwalt, Zürich

Inhalt

Résumé	4
Zusammenfassung	5
I. Einleitung	6
II. Gesetzliche Grundlagen (Art. 21 und 22 NHG)	6
III. Quantitative und qualitative Kriterien für den Begriff der Ufervegetation	7
1. Im Allgemeinen	7
2. Besonderes zur wasserseitigen Ufervegetation	9
2.1 Fläche und Bewuchsdichte	10
2.2 Bezug zum Ufer	11
3. Besonderes zur landseitigen Ufervegetation	12
IV. Anwendbarkeit von Art. 21 NHG auch bei künstlich geschaffenen oder geänderten Gewässern?	13
1. Grundsätzliches	13
2. Kriterium der Gewässeridentität	15
3. Qualifikation typischer Fälle	16
3.1 Fall A: Künstliches Gewässer ohne Speisung durch natürliches Gewässer	16
3.2 Fall B: Künstliches Gewässer mit Speisung durch ein natürliches Gewässer	16
3.3 Fall C: Aufgestautes ursprünglich natürliches Fließgewässer	17
3.4 Fall D: Aufgestautes ursprünglich natürliches stehendes Gewässer	17
3.5 Fall E: Kanalisiertes ursprünglich natürliches Fließgewässer	18
3.6 Fall F: Ursprünglich natürliches Gewässer mit künstlich geändertem Ufer	18
3.7 Fall G: Ursprünglich natürliches Gewässer mit renaturiertem Ufer	19

V.	Abgrenzung zwischen Beeinträchtigung und Zum-Absterben-Bringen der Ufervegetation	19
	1. Bedeutung der Abgrenzung	19
	2. Abgrenzungskriterien	20
VI.	Voraussetzungen für eine Ausnahmebewilligung nach Art. 22 Abs. 2 NHG	22
	1. Grundsätzliches	22
	2. Revitalisierungen gemäss Art. 38a GSchG	23
	3. Schüttungen gemäss Art. 39 GSchG und mildere Alternativen	24
VII.	Beseitigung von Ufervegetation ausserhalb von Art. 22 Abs. 2 NHG?	25
	1. Verfassungsrechtliche Ansatzpunkte	25
	2. Zulässigkeit einer «vorübergehenden» Beseitigung von Ufervegetation?	26

Résumé

Par végétation des rives au sens de l'art. 21 LPN, on entend les formations végétales naturelles riveraines qui poussent soit dans l'eau, soit dans la zone d'atterrissement, dans la mesure où celle-ci est située dans la marge de fluctuation du niveau des eaux. Comme il s'agit de protéger non pas les plantes individuelles, mais les *formations* végétales, il convient de définir, pour l'exécution, les critères relatifs à la taille minimale de la surface de végétation et à la densité minimale de la végétation. Il n'y a pas lieu de supposer que l'on est en présence de végétation des rives lorsque, sur la surface concernée, la marge de fluctuation du niveau des eaux comporte uniquement des plantes *non* typiques des rives. La protection de la végétation des rives au sens de la LPN ne trouve pas application dans les eaux entièrement artificielles; dans les eaux contenant des éléments aussi bien naturels qu'artificiels, cette protection s'applique partout où l'identité des eaux a été préservée malgré les modifications intervenues de la main de l'homme. Ceci doit être démontré à l'aide de cas typiques.

Lorsque des atteintes à la végétation des rives sont à l'ordre du jour, il s'agit de distinguer selon que la végétation des rives doit être détruite ou est seulement destinée à faire l'objet d'une atteinte; les conditions d'autorisation sont en effet différentes dans ces deux variantes. La protection légale de la végétation des rives selon la LPN va loin et les conditions de sa suppression,

prescrites à l'art. 22 al. 2 LPN, sont par conséquent strictes: il faut que le projet ne puisse pas être réalisé ailleurs et que l'atteinte soit expressément admise par la législation en matière de police des eaux ou de protection des eaux (numerus clausus des cas possibles); en outre, une suppression peut seulement être justifiée par des motifs constitutionnels (protection des marais, garantie de la propriété, clause générale de police etc.).

Zusammenfassung

Unter Ufervegetation im Sinne von Art. 21 NHG sind natürliche Pflanzengesellschaften im Uferbereich zu verstehen, die entweder im Wasser oder in der Verlandungszone wachsen, soweit diese im Schwankungsbereich des Gewässerspiegels liegt. Da es um den Schutz nicht von Einzelpflanzen, sondern von *Pflanzengesellschaften* geht, sind für den Vollzug Kriterien zu definieren für die vorauszusetzende Mindestgrösse der Bewuchsfläche und die Mindestdichte des Bewuchses. Keine Ufervegetation ist anzunehmen, wenn im Schwankungsbereich des Gewässerspiegels auf einer zusammenhängenden Fläche nur Pflanzen wachsen, die für Ufer *untypisch* sind. Bei vollständig künstlich geschaffenen Gewässern greift der Ufervegetationsschutz gemäss NHG nicht; bei Gewässern, die sowohl natürliche als auch künstliche Elemente aufweisen, greift dieser Schutz überall dort, wo die Identität des Gewässers trotz der von Menschenhand vorgenommenen Veränderungen erhalten geblieben ist. Dies wird anhand typischer Fälle aufgezeigt.

Wenn Eingriffe in die Ufervegetation zur Diskussion stehen, ist zu unterscheiden, ob Ufervegetation zum Absterben gebracht oder nur beeinträchtigt werden soll; denn die Bewilligungsvoraussetzungen der beiden Varianten sind unterschiedlich. Der gesetzliche Schutz der Ufervegetation nach NHG geht weit, und entsprechend sind gemäss Art. 22 Abs. 2 NHG die Voraussetzungen für ihre Beseitigung streng: Vorausgesetzt wird, dass das Vorhaben standortgebunden ist und der Eingriff nach der Wasserbau- oder Gewässerschutzgesetzgebung ausdrücklich zugelassen ist (Numerus clausus möglicher Fälle); darüber hinausgehend kann eine Beseitigung einzig aus verfassungsrechtlichen Gründen (Moorschutz, Besitzstandsgarantie, polizeiliche Generalklausel etc.) gerechtfertigt sein.

I. Einleitung

Beim Vollzug des Ufervegetationsschutzes stellen sich immer wieder heikle Abgrenzungsfragen, etwa die folgenden: Wie zahlreich und wie dicht müssen die Pflanzen im Uferbereich sein, damit eine «Ufervegetation» gemäss NHG anzunehmen ist? Kann eine Gartenanlage mit Rasen und (exotischen) Ziersträuchern, die im Schwankungsbereich des Gewässerspiegels liegt, als Ufervegetation qualifiziert werden? Kann auch bei einem künstlich angelegten Gartenteich, einem kanalisierten Fliessgewässer oder einem Stausee Ufervegetation im Sinne des NHG vorkommen? Ist ein Beseitigen von Ufervegetation auch anzunehmen, wenn diese (etwa durch Teilbeschattung) bloss ausgedünnt wird? Gibt es über die in Art. 22 Abs. 2 NHG angesprochenen Fälle hinaus weitere Fälle, in denen die Beseitigung von Ufervegetation zulässig sein kann?

Ziel der nachfolgenden Ausführungen ist es aufzuzeigen, nach welchen Kriterien Abgrenzungsfragen der genannten Art beantwortet werden können.

II. Gesetzliche Grundlagen (Art. 21 und 22 NHG)

Vorweg seien die massgeblichen Bestimmungen des Bundesgesetzes vom 1. Juli 1966 über den Natur- und Heimatschutz (NHG; SR 451) wiedergegeben, und zwar in der heute in Kraft stehenden Fassung:

Art. 21 Ufervegetation

¹ Die Ufervegetation (Schilf- und Binsenbestände, Auenvegetationen sowie andere natürliche Pflanzengesellschaften im Uferbereich) darf weder gerodet noch überschüttet noch auf andere Weise zum Absterben gebracht werden.

² Soweit es die Verhältnisse erlauben, sorgen die Kantone dafür, dass dort, wo sie fehlt, Ufervegetation angelegt wird oder zumindest die Voraussetzungen für deren Gedeihen geschaffen werden.

Art. 22 Ausnahmegewilligungen

¹ ...

² Sie [die zuständige kantonale Behörde] kann die Beseitigung der Ufervegetation in den durch die Wasserbaupolizei- oder Gewässerschutzgesetzgebung erlaubten Fällen für standortgebundene Vorhaben bewilligen.

³ Begründet ein anderer Erlass die Zuständigkeit einer Bundesbehörde zum Entscheid über ein Vorhaben, so erteilt diese Behörde die Ausnahmegewilligung.

Die zitierten Bestimmungen weichen von der ursprünglichen Fassung des NHG vom 1. Juli 1966 in verschiedener Hinsicht ab. Hier interessiert besonders Art. 22 Abs. 2 NHG. Die ursprüngliche Fassung dieser Bestimmung lautete (AS 1966 1637, S. 1643):

² Sie [die zuständige kantonale Behörde] kann die Beseitigung der Ufervegetation bewilligen, wenn es das öffentliche Interesse erfordert. ... [Es folgte ein 2. Satz betreffend den Rechtsmittelweg.]

Die heute geltende Fassung von Art. 22 Abs. 2 NHG, die oben als erste zitiert worden ist, wurde mit dem Gewässerschutzgesetz vom 24. Januar 1991 erlassen und steht in Kraft seit dem 1. November 1992.

Die Ausnahmebestimmung von Art. 22 Abs. 2 NHG wurde durch die Revision von 1991 insoweit enger gefasst, als eine Ausnahme heute nur noch «in den durch die Wasserbaupolizei- oder Gewässerschutzgesetzgebung erlaubten Fällen für standortgebundene Vorhaben» vorgesehen ist. Auf der anderen Seite ergibt sich aus der Streichung des Erfordernisses des öffentlichen Interesses eine Erweiterung insoweit, als in den gemäss Wasserbaupolizei- oder Gewässerschutzgesetzgebung erlaubten Fällen auch die Ausnahmegewährung in einem privaten Interesse in Betracht kommt.

III. Quantitative und qualitative Kriterien für den Begriff der Ufervegetation

1. Im Allgemeinen

Gemäss Art. 21 Abs. 1 NHG sind unter Ufervegetation «Schilf- und Binsenbestände, Auenvegetationen sowie andere natürliche Pflanzengesellschaften im Uferbereich» zu verstehen. Zu diesen Pflanzengesellschaften gehören gemäss *bundesgerichtlicher Rechtsprechung* Pflanzen, welche die Ufer bedecken oder im Wasser wachsen; der Uferbereich erstreckt sich auch auf die Verlandungszone, soweit sich diese im Schwankungsbereich des Spiegels des fraglichen Gewässers befindet.¹ Das Vorhandensein natürlicher Pflanzengesellschaften bedingt nach einem Entscheid des *Zürcher Verwaltungsgerichts* «zumindest eine naturnahe und standortgerechte Pflanzenschicht, ohne dass diese durchgehend sein müsste».²

¹ BGer 1C_378/2009 vom 14. Januar 2010 E. 3.2.

² VerwGer ZH VB.2005.00456 vom 7. Februar 2006 E. 4.3.1.

Gemäss LEUTHOLD/LUSSI/KLÖTZLI umfasst die Ufervegetation natürliche und naturnahe Pflanzenbestände an Ufern. Sie reicht von den untersten submersen (untergetauchten) Pflanzen bis zu denjenigen Pflanzen, deren Hauptwurzeln noch im Einflussbereich des vom Gewässer abhängigen Grundwasserspiegels liegen oder deren Standort sporadisch vom Gewässer überschwemmt wird.³ Das Begriffsverständnis von JENNI⁴ deckt sich weitgehend mit jenem von LEUTHOLD/LUSSI/KLÖTZLI. JENNI weist darauf hin, dass sich der naturwissenschaftliche und der rechtliche Begriff der Ufervegetation nicht zu decken brauchen⁵.

Was die *quantitativen Kriterien* für ein Bestehen von Ufervegetation gemäss Art. 21 Abs. 2 NHG anbelangt, wäre es wünschenswert, auf Resultate der naturwissenschaftlichen Forschung zurückgreifen zu können.⁶ Während bezüglich Wuchsniveau wie auch Distanz zum Ufer wie gezeigt durchaus naturwissenschaftliche Publikationen greifbar sind, fehlen entsprechende Publikationen zur Frage der erforderlichen Wuchsdichte und Wuchsfläche, d. h. zur Frage, ab welcher Wuchsdichte und ab welcher Wuchsfläche Ufervegetation anzunehmen ist. Auch im Standardwerk von DELARZE/GONSETH betreffend Biotope – das u. a. detaillierte Informationen zu Lebensräumen in Gewässern und Uferbereichen enthält (z. B. zur Laichkrautgesellschaft oder zum Stillwasser-Röhricht) – finden sich keine Antworten auf die genannten Fragen.⁷

Der gesetzliche Ufervegetationsbegriff nach Art. 21 Abs. 1 NHG stellt nicht darauf ab, ob eine Pflanzengesellschaft auch seltene oder vom Aussterben bedrohte Pflanzen enthält. Auch LEUTHOLD/LUSSI/KLÖTZLI stellen nicht auf das Vorliegen seltener oder vom Aussterben bedrohter Pflanzen ab.⁸ Wenn das Bundesgericht auf das Vorkommen seltener oder vom Aussterben bedrohter Tier- und Pflanzenarten hinweist, tut es dies nicht im Zusammenhang mit dem Begriff der Ufervegetation, sondern in Auseinandersetzung mit Berichten und Parteistandpunkten und/oder zur Schaffung zusätzlicher Akzep-

³ LEUTHOLD BARBARA/LUSSI STEPHAN/KLÖTZLI FRANK, Ufervegetation und Uferbereich nach NHG, Begriffsklärung, BUWAL-Reihe Vollzug Umwelt, Herausgeber: Bundesamt für Umwelt, Wald und Landschaft (BUWAL), Bern 1997, S. 15 f.

⁴ JENNI HANS-PETER, in: Kommentar NHG, Herausgeber: KELLER PETER M./ZUFFEREY JEAN-BAPTISTE/FAHRLÄNDER KARL LUDWIG, Zürich 1997, Rz. 4 ff. zu Art. 21 NHG, insbesondere Rz. 8, 9 und 10.

⁵ JENNI (Fn. 4), Rz. 3 zu Art. 21 NHG.

⁶ Vgl. BRUNNER URSULA, Bauen im Uferbereich – schützen die Schutznormen?, URP 1996 744, S. 756, und JENNI (Fn. 4), Rz. 3 zu Art. 21 NHG.

⁷ Vgl. DELARZE RAYMOND/GONSETH YVES, Lebensräume der Schweiz, Ökologie – Gefährdung – Kennarten, 2. Aufl., Bern 2008, S. 29 ff. und 61 ff.

⁸ Vgl. LEUTHOLD/LUSSI/KLÖTZLI (Fn. 3), S. 15 ff. sowie auf S. 47 f. Anhang A.2, «Liste der Pflanzengesellschaften der Schweiz, welche Ufervegetation darstellen können».

tanz bezüglich seiner Entscheide.⁹ Anders als das Bundesgesetz über den Wald in Art. 2 Abs. 4 enthält das NHG in Art. 21 oder 22 auch *keinen Vorbehalt einer besonderen «Wohlfahrtsfunktion»*, bei deren Vorliegen Ufervegetation im Rechtssinne eher als bei deren Fehlen anzunehmen wäre. Der biologische Wert einer Vegetation in Ufernähe ist zwar nicht ausschlaggebend für die Frage, ob eine Ufervegetation gemäss Art. 21 NHG vorliege oder nicht; er ist jedoch bei Interessenabwägungen im Rahmen von Konzessions- und Bewilligungsentscheiden zu berücksichtigen, etwa bei Entscheiden über eine Ausnahmegewilligung gemäss Art. 22 Abs. 2 NHG oder bei der Interessenabwägung gemäss Art. 18 Abs. 1^{ter} NHG in Verbindung mit Art. 14 Abs. 6 NHV.

2. *Besonderes zur wasserseitigen Ufervegetation*

Bis in welche Tiefe und bis zu welcher Distanz vom Ufer wasserseitig noch Ufervegetation im Sinne von Art. 21 Abs. 1 NHG vorkommen kann, hatte das Bundesgericht bis anhin nicht zu entscheiden. Es bejahte aber ein solches Vorkommen in einem Fall, in dem die fragliche Vegetation bis zu 6m unter dem Wasserspiegel und bis zu 50m vom Ufer entfernt war.¹⁰ Zur Frage, ab welcher Dichte des Bewuchses und ab welcher Mindestfläche eine «Pflanzengesellschaft» gemäss Art. 21 Abs. 2 NHG anzunehmen sei, hat sich das Bundesgericht bislang nicht ausgesprochen.

Gemäss LEUTHOLD/LUSSI/KLÖTZLI kann sich die wasserseitige Ufervegetation bei nährstoffarmen, klaren Seen bis auf eine Tiefe von 30m erstrecken; unter Umständen – v.a. bei flacheren, kleineren Gewässern – kann der Gewässergrund bis an das gegenüberliegende Ufer durch Ufervegetation bewachsen sein; Bestandeslücken im pflanzlichen Bewuchs sind für gewisse Pflanzengesellschaften typisch und gehören zur Ufervegetation.¹¹ JENNI bezieht in der Frage, ob die Ausdehnung des (rechtlichen) Begriffs der Ufervegetation ins offene stehende Gewässer quantitativ begrenzt werden solle und könne, zwar keine Position¹², wünscht sich aber an anderer Stelle «eine vom

⁹ Vgl. etwa BGer 1A.30/2006 vom 10. Oktober 2006 = URP 2006 792 = ZBI 2007 511, E. 3.2, sowie 1C_448/2011 vom 5. Juli 2012 = URP 2012 671, E. 2.6.3 und 2.8.

¹⁰ Entscheid 1A.30/2006 vom 10. Oktober 2006 = URP 2006 792 = ZBI 2007 511, E. 3.2; vgl. dazu SEITZ ANDREAS/ZIMMERMANN WILLI, Bundesgesetz über den Natur- und Heimatschutz NHG: Bundesgerichtliche Rechtsprechung 1997–2007, URP 2008 103, S. 172.

¹¹ LEUTHOLD/LUSSI/KLÖTZLI (Fn. 3), S. 15 f.

¹² JENNI (Fn. 4), Rz. 9 zu Art. 21 NHG.

höchsten Gericht bestätigte Abgrenzung der Ufervegetation wasserseitig»¹³; auch er hält dafür, dass Blössen zur Ufervegetation gehören können¹⁴.

2.1 Fläche und Bewuchsdichte

Bei Unterwasservegetation wird in der Vollzugspraxis für die Annahme einer Ufervegetation gemäss Art. 21 Abs. 1 NHG vielfach vorausgesetzt, dass die *Bewuchsdichte* einer standortgerechten Vegetation einen gewissen Schwellenwert erreicht oder überschreitet. Unter Bewuchsdichte zu verstehen ist dabei der Prozentsatz der bewachsenen Fläche, gemessen an der beurteilten Gesamtfläche.

Art. 21 Abs. 1 NHG spricht von natürlichen «Pflanzengesellschaften». Damit dürfte feststehen, dass eine einzelne Pflanze nicht als Ufervegetation im Sinne des Gesetzes qualifiziert werden kann. Der Begriff «Pflanzengesellschaften» verlangt eine minimale Fläche und Dichte des Bewuchses, wobei *zwischen den Kriterien Fläche und Dichte eine Relation herzustellen* ist: Je dichter der Bewuchs, desto kleiner ist die Mindestfläche des Bewuchses, die für die Annahme einer Ufervegetation vorhanden sein muss. Beispiel (für einen wasserseitigen Ufervegetationstyp X):

Dichte des Bewuchses		Mindestfläche des Bewuchses	
< 2	%	-- [<i>keine Ufervegetation</i>]	
2–5	%	100	m ²
5–10	%	50	m ²
10–20	%	25	m ²
> 20	%	10	m ²

Das vorstehende Beispiel soll nur den Mechanismus der Relation von Dichte und Mindestfläche illustrieren. Für die Festlegung der konkreten Zahlen sollen naturwissenschaftliche Erkenntnisse berücksichtigt werden. So kann etwa von Bedeutung sein, ob für den betreffenden Typ von Ufervegetation ein lockerer oder dichter Bewuchs standorttypisch ist und ob der typische ökologische Wert des betreffenden Vegetationstyps (z. B. als Lebensraum für Tiere) von einer gewissen Mindestfläche und/oder Mindestdichte abhängig

¹³ JENNI (Fn. 4), Rz. 16 zu Art. 21 NHG.

¹⁴ JENNI (Fn. 4), Rz. 11 zu Art. 21 NHG.

ist. Entsprechend können die Schwellen- bzw. Gabelwerte für verschiedene Typen von Ufervegetation verschieden sein.

Klarzustellen ist, dass stets der im Beurteilungszeitpunkt bestehende Zustand der Ufervegetation massgeblich ist¹⁵, und zwar mit Hinsicht sowohl auf die Fläche als auch auf die Dichte des Bewuchses. Entsprechend ist das Verdichtungs- bzw. Erweiterungspotential eines Bewuchses bei der Frage, ob aktuell eine Ufervegetation im Sinne des NHG vorliege, nicht relevant; es kann aber relevant sein im Rahmen einer Interessenabwägung, die bei einem zu treffenden Entscheid vorgenommen werden muss.

Blössen oder Unterbrüche innerhalb des Bewuchses sind unter Umständen der Bewuchsfläche zuzurechnen. Diese Zurechnung hat desto eher zu erfolgen, je kleiner die Fläche einer Blösse bzw. je schmaler ein unbewachsener Streifen zwischen zwei bewachsenen Flächen ist. Es dürfte aber schwierig sein, für die Mehrheit der Fälle passende Schwellenwerte für die Blössenfläche bzw. die Breite eines unterbrechenden Streifens zu definieren, da die Form der unbewachsenen Stellen wie auch der Grund für ihre Entstehung bzw. ihr Vorliegen in der Wirklichkeit zu vielfältig sind. Zu beachten sein wird u. a. auch das Verhältnis zwischen der unbewachsenen Fläche und der zur Diskussion stehenden Gesamtfläche, die sich unter Einrechnung der unbewachsenen Fläche ergeben würde.

Für die Rechtsanwendungspraxis kann es hilfreich sein, im Sinne der genannten Aspekte (Dichte und Mindestfläche des Bewuchses, Umgang mit Blössen etc.) konkrete Kriterien für die Annahme von Ufervegetation festzulegen. In Betracht kommen zunächst Praxisrichtlinien der kantonalen Vollzugsbehörden, denkbar wäre aber auch eine Vollzugshilfe des BAFU. In jedem Fall ist bei der Festlegung der Kriterien auch zu beachten, dass der Gesetzgeber mit den Bestimmungen von Art. 21 und 22 NHG einen strengen Schutz der Ufervegetation anstreben wollte; unter diesem Aspekt sollten die *Schwellen für die Annahme einer Ufervegetation gemäss NHG im Zweifelsfall eher tiefer als höher angesetzt* werden.

2.2 Bezug zum Ufer

Gemäss Art. 21 Abs. 1 NHG umfasst die Ufervegetation natürliche Pflanzengesellschaften im Uferbereich. Ein gewisser Bezug der Vegetation zum Ufer wird somit vorausgesetzt. Daher kann nicht von vorneherein jegliche Unterwasservegetation unbesehen als Ufervegetation qualifiziert werden. Es

¹⁵ Gemäss BGE 110 Ib 117 ist «auf die tatsächlichen Verhältnisse abzustellen» (S. 120); das Bundesgericht machte diese Aussage mit Bezug auf die aktuelle Seeregulierung.

ist zwar gerade bei kleineren und mittleren Gewässern denkbar, dass im konkreten Fall die gesamte Unterwasservegetation als Ufervegetation zu qualifizieren ist. Doch kann vorab in grösseren und tieferen Gewässern bei einem Teil der Unterwasservegetation der Bezug zum Ufer fehlen, insbesondere dann, wenn die betreffenden Pflanzen in grosser Distanz vom Ufer und/oder in grosser Tiefe wachsen. Wegen der Vielfalt der örtlichen Verhältnisse (Unterwassertopografie, Art und Ausdehnung der Vegetation etc.) dürfte es aber kaum angemessen sein, bezüglich sämtlicher Gewässer einheitliche Schwellenwerte für die Horizontaldistanz von der Uferlinie und die Vertikaldistanz vom Wasserspiegel zu entwickeln, bei deren Überschreiten der betreffende Vegetationsteil nicht mehr als Ufervegetation im Rechtssinne zu qualifizieren wäre. Vielmehr ist es angezeigt, die Abgrenzung jeweils mit Rücksicht auf die Besonderheiten des konkreten Falles vorzunehmen.

3. *Besonderes zur landseitigen Ufervegetation*

Verschiedene Fragen, die bezüglich der wasserseitigen Ufervegetation diskutiert worden sind, können sich in analoger Weise durchaus auch mit Bezug auf die landseitige Ufervegetation stellen (Bewuchsdichte, Mindestbewuchsfläche, Umgang mit Blössen etc.). Bei der landseitigen Ufervegetation können aber auch andere Fragen im Vordergrund stehen.

Landseitig stellt sich in vielen Fällen die Frage, ob der Begriff «natürliche Pflanzengesellschaften im Uferbereich» (Art. 21 Abs. 1 NHG) auch Pflanzengesellschaften umfasse, die zwar im konkreten Fall im Uferbereich des Gewässers wachsen, aber auch weit davon entfernt wachsen könnten, und die somit – anders als etwas Schilf – nicht auf einen Standort im Uferbereich angewiesen sind; man denke etwa an gewöhnliche Wiesen oder Trockenwiesen, die sich bis an das Ufer erstrecken. In BGE 130 II 313 E. 3.2 liess das Bundesgericht diese Frage ausdrücklich offen. Im Entscheid 1C_378/2009 vom 14. Januar 2010 E. 3.2 hielt es unter Berufung auf frühere Entscheide fest, dass Art. 21 NHG «die für den Uferbereich typischen Pflanzen» schütze; es scheint dabei aber davon auszugehen, dass alle Pflanzen ufertypisch seien, die im Schwankungsbereich des Gewässerspiegels wachsen, der auch Hochwasserstände berücksichtigt, ausgenommen jene, die nur sehr selten sind. Gemäss JENNI können im Schwankungsbereich indes auch nicht ufertypische Pflanzen wachsen; diese seien durch Art. 21 Abs. 1 NHG nicht geschützt und könnten gegebenenfalls im Sinne von Art. 21 Abs. 2 NHG durch uferty-

pische Vegetation («eigentliche Ufervegetation») ersetzt werden.¹⁶ Gemäss BGE 140 II 437 = URP 2014 569, E. 5.3, handelt es sich bei einer Gartenanlage mit Gras, Sträuchern und Bäumen «nicht um typische Ufervegetation wie Schilf- und Binsenbestände oder Auenv egetation»; diese Erwägung zielt freilich nicht primär auf den Begriff der Ufervegetation gemäss Art. 21 Abs. 1 NHG, da sie bei der Diskussion des gewässerschutzrechtlichen Begriffs des Gewässerraums angestellt wurde. Meines Erachtens ist *keine Ufervegetation* im Rechtssinne anzunehmen, wenn *im Schwankungsbereich des Gewässerspiegels auf einer zusammenhängenden Fläche nur uferuntypische Pflanzen* wachsen, d. h. Pflanzen, die auf keinen Standort am Ufer angewiesen sind und an andern – uferfernen – Standorten auch tatsächlich verbreitet vorkommen, oder solche, die hierzulande gar nicht heimisch sind; ob die uferuntypischen Pflanzen von Menschenhand gepflanzt bzw. ausgesät wurden oder nicht, ist dabei nicht entscheidend.

Eine weitere Besonderheit bei der landseitigen Ufervegetation besteht darin, dass sie *gleichzeitig auch Wald* im Sinne des Waldrechts sein kann, was bedeutet, dass ihre Beseitigung nicht nur eine Bewilligung gemäss Art. 22 Abs. 2 NHG, sondern auch eine waldrechtliche Rodungsbewilligung erfordern kann.¹⁷

IV. Anwendbarkeit von Art. 21 NHG auch bei künstlich geschaffenen oder geänderten Gewässern?

1. Grundsätzliches

Das NHG spricht in Art. 21 Abs. 1 von «natürlichen» Pflanzengesellschaften, nicht aber von natürlichen Ufern oder von Ufern natürlicher Gewässer. Entsprechend ist dieser Gesetzesbestimmung keine explizite Antwort auf die Frage zu entnehmen, ob Ufervegetation im Sinne des Gesetzes auch bei künstlich geschaffenen oder veränderten Gewässern denkbar sei, etwa bei einem Stauweiher eines Kraftwerks.

RAUSCH/MARTI/GRIFFEL beziehen den Schutz von Art. 21 Abs. 1 NHG auf «alle *ursprünglichen* oder *wiederhergestellten Vorkommen* von Ufervegetation»¹⁸. Ein ursprüngliches Vorkommen in diesem Sinne dürfte nur

¹⁶ JENNI (Fn. 4), Rz. 1 und 11 zu Art. 21 NHG.

¹⁷ BGE 130 II 313 E. 3.2 und 122 II 274 E. 5.

¹⁸ RAUSCH HERIBERT/MARTI ARNOLD/GRIFFEL ALAIN, Umweltrecht, Ein Lehrbuch, Herausgeber: HALLER WALTER, Zürich/Basel/Genf 2004, Rz. 608.

dann anzunehmen sein, wenn Ufervegetation auf einem ursprünglichen, natürlichen Standort, das heisst am Ufer eines natürlichen Gewässers entstanden ist. Bei diesem Verständnis würde der Schutz nicht greifen bei künstlich geschaffenen bzw. veränderten Gewässern, in deren Uferbereich nun eine Vegetation wächst, die «ursprünglich» – vor dem Eingriff des Menschen – nicht an dieser Stelle war.

Gemäss JENNI verlangt Ufervegetation im Sinne des NHG immer nach einem direkten räumlichen Zusammenhang mit einem oberirdischen Gewässer, wobei es keine Rolle spiele, ob es sich um ein privates oder öffentliches Gewässer handle und in wessen Eigentum das an das Gewässer angrenzende Land steht¹⁹. Ob der Autor bei dieser Begriffsbestimmung auch künstliche oberirdische Gewässer mit einbezogen haben will, bleibt offen.

LEUTHOLD/LUSSI/KLÖTZLI thematisieren die Frage, ob Ufervegetation im Sinne des NHG auch an *künstlich geschaffenen Gewässern* vorkommen könne, nicht ausdrücklich, auch nicht indem sie ausführen, dass die Ufervegetation nicht nur natürlich, sondern auch naturnah – nämlich durch den Eingriff des Menschen geprägt oder sogar entstanden – sein kann²⁰. Die meisten Abbildungen der von ihnen verfassten Vollzugshilfe beziehen sich auf Ufer von natürlichen Gewässern²¹. Einer Abbildung ist zu entnehmen, dass nach Auffassung der Autorenschaft «Ufervegetation» (im Sinne des NHG) auch bei kanalisierten Flüssen entstehen kann, nämlich zwischen den künstlich errichteten Dämmen bis zum Niveau des Spitzenhochwassers²².

Gemäss DELARZE/GONSETH können typische Lebensräume von Wasserpflanzen auch bei künstlich errichteten oder veränderten Gewässern wie Stauseen, Schlammabsetzbecken oder Fischzuchtanlagen vorkommen. Es ist freilich zu beachten, dass es sich bei dieser Publikation um ein naturwissenschaftliches Werk handelt, aus dem für die hier interessierende Frage keine unmittelbaren Schlüsse gezogen werden können, da sich der rechtliche und der naturwissenschaftliche Begriff der Ufervegetation nicht zu decken brauchen.

Das Bundesgericht hat im Entscheid BGE 110 Ib 117 ausgeführt, dass bei regulierten Seen – im konkreten Fall war es der Hallwilersee – zur Bestimmung der Ufervegetation der tatsächliche, d. h. der regulierte Seespiegel massgeblich sei (S. 120), nicht der ehemalige natürliche, unregulierte See-

¹⁹ JENNI (Fn. 4), Rz. 5 und 6 zu Art. 21 NHG.

²⁰ LEUTHOLD/LUSSI/KLÖTZLI (Fn. 3), S. 20 und 22; als Beispiele für naturnahe – und damit nicht natürliche – Ufervegetation werden hier Streuwiesen, naturnah bewirtschaftete Feucht- bzw. Auenwälder und künstliche Uferbestockungen mit standorttypischen Arten genannt.

²¹ LEUTHOLD/LUSSI/KLÖTZLI (Fn. 3), Abbildungen 1 bis 12.

²² LEUTHOLD/LUSSI/KLÖTZLI (Fn. 3), Abbildung 14.

spiegel. Es setzte dabei als selbstverständlich voraus, dass Ufervegetation im Sinne des NHG auch bei regulierten Seen vorkommen kann.

Im Bundesinventar der Landschaften und Naturdenkmäler von nationaler Bedeutung (BLN) sind u. a. auch die Aarelandschaft bei Klingnau (Objekt Nr. 1109) und der Stausee Niederried (Objekt Nr. 1316) verzeichnet; Objekt Nr. 1109 ist u. a. von Bedeutung wegen der seltenen Sumpfpflanzen und Auenwaldbestände, Objekt Nr. 1316 wegen der Schilf- und Riedflächen und des Auenwalds²³. Auf kantonaler und kommunaler Stufe ist in der Schweiz eine Vielzahl von künstlich errichteten oder geänderten Gewässern wie auch von Uferbereichen solcher Gewässer als Naturschutzobjekte inventarisiert. Daraus lässt sich ableiten, dass auch bei solchen Gewässern Pflanzen gedeihen können, die unter dem Aspekt des Naturschutzes wertvoll sein können. Der Schluss, dass Ufervegetation im Sinne des NHG auch bei künstlich geschaffenen oder veränderten Gewässern vorkommen könne, ergibt sich daraus jedoch nicht zwingend.

Auch bei Gewässern, bei denen nach den noch aufzuzeigenden Kriterien das Vorkommen von Ufervegetation im Sinne des NHG nicht möglich ist, kann im Uferbereich eine Vegetation entstehen, die unter dem Aspekt des Naturschutzes sehr wertvoll ist, z. B. weil sie seltene Pflanzen enthält oder seltenen Tieren Lebensraum bietet. Bei solchen Verhältnissen ist nicht etwa der Begriff der Ufervegetation fallbezogen zu erweitern, vielmehr sind gegebenenfalls Massnahmen des übrigen Natur- und Heimatschutzrechts zu treffen, insbesondere Schutzverfügungen oder Schutzverordnungen zu erlassen.²⁴

2. Kriterium der Gewässeridentität

Wenn in Art. 21 Abs. 1 NHG von «natürlichen» Pflanzengesellschaften die Rede ist, kann meines Erachtens im Lichte der vorstehenden Ausführungen die Absicht des Gesetzgebers abgelesen werden, den *Schutz der Ufervegetation auf natürliche Gewässer zu beschränken und, wenn solche durch den Menschen verändert worden sind, auf Fälle, in denen die Identität des Gewässers trotz der Veränderungen erhalten geblieben ist* und im Vergleich zum ursprünglichen natürlichen Gewässerzustand nicht geradezu ein Aliud vorliegt.

²³ Vgl. die betreffenden Objektbeschreibungen unter: <http://www.bafu.admin.ch/bln/02687/11211/index.html?lang=de>.

²⁴ Vgl. zum Biotopschutz Art. 18 bis Art. 18d NHG.

3. Qualifikation typischer Fälle

Vorweg ist auf die Vielfalt künstlich angelegter oder veränderter Oberflächengewässer²⁵ hinzuweisen. Nachfolgend werden verschiedene idealtypische Fallgruppen unterschieden, wobei zu bedenken ist, dass im konkreten Einzelfall die Abgrenzung zwischen solch idealtypischen Fällen nicht immer ganz einfach zu treffen sein kann und auch eine Kombination mehrerer Fälle möglich ist.

3.1 Fall A: Künstliches Gewässer ohne Speisung durch natürliches Gewässer

Beschreibung: Künstlich geschaffenes Oberflächengewässer, das nicht – auch nicht teilweise – den Raum eines natürlichen Oberflächengewässers in Anspruch nimmt und in oder durch das auch nicht Wasser aus einem natürlichen Oberflächengewässer geleitet wird. Zu denken ist an einen neu angelegten Weiher, der durch beigebrachtes wasserundurchlässiges Material gegen unten abgedichtet wird (Lehm, Beton, Kunststoff-Folie etc.) und der durch Meteorwasser (direkter Eintrag, Einfließen von Hangwasser, Einleiten von Dachwasser etc.) oder Leitungswasser gespeisen wird.

Qualifikation: Mangels Identität mit einem natürlichen Gewässer ist kein Vorkommen von Ufervegetation gemäss NHG möglich.

3.2 Fall B: Künstliches Gewässer mit Speisung durch ein natürliches Gewässer

Beschreibung: Künstlich geschaffenes Oberflächengewässer, das nicht – auch nicht teilweise – den Raum eines natürlichen Oberflächengewässers in Anspruch nimmt, in oder durch das aber Wasser aus einem benachbarten natürlichen Oberflächengewässer geleitet wird. Beispiele: Kanal als neue Verbindung zwischen zwei natürlichen Oberflächengewässern, etwa zum Zweck der Schifffahrt oder des Hochwasserschutzes; Weiher mit Zu- und Ableitungskanal, erstellt mit dem (ursprünglichen) Zweck der Energienutzung, der Parkgestaltung, der Bereitstellung von Löschwasser, der Fischzucht, der ökologischen Aufwertung oder dergleichen.

Qualifikation: Mangels Identität mit einem natürlichen Gewässer ist kein Vorkommen von Ufervegetation gemäss NHG möglich.

²⁵ Der Begriff Oberflächengewässer wird hier für oberirdische Gewässer verwendet; auch das Gewässerschutzgesetz verwendet beide Begriffe als Synonyme (vgl. Art. 31 Abs. 2 lit. a sowie Art. 4 lit. a GSchG).

3.3 Fall C: Aufgestautes ursprünglich natürliches Fließgewässer

Beschreibung: Ursprünglich natürliches Fließgewässer, das aufgestaut wurde, etwa zum Zwecke der Energienutzung, der Schifffahrt oder des Hochwasserschutzes. Bei der Aufstauung zum Zwecke der Energiegewinnung ist zu unterscheiden zwischen Flusskraftwerken ohne nennenswerte Speichermöglichkeit und Hochdruckkraftwerken mit Speichersee (allenfalls mit Pumpspeicherung und/oder Zuleitung von Wasser aus andern Fließgewässern durch Stollen).

Qualifikation: Es ist zu differenzieren. Falls es sich um eine blosse Flussregulierung handelt, bei der sich das Flussniveau im Bereich der Schwankungen des natürlichen Flusslaufs bewegt, ist ohne Weiteres Identität anzunehmen und kann – wie bei Seeregulierungen – Ufervegetation gemäss NHG vorkommen (*Unterfall C1*). Auf der andern Seite ist bei Speicherkraftwerken mit hohen Staumauern oder Staudämmen keine Identität mit der ursprünglichen Situation anzunehmen (*Unterfall C2*; See statt Fluss, völlig anderer Wasserspiegel etc.); dies gilt m. E. auch dann, wenn sich am Seeufer eine ökologisch wertvolle Vegetation gebildet hat.²⁶ Zwischen den beiden genannten Unterfällen C1 und C2 liegt der Fall des *Flusskraftwerks*, bei dem der Spiegel des aufgestauten Gewässers in Kraftwerksnähe meist deutlich über dem Pegelhöchststand des ursprünglichen natürlichen Gewässers liegt (*Unterfall C3*); meines Erachtens sollte hier im Regelfall gleichwohl noch Identität angenommen werden, auch wenn der aufgestaute Fluss (Fluss-Stausee) gegen das Kraftwerk hin breiter und tiefer wird als das ursprüngliche Gewässer (Beispiele: Fluss-Stauseen der Kraftwerke Klingnau und Wettingen); es handelt sich um einen Grenzfall, der angesichts des strengen Schutzansatzes des NHG zu Gunsten der Ufervegetation entschieden werden soll.

3.4 Fall D: Aufgestautes ursprünglich natürliches stehendes Gewässer

Beschreibung: Ursprünglich natürliches stehendes Gewässer (insbesondere See), das aufgestaut wurde, etwa zum Zwecke der Energienutzung, der Schifffahrt oder des Hochwasserschutzes.

²⁶ Im Zusammenhang mit dem Projekt zur Erhöhung des Grimselstausees wurden zahlreiche ökologische Fragen diskutiert, wobei der Schwerpunkt freilich auf dem Moor- und Landschaftsschutz lag (vgl. URP 1996 171, 1997 66, 1997 74, 1997 235, 1997 536 und 2002 749). Es wurde dabei jedoch, soweit ersichtlich, nicht geltend gemacht, dass auch der Schutz der Ufervegetation gemäss Art. 21 und 22 NHG dem Projekt entgegenstehen könnte bzw. eine entsprechende Bewilligung erforderlich wäre.

Qualifikation: Diesbezüglich ist analog zum Fall C zu differenzieren. Falls es sich um eine bloss *Seeregulierung* handelt, bei der sich das regulierte Seeniveau im Bereich der Schwankungen des natürlichen, unregulierten Seezustands bewegt, ist ohne Weiteres Identität anzunehmen und kann Ufervegetation gemäss NHG vorkommen (*Unterfall D1*). Auf der andern Seite ist bei einem markanten Höherstau eines Sees (etwa zur Energiegewinnung), bei dem der neue höchste Seespiegel markant über dem natürlichen Höchstspiegel liegt, keine Identität mit der ursprünglichen Situation anzunehmen (*Unterfall D2*).

3.5 Fall E: Kanalisiertes ursprünglich natürliches Fließgewässer

Beschreibung: Ursprünglich natürliches Fließgewässer, das kanalisiert wurde, allenfalls mit (teilweise) veränderter Linienführung, mit oder ohne seitliche Eindämmung.

Qualifikation: Auch hier ist hinsichtlich Identität zu differenzieren. Als Regel mag gelten: Je stärker ein Flusslauf verändert worden ist (durch Veränderung des Laufs, des Niveaus, der Breite, der Materialisierung von Sohle und Böschung etc.), desto weniger kann noch eine Identität mit dem ursprünglichen natürlichen Zustand angenommen werden. Um die Spannweite aufzuzeigen, seien zunächst zwei gegensätzliche Fälle aufgezeigt: Wurde ein Bach oder Fluss, der vormals mäandriert hatte, vollständig begradigt und in seinem neuen Profil ausbetoniert, kann keine Identität mit dem ursprünglichen Fließgewässer mehr angenommen werden (*Unterfall E1*). Bei einem Fließgewässer hingegen, das lediglich durch zwei naturnah angelegte Dämme flankiert wird, die ausserhalb der Wasserfläche bei Mittelwasser liegen, wird zumindest eine teilweise Identität anzunehmen sein; die Ufervegetation kann sich mindestens bis zum Dammfuss erstrecken, allenfalls auch bis zu einer gewissen Höhe der gewässerseitigen Dammböschungen (*Unterfall E2*). Im dazwischen liegenden Fall, in dem ein Flusslauf zwar begradigt und mit Dämmen flankiert, aber nicht mit einer betonierten Sohle versehen worden ist (*Unterfall E3*), ist das Bundesgericht selbstverständlich davon ausgegangen, dass Ufervegetation im Sinne des NHG vorliegen kann.²⁷

3.6 Fall F: Ursprünglich natürliches Gewässer mit künstlich geändertem Ufer

Beschreibung: Ursprünglich natürliches stehendes oder fließendes Gewässer, dessen Uferbereich für zivilisatorische Zwecke geändert wurde, sei es

²⁷ BGE 130 II 313 E. 3.2 betreffend einen Abschnitt des Rotten.

durch Verminderung oder Erweiterung der Gewässerfläche (Landanlage, neue Hafengebäude etc.).

Qualifikation: Das Gewässer verliert seine Identität nicht, wenn es im Uferbereich geändert wird. Bei einem solchen Gewässer kann Ufervegetation grundsätzlich in allen, d. h. auch in den geänderten Uferabschnitten vorkommen. Ob die tatsächlich vorhandene Vegetation in den geänderten Uferabschnitten als Ufervegetation gemäss NHG zu qualifizieren ist, ist jeweils im konkreten Fall zu prüfen.

3.7 Fall G: Ursprünglich natürliches Gewässer mit renaturiertem Ufer

Beschreibung: Ursprünglich natürliches stehendes oder fließendes Gewässer, dessen Uferbereich nach zwischenzeitlichen naturfernen Änderungen renaturiert und revitalisiert, d. h. wieder in einen naturnahen Zustand versetzt wurde.

Qualifikation: Die Gewässeridentität ist zu bejahen, und das Vorkommen von Ufervegetation gemäss NHG ist möglich.

V. Abgrenzung zwischen Beeinträchtigung und Zum-Absterben-Bringen der Ufervegetation

1. Bedeutung der Abgrenzung

Die Frage, ob ein Zum-Absterben-Bringen oder eine blosser Beeinträchtigung einer Ufervegetation zur Diskussion steht, stellt sich nur, wenn Ufervegetation im Rechtssinne vorliegt. Die Abgrenzung ist von Relevanz, weil ein Zum-Absterben-Bringen nur unter den sehr restriktiven Voraussetzungen von Art. 22 Abs. 2 NHG bewilligt werden kann, wogegen eine Beeinträchtigung von Ufervegetation unter den weniger restriktiven Voraussetzungen der Bestimmung von Art. 18 Abs. 1^{ter} NHG im Betracht kommt, die lautet: «Lässt sich eine Beeinträchtigung schutzwürdiger Lebensräume durch technische Eingriffe unter Abwägung aller Interessen nicht vermeiden, so hat der Verursacher für besondere Massnahmen zu deren bestmöglichem Schutz, für Wiederherstellung oder ansonst für angemessenen Ersatz zu sorgen.» Die Kriterien für die entsprechende Interessenabwägung werden in Art. 14 Abs. 6 NHV noch konkretisiert.

Art. 21 Abs. 1 NHG untersagt – vorbehältlich einer Ausnahmegewilligung gemäss Art. 22 Abs. 2 NHG – jedes Zum-Absterben-Bringen von Ufervegetation und nennt als Beispiele die Rodung und die Überschüttung. Nach

JENNI ist sowohl eine mechanische als auch eine chemische Einflussnahme des Menschen auf die Ufervegetation untersagt, die ihr Absterben bewirkt, so u. a. eine Einflussnahme auf die Wasserführung oder den Grundwasserspiegel, die zu einem Austrocknen der Ufervegetation führt, der Eintrag von Dünger, der zu einer langsamen Veränderung der Vegetation und damit zu einem selektiven Absterben von Pflanzen aus der Pflanzengesellschaft «Ufervegetation» führt, aber auch ein Ändern der mikroklimatischen Verhältnisse, das ein Absterben der Vegetation zur Folge hat.²⁸

Zur Abgrenzung zwischen dem Zum-Absterben-Bringen und der Beeinträchtigung der Ufervegetation hat sich noch keine konsistente Gerichtspraxis gebildet. In einem Entscheid hat das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich erwogen, dass im Zweifelsfall ein Absterben anzunehmen sei²⁹.

2. *Abgrenzungskriterien*

Die Ufervegetation im Rechtssinne umfasst als Pflanzengesellschaft per definitionem eine Mehrzahl von Pflanzen. Entsprechend kann nicht von einem Absterben der ganzen Pflanzengesellschaft gesprochen werden, wenn eine einzelne Pflanze oder nur wenige Pflanzen absterben. Auch diesbezüglich stellt sich daher die Frage, ab welchem Mass der Beeinträchtigung ein Zum-Absterben-Bringen im Rechtssinne anzunehmen ist. Dabei ist die Abgrenzung nachfolgend unter verschiedenen Aspekten zu suchen, insbesondere unter den folgenden: Verringerung der Wuchsdichte, Veränderung der Pflanzenzusammensetzung und Verringerung der bewachsenen bzw. bewachsbaeren Fläche.

Wird die *Bewuchsdichte reduziert* (z. B. durch eine Teilbeschattung), ist zu prüfen, ob der (flächenabhängige) Schwellenwert für die Bewuchsdichte, der für die Qualifikation eines Bewuchses als Ufervegetation gemäss NHG angewendet wird, neu unterschritten wird. Meines Erachtens ist es folgerichtig, im bejahenden Fall ein Zum-Absterben-Bringen und im verneinenden Fall eine blosse Beeinträchtigung der Ufervegetation anzunehmen.

Führt ein Eingriff (wie z. B. eine Teilbeschattung) zu einer *sukzessiven Änderung der Pflanzenzusammensetzung*, ist zu prüfen, ob die neu aufkommenden Pflanzen, welche den Platz der bisherigen einnehmen, standortgerecht sind und, falls dies ganz oder teilweise zu verneinen ist, ob die Pflanzengesellschaft nach Abschluss ihrer sukzessiven Veränderung noch einen Anteil

²⁸ JENNI (Fn. 4), Rz. 18 zu Art. 21 NHG.

²⁹ VerwGer ZH VB.2005.00456 vom 7. Februar 2006 E. 4.3.2.

an standortgerechten Pflanzen aufweist, der – für sich gesehen – über dem (flächenabhängigen) Schwellenwert für die Bewuchsdichte liegt, der für die Qualifikation eines Bewuchses als Ufervegetation gemäss NHG angewendet wird. Wird dieser Schwellenwert unterschritten, liegt ein Zum-Absterben-Bringen vor, andernfalls nicht.

Schliesslich ist der Fall zu nennen, in dem durch den Eingriff die *bewachsene bzw. bewachsbare Fläche reduziert* wird, sei es durch eine Beschattung, die keinen (standortgerechten) Bewuchs mehr erlaubt, oder dadurch, dass bestimmte Flächen dauernd (wegen Bauten oder Anlagen) oder vorübergehend (bei Ausbaggerung, Aufschüttung oder dergleichen) ihren Bewuchs verlieren. Dabei ist eine Unterscheidung danach zu treffen, ob die betroffene Fläche zusammenhängend oder in eine Mehrzahl von Teilflächen aufgeteilt ist:

- Wird die *Wuchsfläche um eine einzige zusammenhängende Fläche reduziert*, ist prüfen, ob eine natürliche unbewachsene Fläche (Blösse bzw. Unterbruch innerhalb des Bewuchses) derselben Form und Ausdehnung noch der Ufervegetation zuzurechnen wäre. Als Grundsatz kann gelten: Im bejahenden Fall liegt eine blosser Beeinträchtigung vor, im verneinenden Fall ein Zum-Absterben-Bringen. Meines Erachtens sollte jedoch zusätzlich ein absolutes Flächenmass (von z. B. 20 m²) definiert werden, bei dessen Überschreitung in jedem Fall ein Zum-Absterben-Bringen anzunehmen ist; dem Verwaltungsgericht des Kantons Zürich ist darin zuzustimmen, dass es sich bei einem Absterben der Vegetation auf einer Fläche von über 300 m² nicht um einen umweltrechtlichen Bagatellfall handelt und ein Zum-Absterben-Bringen gemäss Art. 21 Abs. 1 NHG vorliegt.³⁰
- Wird hingegen die Wuchsfläche um mehrere kleinere Flächen reduziert (z. B. durch eine Mehrzahl von Pfosten zum Anbinden von Schiffen oder zur Stützung eines Steges), wird weniger die Totalfläche als die Relation zwischen den Teilflächen und ihrem Abstand massgeblich sein. Werden beispielsweise auf einer Länge von 100 m in einem Abstand von jeweils 8 m Paare von Pfählen mit einem Durchmesser von 30 cm und einem Abstand untereinander von 1,5 m gesetzt, liegt meines Erachtens noch kein Zum-Absterben-Bringen vor, weil statt der Pfähle ohne Weiteres – auch wesentlich grössere – Blössen vorhanden sein könnten, ohne dass der Wuchszusammenhang unterbrochen würde.

³⁰ VerwGer ZH VB.2005.00456 vom 7. Februar 2006 E. 4.3.3.

In der Praxis wird nicht immer nur einer der genannten idealtypischen Tatbestände gegeben sein. Vielmehr werden auch Fälle vorkommen, in denen mehrere dieser Tatbestände in Kombination auftreten, beispielsweise bei einem Steg, mit dem gewisse Ufervegetationsflächen dauernd durch Pfähle belegt werden und auf angrenzenden Flächen wegen Teilbeschattung durch die pfahlgestützte Horizontalkonstruktion die Bewuchsdichte reduziert und/oder die Pflanzenzusammensetzung verändert wird. In solchen Fällen kann sich aus einer Gesamtbetrachtung ergeben, dass wegen der Schwere des gesamten Eingriffs ein Zum-Absterben-Bringen anzunehmen ist, auch wenn unter den einzelnen Teilaspekten bei je isolierter Betrachtungsweise ein solches noch nicht anzunehmen wäre. In Zweifelsfällen ist ein Zum-Absterben-Bringen anzunehmen.

VI. Voraussetzungen für eine Ausnahmegewilligung nach Art. 22 Abs. 2 NHG

1. Grundsätzliches

Nach einem zunächst noch anders ausgerichteten Entscheid³¹ ist die Bundesgerichtspraxis bezüglich der Auslegung von Art. 22 Abs. 2 NHG seit BGE 130 II 313 insoweit geklärt und konstant, als die Ausnahmegewilligung gemäss dieser Bestimmung in der geltenden Fassung nur für standortgebundene Eingriffe zulässig ist, die *nach der Wasserbau- oder Gewässerschutzgesetzgebung ausdrücklich zugelassen* sind, und es genügt nicht, wenn das Vorhaben dem Wasserbau- und Gewässerschutzrecht lediglich nicht widerspricht.

Durch den Verweis auf das Wasserbau- und Gewässerschutzrecht können insbesondere die folgenden Vorhaben eine Beseitigung von Ufervegetation rechtfertigen³²: Massnahmen des Hochwasserschutzes zum Schutz von Menschen oder erheblichen Sachwerten (vgl. Art. 1, 3 und 4 WBG³³), Massnahmen im Zusammenhang mit der Nutzung der Wasserkraft (vgl. insbesondere Art. 2 ff. WRG³⁴ und Art. 29 ff. GSchG), die Entnahme von Wasser über den Gemeingebrauch hinaus (Art. 29 ff. GSchG), die Verbauung und Korrek-

³¹ BGer 1A.183/2001 vom 18. September 2002 E. 8.2.3.

³² BGE 130 II 313 = URP 2004 467, E. 3.5, und BGer 1C_448/2011 vom 5. Juli 2012 = URP 2012 671, E. 2.3; bezüglich Art. 38a GSchG BGer 1C_544/2013 vom 24. Oktober 2013 E. 3.3 (vgl. den Hinweis auf diesen Entscheid in URP 2014 76).

³³ Bundesgesetz über den Wasserbau vom 21. Juni 1991 (SR 721.100).

³⁴ Bundesgesetz über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte vom 22. Dezember 1916 (Wasserrechtsgesetz; SR 721.80).

tion von Fliessgewässern (Art. 37 GSchG), ausnahmsweise das Überdecken und Eindolen von Fliessgewässern (Art. 38 GSchG), die Revitalisierung von Gewässern (Art. 38a GSchG), ausnahmsweise die Schüttung von Feststoffen in Seen (Art. 39 GSchG), die Spülung und Entleerung von Stauräumen (Art. 40 GSchG), die Entnahme von Wasser oder Abwasser (Art. 42 GSchG) sowie die Ausbeutung von Kies, Sand und anderem Material (Art. 44 GSchG). Dazu kommen standortgebundene und im öffentlichen Interesse liegende Bauten und Anlagen, die nach Art. 41c Abs. 1 GSchV im Gewässerraum gemäss Art. 36a GSchG zulässig sind (wie Brücken, Fuss- und Wanderwege etc.).

2. Revitalisierungen gemäss Art. 38a GSchG

Der Verweis in Art. 22 Abs. 2 NHG betrifft wie gezeigt auch die Gewässerschutzgesetzgebung und insbesondere die seit 1. Januar 2011 in Kraft stehende Bestimmung von Art. 38a GSchG mit dem Titel «Revitalisierung der Gewässer». Gemäss Absatz 1 dieser Bestimmung sorgen die Kantone für die Revitalisierung der Gewässer und berücksichtigen sie dabei insbesondere den sich daraus ergebenden Nutzen für die Natur und die Landschaft. Mit der Revitalisierung wird primär bezweckt, stark verbaute, begradigte oder eingeeengte Gewässer – vorab Fliessgewässer – naturnah zu gestalten, die natürlichen Gewässerfunktionen wiederherzustellen und den Gewässern den hierfür notwendigen Raum zur Verfügung zu stellen.³⁵ Es ist durchaus denkbar, dass im Zuge einer Gewässer-Revitalisierung Ufervegetation beseitigt und – an gleicher oder anderer Stelle, auf einer gleich grossen oder grösseren Fläche (vgl. Art. 18 Abs. 1^{ter} NHG) – ersetzt werden soll. In solchen Fällen kommt gestützt auf Art. 22 Abs. 2 NHG in Verbindung mit Art. 38a GSchG die Erteilung einer Ausnahmegewilligung für die Beseitigung von Ufervegetation in Betracht.³⁶

Es ist freilich zu beachten, dass sich nicht alle – auch kleine und kleinste – Massnahmen, die einer Aufwertung und Erweiterung der Ufervegetation in einem bestimmten Uferbereich dienen sollen, unter den Tatbestand der

³⁵ Nach der Legaldefinition ist unter Revitalisierung die «Wiederherstellung der natürlichen Funktionen eines verbauten, korrigierten, überdeckten oder eingedolten oberirdischen Gewässers mit baulichen Massnahmen» zu verstehen (Art. 4 lit. m GSchG). Vgl. zum Begriff der Revitalisierung auch den Bericht der Kommission für Umwelt, Raumplanung und Energie des Ständerates vom 12. August 2008 zur parlamentarischen Initiative Schutz und Nutzung der Gewässer, BBl 2008 8043, 8051 f., sowie MAURER HANS, Revitalisierung der Gewässer, URP 2008 441, S. 449.

³⁶ BGer 1C_544/2013 vom 24. Oktober 2013 E. 3.3 (vgl. den Hinweis auf diesen Entscheid in URP 2014 76).

Gewässer-Revitalisierung subsumieren lassen. Der Begriff der Revitalisierung gemäss Art. 38a GSchG hat *grössere zusammenhängende Abschnitte von Gewässern* zum Gegenstand; dazu passt, dass die Kantone in einer Planung für einen Zeitraum von 20 Jahren die zu revitalisierenden Gewässerabschnitte, die Revitalisierungsmassnahmen und die Umsetzungsfristen festzulegen haben (Art. 38a Abs. 2 Satz 1 GSchG sowie Art. 41d Abs. 2 Satz 1 GSchV).

3. Schüttungen gemäss Art. 39 GSchG und mildere Alternativen

Vom Verweis in Art. 22 Abs. 2 NHG ist, wie oben dargelegt, auch Art. 39 GSchG erfasst. Gemäss dieser Bestimmung kann die kantonale Behörde Schüttungen in Seen bewilligen für standortgebundene Bauten in überbauten Gebieten, wenn überwiegende öffentliche Interessen eine Schüttung erfordern und sich der angestrebte Zweck anders nicht erreichen lässt (Abs. 2 lit. a), oder wenn dadurch eine Flachwasserzone verbessert werden kann (Abs. 2 lit. b), wobei die Schüttung in beiden Fällen so natürlich wie möglich zu gestalten und zerstörte Ufervegetation zu ersetzen ist (Abs. 3).

Wenn in einem Uferabschnitt, in dem eine Anlage erstellt werden soll, sowohl landseitig als auch wasserseitig Ufervegetation vorhanden ist, könnte sich bei strikter Gesetzesanwendung die paradoxe Situation ergeben, dass eine wasserseitige Anlage auf einer Schüttung gemäss Art. 22 Abs. 2 NHG in Verbindung mit Art. 39 GSchG in Betracht kommen kann, nicht aber eine landseitige Anlage, selbst wenn diese einen geringeren Eingriff in die Ufervegetation bewirken würde. In solchen Fällen kommt daher die Bewilligung der milderen Massnahme in *analoger Anwendung* von Art. 39 Abs. 2 lit. a GSchG in Betracht.³⁷

³⁷ BGer 1A.30/2006 vom 10. Oktober 2006 = URP 2006 792 = ZBI 2007 511, E. 3.7; VerwGer BE VGE 100.2008.23291/23294 vom 23. Februar 2009 = URP 2009 659 = BVR 2009 401, E. 4.3 und 4.4. Vgl. auch den Grundsatz «*in maiore minus*» (D. [Digesten des Corpus Iuris Civilis] 50, 17, 110: «*in eo, quod plus sit, semper inest et minus*»): Ist umfangreicheres zulässig, kann auch weniger umfangreiches bewilligt werden.

VII. Beseitigung von Ufervegetation ausserhalb von Art. 22 Abs. 2 NHG?

1. Verfassungsrechtliche Ansatzpunkte

Da die Beseitigung der Ufervegetation gemäss Art. 22 Abs. 2 NHG nur in den durch die Wasserbaupolizei- und Gewässerschutzgesetzgebung erlaubten Fällen bewilligt werden kann, fallen sonstige Bundesgesetze als Grundlage für eine Ausnahmegewilligung ausser Betracht. Die Bestimmung von Art. 22 Abs. 2 NHG kann von den rechtsanwendenden Behörden zwar nicht auf ihre Verfassungsmässigkeit hin überprüft werden (vgl. Art. 190 BV), doch ist sie möglichst verfassungskonform auszulegen und anzuwenden.

In diesem Sinne vertritt Waldmann die Auffassung, dass bei der Erteilung von Ausnahmegewilligungen für die Beseitigung von Ufervegetation auch der Moorschutzartikel der Bundesverfassung (heute Art. 78 Abs. 5 BV) zu berücksichtigen sei, d. h. dass auch dieser eine Ausnahmegewilligung rechtfertigen könne, wenn die Beseitigung von Ufervegetation zur Erhaltung eines Moores erforderlich sei.³⁸ Zu denken ist etwa an die Beseitigung von (aufkommenden) Gehölzbeständen, die einerseits als Ufervegetation zu qualifizieren sind, andererseits aber mittelfristig zu einer Verbuschung oder Verwaldung und damit zu einer Zerstörung der typischen Eigenart des Moores führen würden.

Einen verfassungsrechtlichen Gehalt hat auch die Besitzstandsgarantie, wie sie u. a. in Art. 24c Abs. 1³⁹ RPG konkretisiert wird. Bauten und Anlagen, die im Einklang mit dem materiellen Recht und/oder gestützt auf formell rechtmässig ergangene Bewilligungen erstellt wurden, stehen unter dem Schutz der sogenannten *Besitzstandsgarantie*, die auf die Eigentumsgarantie (Art. 26 BV) und den Vertrauensschutz (Art. 9 BV), teilweise auch auf das Rückwirkungsverbot (Art. 5 BV) gestützt wird.⁴⁰ Im Recht auf Fortbestand eingeschlossen ist auch das Recht auf Unterhalt, d. h. auf Instandhaltung der

³⁸ WALDMANN BERNHARD, Der Schutz von Mooren und Moorlandschaften, Inhalt, Tragweite und Umsetzung des «Rothenurmartikels» (Art. 24^{sexies} Abs. 5 BV), Diss. Freiburg 1997, S. 108 einschliesslich Fn. 127.

³⁹ Von der Besitzstandsgarantie gemäss Art. 24c Abs. 1 RPG, die nicht über den Rahmen der bereits verfassungsrechtlich fundierten Besitzstandsgarantie hinausgeht, ist die *erweiterte* Besitzstandsgarantie gemäss Art. 24c Abs. 2 RPG zu unterscheiden, die Massnahmen betrifft, die über den normalen Unterhalt hinausgehen (vgl. MUGGLI RUDOLF, in: Kommentar zum Bundesgesetz über die Raumplanung, Herausgeber: AEMISEGGER HEINZ u. a., Zürich/Basel/Genf 2010, Rz. 20 zu Art. 24c RPG).

⁴⁰ WILLI KONRAD, Die Besitzstandsgarantie für vorschriftswidrige Bauten und Anlagen innerhalb der Bauzonen, Diss. Zürich 2003, S. 29 ff. und 62; DUPRÉ CHANTAL, in: Kommentar zum Bundesgesetz über die Raumplanung, Herausgeber: AEMISEGGER HEINZ u. a., Zürich/Basel/Genf 2010, Rz. 7 zu Art. 24b RPG; WALDMANN BERNHARD/HÄNNI PETER, Handkommentar zum Raumplanungsgesetz, Bern 2006, Rz. 5 zu Art. 24c RPG; VALLENDER KLAUS A., in: Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, Herausgeber: EHREZZELLER BERNHARD u. a., 3. Auflage, Zürich/St. Gallen sowie Zürich/Basel/Genf 2014, Rz. 30 zu Art. 26 BV.

Baute und Anlage, sodass sie weiterhin bestimmungsgemäss genutzt werden kann.⁴¹ Das Bundesgericht scheint in einem neueren Entscheid davon auszugehen, dass eine (periodische) Ausbaggerung zu Unterhaltungszwecken in einer bestehenden, grundsätzlich unverändert bleibenden Hafenanlage, in welcher Ufervegetation wächst, unter die Besitzstandsgarantie fällt, wobei es die Frage aber nicht abschliessend beantwortet, da das konkrete Projekt «den Rahmen des Bestandesschutzes sprengt».⁴² Auch wenn die Besitzstandsgarantie zur Diskussion steht, ist gleichwohl eine umfassende Interessenabwägung anzustellen (vgl. Art. 24c Abs. 5 sowie Art. 24 lit. b RPG), bei der der Aspekt des Ufervegetationsschutzes gebührend mit zu berücksichtigen ist.⁴³

Eine Beseitigung der Ufervegetation kann auch gerechtfertigt sein durch die polizeiliche Generalklausel, wenn es unmittelbare Gefahren abzuwehren gilt, die Menschenleben oder erhebliche Sachwerte bedrohen, etwa bei Umweltschadenfällen oder Naturereignissen.⁴⁴ Die polizeiliche Generalklausel ist teilweise positivrechtlich geregelt (so etwa für Grundrechtseingriffe in Art. 36 Abs. 1 Satz 3 BV) und gilt im Übrigen als ungeschriebener Grundsatz des Verfassungsrechts.⁴⁵

2. Zulässigkeit einer «vorübergehenden» Beseitigung von Ufervegetation?

In der Praxis wird immer wieder die Frage aufgeworfen, ob die bloss vorübergehende Beseitigung von Ufervegetation erleichtert bewilligt werden könne, wenn sichergestellt sei, dass die betroffene Fläche nach Abschluss der Bauarbeiten – insbesondere für ein unterirdisches bzw. unter der Gewässer- sohle liegendes Bauwerk – wieder mit qualitativ und quantitativ mindestens gleichwertiger Ufervegetation bewachsen werde. Die Frage ist zu verneinen. Der Schutz der Ufervegetation gemäss Art. 21 und 22 NHG verlangt, dass die Ufervegetation *dauernd* erhalten bleibt. Auch eine «vorübergehende» Beseitigung ist eine Beseitigung im Sinne von Art. 21 Abs. 1 und Art. 22 Abs. 2 NHG. Ausserhalb der in Art. 22 Abs. 2 NHG genannten Fälle und verfassungsrechtlich fundierter Ausnahmen sind keine Fälle denkbar, in denen die Ufervegetation «vorübergehend» beseitigt werden dürfte.

⁴¹ WILLI (Fn. 40), S. 43 und 59; MUGGLI (Fn. 39), Rz. 19 zu Art. 24c RPG; WALDMANN/HÄNNI (Fn. 40), Rz.10 und 12 zu Art. 24c RPG.

⁴² BGer 1C_448/2011 vom 5. Juli 2012 = URP 2012 671, E. 2.9.

⁴³ Vgl. BGer 1C_448/2011 vom 5. Juli 2012 = URP 2012 671, E. 2.9.

⁴⁴ RAUSCH/MARTI/GRIFFEL (Fn. 18), Rz. 608; JENNI (Fn. 4), Rz. 21 zu Art. 21 NHG.

⁴⁵ BGE 137 II 431 E. 3.3 und 128 I 327 E. 4.2 S. 340 f.