

21
08

> Schutzauftrag und Subventionierung bei Naturgefahren

Rechtsgutachten



Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

Bundesamt für Umwelt BAFU

21
—
08

> Schutzauftrag und Subventionierung bei Naturgefahren

Rechtsgutachten

Avec résumé en français

Impressum

Herausgeber

Bundesamt für Umwelt (BAFU)

Das BAFU ist ein Amt des Eidg. Departements für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (UVEK).

Autor

Dr. Erwin Hepperle,
Institut für terrestrische Ökosysteme (ITES), ETH Zürich

Begleitung BAFU

Mark Govoni, Abteilung Recht

Siegfried Lagger, Abteilung Recht

Hans Peter Willi, Abteilung Gefahrenprävention

Urs Nigg, Abteilung Gefahrenprävention

Reto Baumann, Abteilung Gefahrenprävention

Roberto Loat, Abteilung Gefahrenprävention

Zitiervorschlag

Hepperle E. 2008: Schutzauftrag und Subventionierung bei Naturgefahren. Rechtsgutachten. Umwelt-Wissen Nr. 0821. Bundesamt für Umwelt, Bern. 121 S.

Gestaltung

Ursula Nöthiger-Koch, 4813 Uerkheim

Titelfoto

BAFU/AURA

Bezug

BAFU

Verlagsauslieferung

CH-3003 Bern

Fax +41 (0) 31 324 02 16

docu@bafu.admin.ch

www.umwelt-schweiz.ch/uw-0821-d

Bestellnummer/Preis:

UW-0821-D / CHF 20.– (inkl. MWSt)

© BAFU 2008

> Inhalt

Abstracts	5		
Vorwort	7		
Zusammenfassung	8		
Résumé	12		
Einleitung	16		
<hr/>			
1	Verfassungsrechtlicher Rahmen	17	
1.1	Sektorale Aufsplitterung der Zuständigkeiten (horizontale Aufgabenteilung)	17	
1.2	Grundsatz der Gleichwertigkeit der Verfassungsaufträge	18	
1.3	Aufgabenteilung zwischen Bund und Kantonen im Bereich des vorsorgenden Gefahrenschutzes (vertikale Aufgabenteilung)	18	
1.3.1	Grundsätzliches	18	
1.3.2	Waldrecht	19	
1.3.3	Wasserbau und Gewässerschutz	19	
1.3.4	Raumplanung	20	
1.3.5	Hinweise auf weitere Rechtsbereiche	21	
1.4	Ergänzende Rahmenbedingungen für eine erfolgreiche Umsetzung	22	
1.4.1	Umweltbeobachtung	22	
1.4.2	Finanzierbarkeit	23	
1.5	Verhältnis von Schutzmassnahmen und Raumnutzung	23	
1.5.1	Einfluss der Interaktion von Raumplanung und Gefahrenprävention auf die Aufgaben von Bund und Kantonen	24	
1.5.2	Verhältnis von Schutzpflicht und Nutzungsmöglichkeiten	27	
1.6	Fazit	28	
<hr/>			
2	Umfang, Tragweite und Umsetzung des Schutzauftrags nach Bundesrecht	30	
2.1	Schutz vor Naturgefahren als Querschnittsaufgabe	30	
2.1.1	Raumbezug der Schutzziele im Wald- und im Wasserbaurecht	30	
2.1.2	Rechtliche Anforderungen an die räumliche Integration von Massnahmen	32	
2.2	Ausformulierung des Schutzauftrags durch den Bund	35	
2.2.1	Schutz erheblicher Sachwerte	35	
2.2.2	Konkretisierung der Tragbarkeit von Risiken	37	
2.2.3	Beurteilung von Schutzprojekten	38	
2.2.4	Rechtliche Vorgaben und strategische Fragestellungen	39	
2.3	Steuerungsinstrumente des Bundes	48	
2.3.1	Vorgaben für die kantonalen Gesetzgebungen und den kantonalen Vollzug	48	
2.3.2	Subventionierung	48	
2.4	Umsetzung des Schutzauftrags	50	
2.4.1	Kantonale Massnahmenplanung	50	
2.4.2	Stellung des Bundes in der Umsetzung (Hinweise)	59	
2.5	Fazit	62	
2.5.1	Koordinationsbedarf	62	
2.5.2	Sicherstellung der frühzeitigen Koordination	62	
2.5.3	Richtplaninhalt	63	
2.5.4	Auswirkungen der Rechtslage auf die Strategie des integralen Risikomanagements	63	
<hr/>			
3	Entschädigung für Eingriffe ins Grundeigentum	66	
3.1	Verhältnis von Massnahmenwahl und Eigentümerinteressen	66	
3.1.1	Eigentümerinteresse zwischen Schutzanspruch und Wahrung der Nutzungsrechte	67	
3.1.2	Schutzpflicht der Behörden und Schutzanspruch der Grundeigentümer	67	
3.1.3	Entschädigungslos hinzunehmende Eigentumsbeschränkungen	69	
3.1.4	Polizeilich motivierte Nutzungsverbote im Naturgefahrenbereich	75	
3.1.5	Beurteilung von parzellenbezogenen Eingriffen ins Eigentum	77	
3.1.6	Konsequenzen für die Subventionierung	79	
3.2	Hauptproblempunkt: Vertrauen in den Weiterbestand der nutzungsrechtlichen Situation	79	
3.2.1	Bestandesgarantie und deren sicherheitspolitischen Grenzen	79	

3.2.2	Vertrauen in die Planbeständigkeit	80	5	Schlussfolgerungen	115
3.2.3	Umbau- und Wiederaufbau	82	5.1	Klare Trennung zwischen Grundlagenerarbeitung, raumplanerischer Festlegung und Realisierung	115
3.2.4	Überschwemmungs- und Retentionsflächen	83	5.1.1	Schritte der Umsetzung	115
3.2.5	Verlagerung von Bauten und Anlagen	84	5.1.2	Massnahmenwahl und Koordination	117
3.3	Entschädigung bei materieller Enteignung	85	5.2	Zweckmässigkeit und Wirtschaftlichkeit von Massnahmen	119
3.3.1	Konkretisierung der Entschädigungsgrundsätze mit Blick auf die Naturgefahren	85	5.2.1	Kosten/Nutzen-Verhältnis	119
3.3.2	Bildung von Fallgruppen	91	5.2.2	Zweckmässigkeit	119
3.3.3	Hinweis: Raumplanerisches Gebot des Planungswertausgleichs	94	5.2.3	Förderung der Raumintegration	120
3.4	Landerwerb / formelle Enteignung	96	5.3	Subventionierung von Eigentumseingriffen im Besonderen	121
3.4.1	Verhältnis zur materiellen Enteignung	96			
3.4.2	Entschädigung im Bereich von Überflutungsgebieten	99			
3.5	Entschädigung wegen Verlegens von Bauten und Anlagen	100			
3.5.1	Interesse an einer Verlegung	100			
3.5.2	Entschädigung für das Verlegen der Baute	101			
3.5.3	Entschädigung für den Untergang von Eigentumsrechten an der Landfläche	101			
3.6	Wegspülen oder Abbrechen von Land	102			
3.7	Exkurs: Haftung im Schadensfall	103			
3.7.1	Planungspflicht und Planungsfehler	103			
3.7.2	Haftung für Planungsfehler	103			
3.7.3	Verhältnis von Werkeigentümerhaftung und Haftung für Planungsfehler	105			
3.7.4	Verhältnis zur Versicherungspflicht	107			
3.7.5	Verhältnis zu Schäden in Entlastungskorridoren, Rückhalte- und Auffangräumen	108			
3.8	Fazit	109			
4	Ergänzende Bemerkungen zur Subventionierung von Schutzmassnahmen	111			
4.1	Neugestaltung des Finanzausgleichs und der Aufgabenteilung (NFA)	111			
4.2	Tragweite der Subventionsgrundsätze im Naturgefahrenschutz	111			
4.2.1	Grundsätze für Abgeltungen (Art. 10 Abs. 1 Bst. a SuG)	112			
4.2.2	Grundsätze für Programmvereinbarungen (Art. 20a Abs. 1 SuG)	113			
4.2.3	Koordinationsbedarf	114			

> Abstracts

The legal review demonstrates the options and scope available to the Swiss Confederation for subsidising projects for protection against natural hazards. It also comments on the possibilities available for coordination and harmonization against the background of the reorganization of fiscal equalization. The main focus is on legal issues in connection with spatial planning measures for the provision of protection against natural hazards. These also include the question of compensation in the case of the rezoning or acquisition of land for protective measures. The explanations provided are limited to areas of significance in relation to hazard prevention.

Das Rechtsgutachten zeigt Möglichkeiten und Spielräume des Bundes bei der Subventionierung von Schutzprojekten gegen Naturgefahren auf. Es äussert sich auch zu Koordinations- und Harmonisierungsmöglichkeiten im Hinblick auf die Neugestaltung des Finanzausgleichs. Im Vordergrund stehen rechtliche Fragen im Zusammenhang mit raumplanerischen Massnahmen zum Schutz vor Naturgefahren. Dazu gehören auch Entschädigungsfragen bei Auszonungen oder Landerwerb für Schutzmassnahmen. Die Ausführungen beschränken sich auf die für die Gefahrenprävention wichtigen Bereiche.

L'avis de droit relève les options qu'a la Confédération en matière de subventionnement de projets de protection contre les dangers naturels et la marge de manœuvre dont elle dispose. Il y est question également des possibilités de coordination et d'harmonisation en rapport avec la réforme de la péréquation financière. Le document se concentre en premier lieu sur les aspects juridiques eu égard aux mesures d'aménagement du territoire nécessaires pour assurer cette protection. Il y va notamment des questions d'indemnisation en cas de déclassements ou d'acquisitions de terrains pour réaliser les mesures requises. Les explications sont limitées aux domaines les plus importants pour la prévention des dangers.

La perizia giuridica mostra le possibilità e i margini di manovra della Confederazione nel sovvenzionamento di progetti di protezione contro i pericoli naturali. Inoltre, si pronuncia in merito alle possibilità di coordinamento e di armonizzazione in vista della Nuova impostazione della perequazione finanziaria. L'accento viene posto sulle questioni giuridiche legate alle misure di pianificazione del territorio finalizzate alla protezione contro i pericoli naturali. Fra tali questioni figura anche quella degli indennizzi in caso di dezonamento o di acquisizione di terreni per l'attuazione di misure di protezione. La perizia è limitata ai settori rilevanti ai fini della prevenzione dei pericoli.

Keywords:

protection against natural hazards, legal issues, spatial planning, protection mandate, compulsory purchase and compensation, subsidization

Stichwörter:

Schutz vor Naturgefahren, Rechtsfragen, Raumplanung, Schutzauftrag, Enteignung und Entschädigung, Subventionierung

Mots-clés:

protection contre les dangers naturels, Questions juridiques, Aménagement du territoire, Mandat de protection, Expropriation et indemnisation, Subventions

Parole chiave:

protezione contro i pericoli naturali, questioni giuridiche, pianificazione del territorio, mandato di protezione, espropriazione e indennizzo, sovvenzionamento

> Vorwort

Das Hochwasser vom August 2005 forderte in der Schweiz sechs Todesopfer und verursachte Schäden in Milliardenhöhe. Grossflächige und lang anhaltende Niederschläge führten zu aussergewöhnlichen Abflüssen und Seeständen. Überflutung, Erosion, Übersarung, Rutschungen und Übermuerung waren die massgeblichen Schadensprozesse. Gemäss der Ereignisanalyse des Hochwassers 2005, die vom Bundesamt für Umwelt (BAFU) in Zusammenarbeit mit der Eidgenössischen Forschungsanstalt für Wald, Schnee und Landschaft (WSL) erstellt wurde, handelte es sich dabei um das mit Abstand schadensintensivste Hochwasser der letzten Jahrzehnte. In seiner Gesamtheit und über eine längere Zeitspanne betrachtet, ist das Unwetter aber nicht als aussergewöhnlich, sondern höchstens noch als selten zu betrachten. In Zukunft muss mit dem wiederholten Auftreten ähnlicher Hochwasser gerechnet werden.

Besonders war beim Hochwasser 2005 nicht nur die Höhe des eingetretenen Schadens, sondern auch die Art und Weise des Umgangs mit dem Schadensereignis. In mehreren Gemeinden wurden durch das Hochwasser beschädigte Häuser nicht wiederaufgebaut. Anstelle oder in Ergänzung zu baulich-technischen Massnahmen wurde der Schutz vor Hochwasser mittels raumplanerischen Massnahmen sichergestellt. Das Land, auf dem die durch das Hochwasser beschädigten Häuser standen, wurde im Rahmen des Hochwasserschutzprojekts erworben oder enteignet. Dadurch wurde mehr Raum für die Ausbreitung der Gefahrenprozesse geschaffen und das Risiko einer Schädigung von Menschen und erheblichen Sachwerten massgeblich reduziert. Diese Priorisierung von raumplanerischen in Verbindung mit baulich-technischen Massnahmen vor rein baulich-technischen Massnahmen entspricht den Vorgaben des Bundesgesetzes über den Wasserbau und wurde deswegen vom Bund gutgeheissen und unterstützt. Da der Schutz mittels raumplanerischen in Kombination mit baulich-technischen Massnahmen zum Schutz vor Naturgefahren (Hochwasser, Lawinen, Steinschlag und Rutschungen) jedoch regelmässig in bestehende Nutzungsverhältnisse eingreift und diese verändert, führten die geplanten Massnahmen zu komplexen enteignungs- und entschädigungsrechtlichen Fragestellungen.

Zur Klärung dieser Fragestellungen hat das BAFU Herrn Dr. iur. Erwin Hepperle vom Institut für Terrestrische Ökosysteme der ETH Zürich mit der Ausarbeitung eines Rechtsgutachtens beauftragt. Das Schwergewicht des Gutachtens liegt beim Spannungsverhältnis zwischen Schutzauftrag und Eigentumsgarantie. Überdies stellt das Rechtsgutachten die relevanten Fragen in ihren raumplanungs- und subventionsrechtlichen Kontext. Somit bildet es nicht nur für die betroffenen Grundeigentümer, sondern auch für die Naturgefahrenfachleute und die Raumplaner eine sehr hilfreiche Grundlage zur Klärung der Rechtsfragen betreffend Schutzauftrag, Entschädigung und Subventionierung bei Naturgefahren.

Hans Peter Willi
Chef Abteilung Gefahrenprävention
Bundesamt für Umwelt (BAFU)

Florian Wild
Chef Abteilung Recht
Bundesamt für Umwelt (BAFU)

> Zusammenfassung

Das Gutachten zeigt Möglichkeiten und Spielräume des Bundes bei der Subventionierung von Schutzprojekten gegen Naturgefahren auf. Es äussert sich auch zu Koordinations- und Harmonisierungsmöglichkeiten im Hinblick auf die Neugestaltung des Finanzausgleichs. Im Vordergrund stehen rechtliche Fragen im Zusammenhang mit raumplanerischen Massnahmen zum Schutz vor Naturgefahren. Dazu gehören auch Entschädigungsfragen bei Auszonungen oder Landerwerb für Schutzmassnahmen. Die Ausführungen beschränken sich auf die für die Gefahrenprävention wichtigen Bereiche.

Grundsätzliches

Gemäss der verfassungsrechtlichen Aufgabenteilung ist die Massnahmenplanung Sache der Kantone. Der Bund hat über die Einhaltung der bundesrechtlichen Anforderungen zu wachen. Er hat die Schutzziele zu konkretisieren und die Subventionspraxis darauf auszurichten. Massnahmen sollen nur subventioniert werden, wenn sie mit Blick auf diese Kernpunkte zweckmässig sind.

Die Verfassungsgrundlagen für die verschiedenen Naturgefahren sind zersplittert, unterschiedlich und lückenhaft. Sachlich aber ist der Schutz vor Naturgefahren untrennbar mit der Raumplanung verbunden. Naturgefahrenschutz ist nicht mit der Errichtung von Schutzbauten gleichzusetzen, auch Nutzungsbeschränkungen und Bauverbote bilden Teil eines die Raumansprüche ausbalancierenden kostenbewussten Massnahmenpakets. Die Kantone sind in diesem Sinne verpflichtet, Raumplanung und Gefahrenprävention aufeinander abzustimmen. Der Bund kann Subventionierungen an entsprechende Voraussetzungen knüpfen.

Es ist Sache des Bundes, die methodischen Grundlagen für die Anwendung der vom Bundesrecht vorgesehenen Massnahmetypen und für ihre Subventionierung zu entwickeln. Die Massnahmenplanung soll auf transparenten Wertungen beruhen, die vor Bundesrecht standhalten. Die Strategie zielt darauf ab, im Umgang mit Naturgefahren ein systematisches Vorgehen zu verwirklichen, bei dem sich Intervention, Wiederinstandstellung und Prävention gegenseitig ergänzen (integrales Risikomanagement). Das verlangt schon bereits auf der Stufe Risikomanagement die Kooperation mehrerer Fachstellen aus verschiedenen Bereichen.

Die Planung des Umgangs mit Naturgefahren muss sodann vor Ort noch mit weiteren raumplanerischen Anliegen abgestimmt werden. Dem Entscheid soll eine umfassende Interessenabwägung zugrunde liegen, bei der frühzeitig alle wesentlichen im konkreten Fall massgebenden raumbezogenen Aspekte zu berücksichtigen sind. Insbesondere ist den Gewässern ausreichend Raum zu geben und Fliessgewässer sind zu renaturieren. Auch die Waldgesetzgebung fordert in diesem Sinne eine integrale Planung, die über die Aspekte des Risikomanagements hinausgeht.

Gefahrenprävention und Richtplanung

In der Richtplanung sind die Kantone an die strategischen Vorgaben des Bundes gebunden und sie haben Aussagen dazu zu machen, wie sie den Schutz vor Naturgefahren auf die anzustrebende Entwicklung abstimmen. Dies ist umso wichtiger, als die Schutzmassnahmenplanung namentlich im Hochwasserschutz regelmässig von überkommunaler Bedeutung ist. Für die interkommunale Massnahmenplanung sind entsprechende Verfahren vorzusehen.

Die Richtplanaussagen erlauben es dem Bundesrat die Qualität der Koordination, die Qualität der kantonalen Verfahren zur räumlichen Integration des Schutzes vor Naturgefahren, die Umsetzungsbereitschaft der anderen Fachstellen und namentlich jene der Raumplanungsfachstelle selbst und die Verträglichkeit der kantonalen Strategien mit jener des Bundes zu überprüfen. Auf kantonaler Ebene können auch Naturgefahren einbezogen werden, für die keine Bundeskompetenz existiert (wie z.B. Erdbeben). Der Richtplan soll sich auch zu den räumlichen Auswirkungen von solchen ergänzenden kantonseigenen Strategien äussern.

Verwirklichung der Gefahrenprävention

Die einzelnen Phasen der Gefahrenschutzplanung und ihrer Umsetzung sind aus rechtlicher Optik klar auseinanderzuhalten. Zu unterscheiden sind die Gefahrenanalyse (mit Errichtung von Gefahrenkarten), die Massnahmenplanung (mit raumplanerischer Festlegung der zulässigen Nutzung) und ihre Realisierung (einschliesslich Landerwerb).

Aus den Gefahrenkarten leitet sich ab, wo in welchem Umfang eine Schutzpflicht gegenüber potenziell von Naturgefahren Betroffenen besteht. Diese haben Anspruch auf ein Tätigwerden des Staates. Die Schutzpflicht besteht überall wo Menschen und erhebliche Sachwerte bedroht sind. Dies ist bundesrechtlich vorgegeben, weshalb schweizweit ein vergleichbares Sicherheitsniveau anzustreben ist. In der Konsequenz muss da, wo eine erhebliche Gefährdung für Leib und Leben besteht, bis zum Vorliegen eines entsprechenden Massnahmenplans nötigenfalls baupolizeilich interveniert werden.

Die gesetzten Ziele sollen mit einem Bündel von Massnahmen erreicht werden, die unter sich aufeinander abgestimmt sind. Das Risikomanagement darf dabei nicht allein auf Kosteneffizienz ausgerichtet werden. Die Massnahmen sollen auch zweckmässig sein. Es ist aufgrund der sachlichen, zeitlichen, räumlichen, finanziellen und persönlichen Angemessenheit zu entscheiden, ob aktive oder passive Schutzmassnahmen ergriffen werden sollen. Insbesondere sind die Aspekte der räumlichen Integration für alle raumwirksamen Tätigkeiten frühzeitig zu bedenken.

Als Folge der geforderten raumbezogenen Betrachtungsweise sind auch Interessen einzubeziehen, die ausserhalb des Schutzauftrags liegen. Über die Wahl, die räumliche Lokalisierung und die Dimensionierung der Schutzmassnahmen wird typischerweise in einem Planungsprozess entschieden. Dabei sind Vorkehrungen zu treffen, die eine künftige Erhöhung des Schadenpotenzials verhindern. Das Ergebnis der Güterabwä-

gung verlangt möglicherweise auch im bereits überbauten Gebiet eine Anpassung der Nutzungspläne.

Entschädigungsrechtliche Folgen

Die entschädigungsrechtlichen Folgen der Gefahrenprävention können insbesondere im Hochwasserschutz für den Einzelnen gravierend sein. Dabei spielt es eine Rolle, welche Motive der Nutzungsänderung zugrunde liegen. Wenn sich aufgrund der Gefahrenanalyse herausstellt, dass auf einer bestimmten Parzelle eine Baubewilligung aus polizeilichen Gründen nicht erteilt werden kann, und wenn dies auch nach dem Ergreifen der geplanten Schutzmassnahmen so bleiben wird, dann ist die Überbaubarkeit des Terrains nicht weiter gegeben. Müssen einzelne Parzellen wegen direkter Gefährdung ausgezont werden, und wird diese Gefährdung nicht erst durch das Projekt ausgelöst, so handelt es sich um im engeren Sinne polizeilich motivierte Massnahmen, die entsprechend der bundesgerichtlichen Rechtsprechung entschädigungslos hinzunehmen sind.

Die Kantone können dieses Ergebnis abmildern, indem sie für solche Fälle im Sinne von Art. 5 Abs. 1 RPG einen angemessenen Ausgleich zwischen planungsbedingten Vor- und Nachteilen vorsehen. Es ist auch denkbar, den Besonderheiten dieser Problemkonstellation durch den Erlass von Sonderbestimmungen gerecht zu werden. Ausserdem ist zu prüfen, ob sich das Gemeinwesen allenfalls aufgrund fehlerhafter Planung haftpflichtig gemacht hat. Dies wird allerdings oft nicht der Fall sein.

Muss für die Realisierung von aktiven Schutzmassnahmen Land erworben werden, so erfolgt die Bemessung der subventionsfähigen Entschädigung in zwei Schritten. Erst mit den nutzungsplanerischen Entscheidungen werden die Voraussetzungen für eine Projektverwirklichung geschaffen. Deshalb ist zuerst zu prüfen, ob die allenfalls notwendige Nutzungsplanänderung eine materielle Enteignung zur Folge hat. Der im Zuge der Realisierung für die formelle Eigentumsübertragung zu zahlende Restwert des Grundstücks wird anschliessend in einer zweiten Stufe ermittelt. Er entspricht dem Verkehrswert, wie er sich nach der erfolgten materiellen Enteignung darstellt. Das entspricht normalerweise dem Wert für Landwirtschaftsland. Bei bestehenden Bauten ist zusätzlich der Wert der verbleibenden Nutzung aufgrund der Bestandesgarantie zu schätzen. Auch wenn stets die besonderen Umstände zu beachten sind, so lassen sich die verschiedenen Fallkonstellationen doch in gewisser Weise typisieren. Besondere Probleme stellen sich im Zusammenhang mit der Umsiedlung von Bauten.

Verhältnis von Raumintegration und Subventionierung

Die Neugestaltung des Finanzausgleichs (NFA) brachte Änderungen im Bereich der Subventionen. Abgeltungen werden neu global nach den Programmvereinbarungen bzw. bei Projekten mit einem Kostenaufwand von >1 Mio Franken einzelfallweise entsprechend der Gefährdung durch Naturereignisse, den Kosten und der Wirksamkeit der Massnahmen ausgerichtet. Die Subventionshöhe wird von der Planungsqualität der Massnahmen abhängig gemacht. In den Programmvereinbarungen werden die gemeinsam zu erreichenden strategischen Programmziele festgesetzt. Bei den einzeln beurteil-

ten Projekten wird auf die Umsetzung einer umfassenden Risikobetrachtung geachtet. Das Subventionsrecht verlangt zudem, dass die Aufgabe zweckmässig, kostengünstig und mit einem minimalen administrativen Aufwand erfüllt werden kann. Die Zweckmässigkeit bezieht sich auch auf die Raumintegration der Massnahmen. Noch verfügen nicht alle Kantone über ausreichende fachliche Grundlagen, damit diese Beurteilung sachgerecht vorgenommen werden kann. Das neue Subventionsrecht übt hier einen gewissen Druck aus.

Trotzdem ist es unzureichend, für die Steuerung allein auf Subventionen zu setzen. Planverfahren verlangen eine frühzeitige Koordination. Korrekturen im Zuge der Projektgenehmigung durch die Subventionsbehörde kommen in der Regel zu spät. Zurzeit fehlt auf Bundesebene ein geeignetes Instrumentarium, das den Raumintegrationsprozess und das integrale Risikomanagement rechtzeitig sicherstellt. Es ist zu prüfen, ob nicht in Zukunft Subventionierungen vom Vorhandensein einer Naturgefahrenplanung abhängig zu machen sind, die auf die künftige Raumentwicklung ganzer Tal-schaften abgestimmt ist. Soll diese Form von zweckmässiger Raumbewirtschaftung stärker gefördert werden, so könnte es sich empfehlen, in einer Anschubphase spezielle Fonds mit entsprechender Zweckbestimmung zu schaffen. Weil manch andere Rechtsbereiche ihrerseits ebenfalls globale Beitragsleistungen kennen, die mit Programmvereinbarungen verbunden werden, sollten auch die strategischen Programmziele aufeinander abgestimmt werden. Als Grundlage für einen konzertierten Einsatz der Bundesmittel bietet sich die nachhaltige Entwicklung an.

> Résumé

L'avis de droit relève les options qu'a la Confédération en matière de subventionnement de projets de protection contre les dangers naturels et la marge de manœuvre dont elle dispose. Il y est question également des possibilités de coordination et d'harmonisation en rapport avec la réforme de la péréquation financière. Le document se concentre en premier lieu sur les aspects juridiques eu égard aux mesures d'aménagement du territoire nécessaires pour assurer cette protection. Il y va notamment des questions d'indemnisation en cas de déclassements ou d'acquisitions de terrains pour réaliser les mesures requises. Les explications sont limitées aux domaines les plus importants pour la prévention des dangers.

Généralités

En vertu de la répartition des tâches prévue par la Constitution, la planification des mesures incombe aux cantons. La Confédération pour sa part doit veiller au respect des exigences formulées dans le droit fédéral. Elle est chargée de concrétiser les objectifs de protection et d'adapter en conséquence la pratique en matière de subvention. En effet, les mesures ne peuvent bénéficier d'un soutien que si elles sont judicieuses du point de vue de ces éléments-clés.

Les bases constitutionnelles relatives aux différents dangers naturels sont dispersées, hétérogènes et lacunaires. Sur le plan matériel toutefois, la protection contre ces dangers est indissociable de l'aménagement du territoire. Elle ne doit pas être assimilée à la simple construction d'ouvrages de protection, car un train de mesures raisonnable quant aux coûts et équilibré sur le plan des besoins en surfaces englobe aussi des restrictions d'affectation et des interdictions de bâtir. Les cantons sont donc tenus d'harmoniser organisation du territoire et prévention des dangers. La Confédération est habilitée à fixer des conditions pour l'octroi de subventions.

Il appartient à la Confédération d'élaborer les bases méthodologiques nécessaires pour appliquer les types de mesures prévues par le droit fédéral et pour les subventionner. La planification des mesures doit reposer sur des évaluations transparentes, consistantes avec le droit fédéral. La stratégie vise à mettre en place une procédure systématique pour le traitement des dangers naturels, où intervention, remise en état et prévention se complètent réciproquement (gestion intégrale des risques). Pour ce faire, il faut assurer, au niveau de la gestion des risques déjà, la coopération entre plusieurs services spécialisés travaillant dans divers domaines.

Lors de la planification du traitement des dangers naturels, il conviendra par conséquent de tenir compte sur place d'autres aspects de l'aménagement du territoire. La décision doit être prise sur la base d'une pesée des divers intérêts en présence, où tous les aspects concrets influant sur l'espace sont pris en considération suffisamment tôt. Il faut en particulier prévoir une place suffisante pour les eaux de surface ainsi qu'une

renaturation des cours d'eau. La législation sur les forêts prévoit d'ailleurs une planification intégrale dans ce sens, qui va au-delà de la seule gestion des risques.

Prévention des dangers et plan directeur

Dans leur plan directeur, les cantons doivent s'en tenir aux consignes stratégiques définies par la Confédération. Ils doivent en particulier indiquer comment ils entendent concilier la protection contre les dangers naturels et les développements visés. Cette exigence est d'autant plus importante que la planification des mesures de protection, notamment contre les crues, dépasse souvent les frontières communales. Il convient donc de prévoir des procédures ad hoc pour la planification intercommunale des mesures.

Les déclarations du plan directeur constituent un instrument précieux pour le Conseil fédéral: il lui permet de vérifier la qualité de la coordination et des procédures cantonales visant à intégrer dans l'aménagement du territoire les aspects de protection contre les dangers naturels, de s'assurer de la volonté d'exécution des autres services spécialisés, notamment du service d'aménagement du territoire, et enfin de contrôler la compatibilité des stratégies cantonales avec celles de la Confédération. Les cantons ont la possibilité de tenir compte également de dangers naturels qui ne sont pas de la compétence de la Confédération (p. ex. tremblements de terre). Le plan directeur doit aussi contenir des informations sur les conséquences spatiales de telles stratégies cantonales complémentaires.

Mise en œuvre de la prévention des dangers

Sur le plan juridique, il convient de distinguer clairement entre les phases de planification des mesures de protection et leur mise en œuvre. Il y a d'abord l'analyse des dangers (avec établissement de la carte des dangers), ensuite la planification des mesures (avec détermination des affectations admissibles en matière d'aménagement du territoire) et enfin la réalisation (y compris acquisition de terrains).

Il ressort des cartes des dangers à quels endroits et dans quelle mesure il existe une obligation de protection contre des dangers naturels potentiels à l'égard de personnes concernées. Ces dernières ont le droit d'exiger une action de l'Etat, car il y a une obligation de protection partout où des personnes ou des biens matériels considérables sont menacés. Cette règle n'étant pas inscrite dans le droit fédéral, il faut viser un niveau de sécurité comparable dans l'ensemble du pays. Lorsque des vies ou des biens sont menacés, une intervention de la police des constructions peut par conséquent être nécessaire en attendant que le plan de mesures requis soit adopté.

Pour atteindre les objectifs fixés, il faut prévoir un train de mesures harmonisées entre elles. La gestion des risques ne doit pas viser uniquement l'efficacité des coûts, les mesures doivent également être rationnelles. La décision d'opter pour des mesures de protection actives ou passives sera prise selon des critères d'adéquation matérielle, temporelle, spatiale, financière et personnelle. Il convient en particulier de prendre en

considération, à un stade précoce de la procédure, les aspects relevant de l'intégration spatiale pour toutes les activités qui ont une incidence sur ce plan.

Etant donné l'exigence d'une approche spatiale, il faut également tenir compte d'intérêts qui ne sont pas liés au mandat de protection. Il va de soi que le choix des mesures, de leur emplacement géographique et de leur ampleur se fait dans le cadre d'un processus de planification. Ce faisant, il convient de prévoir des dispositions empêchant une future augmentation des dommages potentiels. Selon les cas, la pesée des intérêts pourra appeler une modification des plans d'affectation, même dans des zones déjà construites.

Conséquences juridiques en matière d'indemnisation

La prévention des dangers peut être lourde de conséquences juridiques en matière d'indemnisation, notamment quand il s'agit de protection contre les crues. Les raisons du changement d'affectation jouent en l'occurrence un rôle important. Si l'analyse des dangers révèle qu'un permis de construire ne peut pas être octroyé pour une parcelle donnée pour des motifs de police et que les mesures de protection prévues ne changeront rien à cette situation, le terrain en question ne peut plus être considéré comme constructible. Si certaines parcelles doivent être déclassées en raison d'une menace directe et que cette dernière n'est pas le résultat du projet, il s'agit de mesures de police au sens strict, lesquelles doivent, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, être acceptées sans droit à des indemnités.

Les cantons peuvent adoucir un peu ces conséquences en prévoyant, selon l'Art. 5, al. 1, LAT, un régime de compensation permettant de tenir compte équitablement des avantages et des inconvénients majeurs qui résultent de mesures d'aménagement. Il est également concevable d'édicter des dispositions spéciales pour traiter justement une situation particulière résultant de ce type de constellation. En outre, il faut vérifier si les pouvoirs publics ne se seraient pas rendus responsables du fait d'une planification erronée, ce qui ne devrait toutefois être le cas qu'exceptionnellement.

Si la réalisation de mesures de protection actives requiert l'acquisition de terrains, l'appréciation des indemnisations donnant droit à des subventions se fera en deux étapes. Les conditions pour la mise en œuvre du projet ne sont réunies qu'une fois les décisions prises au sujet du plan d'affectation. C'est pourquoi il s'agit de vérifier d'abord si les éventuelles modifications nécessaires du plan d'affectation entraîneront une expropriation matérielle. La valeur résiduelle qui devra être payée pour le terrain, dans le sillage de la mise en œuvre, au titre du transfert de propriété formel sera déterminée dans un deuxième temps. Elle correspond à la valeur vénale après l'expropriation matérielle, soit habituellement à la valeur de terrains agricoles. En cas de bâtiments existants, il faut en outre estimer la valeur de l'affectation restante, au sens de la garantie d'existence. Même s'il convient à chaque fois de tenir compte ces circonstances particulières, il est possible de définir jusqu'à un certain point des cas-types. Des problèmes spéciaux se posent lorsqu'il faut déplacer des bâtiments.

Rapport entre intégration spatiale et subventions

La réforme de la péréquation financière (RPT) a entraîné des modifications dans le domaine des subventions. Désormais, des indemnités sont accordées globalement selon les conventions-programmes ou au cas par cas pour des projets d'un coût supérieur à 1 million de francs, en fonction de la menace que présentent les phénomènes naturels, des coûts et de l'efficacité des mesures. On fait dépendre la hauteur des subventions de la qualité de la planification. Dans les conventions-programmes, des objectifs stratégiques sont arrêtés d'un commun accord. Pour les projets évalués séparément, l'aspect de la considération globale des risques joue un rôle déterminant. Le droit sur les subventions exige en outre que les tâches soient accomplies de manière rationnelle et économique, avec des charges administratives réduites au strict minimum. La rationalité se rapporte à l'intégration spatiale des mesures. Pour l'heure, les cantons ne disposent toutefois pas encore tous des bases nécessaires pour procéder adéquatement à ces évaluations. Dans ce domaine, le nouveau droit sur les subventions exerce une certaine pression.

Miser sur les seules subventions pour assurer le pilotage n'est cependant pas satisfaisant, car les procédures de planification appellent une coordination précoce. En effet, les corrections apportées au moment de l'approbation du projet par l'autorité allouant les subventions arrivent généralement trop tard. Or actuellement, il manque les instruments appropriés au niveau fédéral pour garantir que le processus d'intégration spatiale et la gestion intégrale des risques se fassent suffisamment tôt. Dans ce contexte, il faut examiner l'opportunité de fixer comme condition pour l'octroi de subventions l'existence d'une planification des dangers naturels qui soit harmonisée avec le développement territorial prévu pour des vallées entières. Si l'on veut encourager davantage cette gestion rationnelle du territoire, il pourrait être judicieux, dans une phase initiale, de créer des fonds spéciaux avec affectation particulière. Etant donné que bien d'autres domaines du droit connaissent également des contributions globales découlant de conventions-programmes, les objectifs stratégiques des programmes devraient être harmonisés entre eux. Le développement durable peut servir de base pour une utilisation concertée des moyens financiers de la Confédération.

> Einleitung

Ausgangslage

Im August 2005 führten starke Niederschläge in der ganzen Schweiz zu Rutschungen, Murgängen und grossen Hochwasserschäden. Es zeigte sich, dass unter Umständen Entlastungskorridore auch im bereits überbauten Gebiet eingerichtet werden müssen. Die Bewältigung dieser Ereignisse fällt zusammen mit einer Neuformulierung der Subventionstatbestände im Zusammenhang mit der Neugestaltung des Finanzausgleichs (NFA).

Es stellen sich damit neue Fragen bezüglich Art und Umfang der Schutzpflicht sowie der Subventionsfähigkeit von Massnahmen. Der Beauftragte konnte sich in seiner Untersuchung auf Vorarbeiten stützen, die er im Auftrag der Parlamentarischen Verwaltungskontrolle PVK in einem Gutachten vom Januar 2007 zu den Rechtsgrundlagen des Bundes im Umgang mit Naturgefahren geleistet hat. Dieses Gutachten ist in den Bericht der PVK zuhanden der GPK des Nationalrates «Evaluation zum Umgang des Bundes mit Naturgefahren» vom 18. Juni 2007 eingeflossen.

Gegenstand des Auftrags

Die Abklärungen sollen Möglichkeiten und Spielräume des Bundes bei der Subventionierung von Schutzprojekten gegen Naturgefahren sowie Koordinations- und Harmonisierungsmöglichkeiten im Hinblick auf die NFA aufzeigen. Es sollen rechtliche Fragen im Zusammenhang mit raumplanerischen Massnahmen zum Schutz vor Naturgefahren geklärt werden, insbesondere die Frage nach der Entschädigung infolge Landerwerbs für Schutzmassnahmen. Es soll sodann auf Mängel und Schwachstellen der heutigen Gesetzgebung hingewiesen werden.

Die Ausführungen beschränken sich auf die für die Gefahrenprävention wichtigen Bereiche. Nicht erwähnt werden deshalb die Bestimmungen betreffend die Vorwarnung (meteorologische, hydrologische und klimatologische Beobachtung der Gefahrensituation) sowie jene zur Intervention (innere Sicherheit, Bevölkerungsschutz, Armee). Die Thematik ist vereinbarungsgemäss grundsätzlich breit anzugehen, hingegen sollen detaillierte Betrachtungen eine gewisse Konzentration auf das Wasserbaurecht aufweisen, weil sich hier die drängendsten Fragen stellen.

1 > Verfassungsrechtlicher Rahmen

Der Umgang mit Naturgefahren ist im geltenden Recht für die verschiedenen Naturgefahren nicht einheitlich geregelt. Das ist ganz wesentlich bereits in der Verfassung so angelegt. Es gibt auf Bundesebene zurzeit keine Verfassungsgrundlage, die es dem Bund ermöglicht, den Schutz vor Naturgefahren umfassend anzugehen. Die Aufgabe ist auf verschiedene Sachkompetenzen verteilt. Das wirkt sich auch auf die Schutzpflicht und den Umfang des Schutzes aus.

1.1 Sektorale Aufsplitterung der Zuständigkeiten (horizontale Aufgabenteilung)

Im Bereich der Einsatzorganisation bei akuter Gefährdung erfassen die Vorkehrungen zum Schutz der Bevölkerung uneingeschränkt alle Risikobereiche (Art. 57 BV). Im Bereich der Gefahrenvorsorge besteht ein ausdrücklicher Verfassungsauftrag dagegen nur im Hochwasserschutz (Art. 76 Abs. 1 und 3 BV). Für andere Naturgefahren ergibt sich die Schutzpflicht implizit aus dem Auftrag, die Schutzfunktion des Waldes zu sichern (Art. 77 Abs. 1 BV). Nach Art. 1 Abs. 2 WaG gilt dies für den Schutz vor Lawinen, Rutschungen, Erosion und Steinschlag.

Aus einer ganzheitlichen Problemsicht zeigt sich:

- > Die genannten Verfassungsgrundlagen sind insofern unvollständig, als sie *nicht alle Naturgefahren erfassen*. Ein vorbeugender Schutz gegen Erdbeben oder Extremtemperaturen kann aus ihnen nicht abgeleitet werden.
- > Erschwerend wirkt sich zweitens aus, dass über die beiden Verfassungsartikel *nicht alle natürlichen Risikominderungsfaktoren angesprochen werden können*. Ein zusätzlicher Schutz kann unter Umständen auch über die Stärkung der ökologischen Leistungsfähigkeit von Weiden, Ackerbauflächen, ökologischen Ausgleichsflächen und Naturschutzobjekten (Auen) erreicht werden. Solche Möglichkeiten sind nicht über das Wasserbau- und das Waldrecht erfasst, man findet sie stattdessen in die Gesetzgebungen zur Landwirtschaft, zum Naturschutz und zum Umweltschutz (5. Kapitel: Belastungen des Bodens) integriert.
- > Drittens ist für einzelne *besonders wichtige Objekte ein besonderer Schutz nötig*. Zu denken ist an Infrastrukturanlagen wie Strassen, Eisenbahnen, Kernkraftwerke usw. Hier wird der Schutz durch bauliche Anforderungen realisiert, die in die jeweiligen Spezialgesetze einfließen. Zu denken ist darüber hinaus auch an Denkmäler und andere Kulturgüter sowie an den Schutz von wertvollem Kulturland. Auch hierfür sind jeweils Spezialgesetze mit je eigener Verfassungsgrundlage massgeblich.

Die Naturgefahren werden demzufolge vielerorts in der Bundesgesetzgebung angesprochen. Im Einzelnen handelt es sich um folgende Bereiche: *Wald, Wasserbau,*

Raumplanung, Landwirtschaft, Umwelt, Natur- und Heimatschutz, Forschung, Bevölkerungsschutz und Landesverteidigung, Nationalstrassen, Verbrauchersteuern auf Treibstoffen und übrige Verkehrsabgaben, Eisenbahnen, Elektrizität, Rohrleitungen, Kernenergieanlagen und Talsperren. Hinzu kommen einerseits internationale Verpflichtungen, andererseits aber auch kantonalrechtliche Bestimmungen, die über das Bundesrecht hinaus gehen.

1.2 Grundsatz der Gleichwertigkeit der Verfassungsaufträge

Die Art und Weise, wie die Schutzpflicht durch das Gemeinwesen wahrgenommen wird, ist ganz wesentlich durch diese Rechtszersplitterung geprägt. Die Zielsetzung der jeweiligen Gesetzgebung bestimmt, ob und wie dem Aspekt Naturgefahren Rechnung getragen wird und welche Mittel hierfür zur Verfügung stehen. Das Bundesgericht geht dabei in ständiger Rechtsprechung von der Gleichwertigkeit der Verfassungsaufträge aus. Die in der Verfassung verankerten Interessen sind grundsätzlich als gleichgestellt zu betrachten¹. Diese Ausrichtung wird von einer noch weiter führenden Idee überlagert: Die Rechtsordnung als Ganze soll eine Einheit darstellen². Wo sich Rechtsnormen in ihrer Wirkung widersprechen ist eine Lösung zu suchen, die möglichst allen Ansprüchen gerecht wird.

Zu diesem Zweck stellt das Recht den Behörden *Beurteilungs- und Ermessensspielräume* zur Verfügung. Sie bieten meist ausreichend Raum für aufeinander abgestimmte, rechtskonforme Lösungen. Risikokonzepte und Schutzziele sind in diesem Zusammenhang zu sehen. Auch in der Prävention vor Naturgefahren *stehen die Massnahmenplanungen stets unter dem Vorbehalt der Abstimmung mit anderen Rechtsbereichen*. Die verschiedenen Gesetzgebungen sind im Anwendungsfall zu einem sinnvollen, funktionierenden Ganzen zusammenzufügen.

1.3 Aufgabenteilung zwischen Bund und Kantonen im Bereich des vorsorgenden Gefahrenschutzes (vertikale Aufgabenteilung)

1.3.1 Grundsätzliches

Insgesamt vermittelt die Bundesverfassung heute ein Bild der Aufgabendurchmischung und des kooperativen Föderalismus. Man spricht auch von Verbundaufgaben. Art. 42 Abs. 2 BV weist dabei dem Bund jene Aufgaben zu, die einer einheitlichen Regelung bedürfen.

Die Lehre zieht daraus den Schluss, der Bund sei verpflichtet den Grundsatz der Subsidiarität zu beachten³. Nach Art. 46 Abs. 2 BV belässt der Bund bei der Umsetzung des

¹ Vgl. z. B. BGE 128 II 1 E. 3d.

² Für viele BGE 132 II 21 E. 5.2.

³ Vgl. Paul Richli in: Daniel Thürer/Jean-François Aubert/Jörg Paul Müller (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, N 43 und 44 zu § 54.

Bundesrechts den Kantonen möglichst grosse Gestaltungsfreiheit und er trägt den kantonalen Besonderheiten Rechnung. Die Einzelheiten der Aufgabenteilung ergeben sich daher erst aus der einfachen Gesetzgebung.

In den Gesetzen werden die Staatsaufgaben immer öfter durch Zielnormen umschrieben («was ist anzustreben?») bzw. sie werden als ein «Finalprogramm» ausgestaltet, d.h. sie umschreiben den Auftrag indem sie ihn auf ein bestimmtes Ziel hin ausrichten und hierfür die Mittel (Instrumente und Massnahmen) zur Verfügung stellen, ohne zu sagen, wann welches Mittel anzuwenden ist. Werden Aufgaben auf diese Art den Behörden von Bund und Kantonen zugewiesen, so begründen sie eine *Handlungspflicht*, lassen aber gleichzeitig *verschiedene Handlungsmöglichkeiten offen*.

1.3.2 Waldrecht

Art. 77 BV verpflichtet den Bund in Abs. 1 dazu, dafür zu sorgen, dass der Wald seine Schutz-, Nutz- und Wohlfahrtsfunktionen erfüllen kann. Dazu gehört nach Art. 1 Abs. 2 des Waldgesetzes (WaG) der Schutz von Menschen und erheblichen Sachwerten vor Lawinen, Rutschungen, Erosion und Steinschlag.

In Art. 77 Abs. 2 BV wird die Rechtsetzungszuständigkeit des Bundes auf den Erlass von Grundsätzen über den Schutz des Waldes beschränkt⁴, Abs. 3 ermächtigt ihn zur Förderung walderhaltender Massnahmen. Dementsprechend begnügt sich die Bundesgesetzgebung auf die Festlegung der Massnahmentypen (Art. 19 und 23 WaG), auf Förderungsmassnahmen (Art. 31 Abs. 1 Bst. c, Art. 35–37 WaG) und auf die Erteilung des Enteignungsrechts (Art. 48 WaG).

Berührungspunkte zu anderen Gesetzgebungen ergeben sich aus den vorgesehenen Massnahmen (Sicherung der Anrissgebiete von Lawinen, Sicherung der Rutsch-, Erosions- und Steinschlaggebiete, forstlicher Bachverbau). Für die Wechselwirkungen mit anderen Raumnutzungen bedarf es der Integration in die Raumplanung, zumal die Gebiete, die es zu sichern gilt, auch ausserhalb des Waldes liegen können. Das Waldrecht selbst stellt demgegenüber den Zusammenhang mit der Walderhaltung und den übrigen Waldfunktionen her. *Im Ergebnis ist eine integrale Massnahmenplanung unumgänglich* (Art. 17 WaV). Näheres dazu hinten 2.1.1.1.

1.3.3 Wasserbau und Gewässerschutz

Die Abwehr schädigender Einwirkungen des Wassers ist eine Aufgabe, für die der Bund nach Art. 76 Abs. 1 BV «im Rahmen seiner Zuständigkeiten» zu sorgen hat. Abs. 3 ermächtigt den Bund zu einer umfassenden Gesetzgebung im Bereich Wasserbau. Dabei ist er nach Abs. 6 verpflichtet, bei der Erfüllung seiner Aufgaben die «Anliegen der Kantone, aus denen das Wasser stammt, zu berücksichtigen». Gemeint sind

⁴ Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996, BBl 1997 I 16–48, S. 252.

nicht nur ihre Bedürfnisse sondern auch ihre Entwicklungsmöglichkeiten⁵, mithin räumliche Anliegen.

Die oben in Anführungszeichen gesetzten, vom Verfassungsgeber vorsichtshalber eingefügten Formulierungen wiederholen im Prinzip etwas, was schon aus den Verfassungsbestimmungen über das Zusammenwirken von Bund und Kantonen hervor geht (Art. 44–49 BV)⁶. Im Wasserbaugesetz macht der Bund entsprechend zurückhaltend von der Gesetzgebungskompetenz Gebrauch. Er bezeichnet den Hochwasserschutz als *Aufgabe der Kantone* (Art. 2 WBG) und beschränkt sich im Bereich Massnahmen auf den Erlass von Grundsätzen für den Hochwasserschutz (Art. 3 WBG). Indessen erstreckt sich, wie das Bundesgericht festhält, der Hochwasserschutz nicht nur auf die Belange des Wasserbaus⁷, sondern auch auf solche des Gewässerschutzes (vgl. dazu Art. 4 WBG). Das Bundesgericht hat festgestellt, es dürfe nicht übersehen werden, dass die auf das WBG abgestimmten Art. 37–39 und 44 des Gewässerschutzgesetzes (GSchG) im Sinne eines quantitativen Gewässerschutzes weitere Anforderungen an den Wasserbau stellen⁸. Dies entspreche dem *Grundsatz, wonach alle den Wasserkreislauf betreffenden Vorkehren in ihrem Zusammenwirken zu betrachten sind*⁹.

1.3.4 Raumplanung

Art. 75 Abs. 1 BV beauftragt den Bund damit, Grundsätze über die Raumplanung festzulegen. Die Raumplanung selbst obliegt den Kantonen. Sie dient der zweckmässigen und haushälterischen Nutzung des Bodens und der geordneten Besiedlung des Landes. Sie hat im Bereich Bodennutzung eine zentrale Steuerungsfunktion. Ihre Zielrichtung ist für den Schutz vor Naturgefahren von hoher Bedeutung: Eine Bodennutzung, die Menschen und Sachwerte einer Gefährdung aussetzt, ist grundsätzlich unzweckmässig. Gefährdete Flächen sollen der Gefahrensituation angepasst genutzt werden. Dies sicherzustellen ist eine Aufgabe der Raumplanung. Sie trägt damit zur Risikoreduktion bei¹⁰. Dabei haben Bund und Kantone zusammenzuarbeiten (Art. 75 Abs. 2 BV), wobei der Bund insbesondere die raumplanerischen Bestrebungen der Kantone fördert und koordiniert. Bund und Kantone haben bei der Erfüllung ihrer Aufgaben – d.h. auch im Bereich Naturgefahren – die Erfordernisse der Raumplanung zu berücksichtigen (Art. 75 Abs. 3 BV).

⁵ Botschaft Bundesverfassung S. 251.

⁶ Vgl. Andreas Trösch, in: Bernhard Ehrenzeller/Phillippe Mastronardi/Rainer J. Schweizer/Klaus A. Vallender, Die schweizerische Bundesverfassung, Zürich 2002, N 11, 16 und 17 zu Art. 76.

⁷ Was unter «Hochwasserschutz» zu verstehen ist, geht aus der Legaldefinition von Art. 1 WBG hervor. Der Begriff «Wasserbau» ist demgegenüber weniger präzise gefasst. Das Wasserbaurecht selbst verwendet ihn im Zusammenhang mit aktiven Schutzmassnahmen (Art. 2 WBV, vgl. sodann Art. 7 WBG) und spricht sonst durchgehend von Hochwasserschutz. Die Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996 S. 250 Fussnote 102 spricht hierbei von «im engeren Sinne wasserbaulichen Massnahmen». Die Botschaft vom 13. September 1972 über eine Verfassungsrevision für das Gebiet der Wasserwirtschaft (Art. 24^{bis} und 24^{quater}), S. 1178 setzt den Begriff der Wasserbaupolizei auf Bundesebene mit «Gefahrenabwehr mittels Schutzbauten am Wasser und deren Überwachung» gleich.

⁸ BGer-Entscheid 1A.157/2006 (Vadanabach Vilters-Wangs) E. 2.2.1.

⁹ BGer-Entscheid in ZBI 101/2000 S. 89 ff. (Aabach Uster) E. 3/b unter Berufung auf Riccardo Jagmetti in: Aubert et al. (Hrsg.), Kommentar zur Bundesverfassung der Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874, Basel/Bern/Zürich 1988, Rz. 4 und 45 zu Art. 24 BV, Rz. 1 ff. zu Art. 24^{bis} BV.

¹⁰ ARE/BWG/BUWAL (Hrsg.), Empfehlung Raumplanung und Naturgefahren, Bern 2005 S. 7.

In den Planungsprozessen selbst sind dann neben der jeweiligen raumplanungsrechtlichen Aufgabenteilung auch die weiteren konkret involvierten Planungen (z. B. Infrastrukturprojekte, Sachplan Fruchtfolgeflächen, Landentwicklungskonzepte etc.) und die zugehörigen Planverfahren zu beachten. Den Kantonen verbleiben überdies zusätzliche eigene Regelungszuständigkeiten, die für die Bekämpfung von Naturgefahren wichtig werden können. Das trifft insbesondere auf das Bauwesen und die Sicherheitspolizei zu. Hier können die Kantone selbst bestimmen, welche Aufgaben sie über die bundesrechtlich vorgegebenen hinaus erfüllen wollen (Art. 43 BV)¹¹. Der Kanton Wallis hat in diesem Sinne die Erdbeben-Baunormen des Schweizerischen Ingenieur- und Architektenvereins SIA als massgeblich erklärt¹².

In der Umsetzung sind die raumrelevanten Bestimmungen aller Rechtsgebiete in die Massnahmenevaluation einzubeziehen. Wo der Schutz vor Naturgefahren mit planerischen und baupolizeilichen Mitteln verfolgt wird, vermengen sich Raumplanung und Gefahrenprävention zwangsläufig. Die Notwendigkeit raumbezogener Abstimmung geht allerdings über solche Formen der direkten Bezugnahme hinaus. Der Grund dafür ist ein sachverhaltlicher. Die Naturgefahren sind ein Teil der vorhandenen räumlichen Situation. *Wo mit Naturgefahren zu rechnen ist, müssen sie bei allen raumwirksamen Tätigkeiten beachtet werden.* Das betrifft alle Rechtsbereiche. Wo sich daraus Zuständigkeits- und Massnahmenkonflikte ergeben, sind sie eine unmittelbare Folge der konkreten räumlichen Gegebenheiten.

1.3.5 Hinweise auf weitere Rechtsbereiche

1.3.5.1 Landwirtschaft

Im Landwirtschaftsrecht fliesst der Schutz vor Naturereignissen in die Zielsetzung von Meliorationen ein. Umfassende Gesamtmeliorationen mit Landumlegungen und Wegverbesserungen oder anderen Infrastrukturmassnahmen zielen zwar in erster Linie auf Verbesserungen der Betriebsgrundlagen und auf Senkung der Produktionskosten ab, doch lassen sich im Rahmen von Güterzusammenlegungen die Interessen von Gefahrenprävention, Raumplanung und Landwirtschaft grundsätzlich bestens aufeinander abstimmen¹³. Gestützt auf Art. 104 Abs. 3 Bst. e BV gewährt der Bund Beiträge und Investitionskredite, um Kulturland sowie landwirtschaftliche Bauten und Anlagen vor Verwüstung oder Zerstörung durch Naturereignisse zu schützen (Art. 87 Abs. 1 Bst. c des Landwirtschaftsgesetzes [LWG]).

Darüber hinaus hat die Art und Weise, wie in Gefahrengebieten Landwirtschaft betrieben wird, einen erheblichen Einfluss auf das Entstehen von Rutschungen, Erosion und Murgängen. Der Bund hat nach Art. 104 Abs. 1 Bst. b BV dafür zu sorgen, dass die

¹¹ Richli N 41 und 44 zu § 54.

¹² Nach Walliser Bauverordnung Art. 36 Abs. 1 Bst. c ist im Baugesuch den Plänen das ordnungsgemäss ausgefüllte kantonale Formular bezüglich der Erdbbensicherheit von Bauwerken beizulegen. Der Kanton Nidwalden versucht demgegenüber in einem ersten Schritt die Anwendung der SIA-Norm 261 ohne staatliche Vorschrift sicher zu stellen, indem die Bauherren aufgefordert werden, mit den Bauplanern eine entsprechende Nutzungsvereinbarung auszufüllen.

¹³ Vgl. auch Amt für Landwirtschaft, Strukturverbesserungen und Vermessung Kanton Graubünden/Bundesamt für Landwirtschaft Abteilung Strukturverbesserungen (2003): Planung und Durchführung moderner Meliorationen. Anwendung der Nutzwertanalyse zur Bewertung des öffentlichen und privaten Nutzens moderner Meliorationen. Gesamtmelioration Breil/Brigels Vitg, Schlussbericht.

Landwirtschaft einen wesentlichen Beitrag zur Erhaltung der natürlichen Lebensgrundlagen leistet. Rieder et al. haben dem Begriff «Erhaltung der Lebensgrundlagen» folgende physische Definition zugesprochen: Es sei «jene landwirtschaftliche Tätigkeit, die bei einer standortgerechten Bewirtschaftung Gefährdungen von Landschaft verhindert, so insbesondere Hangerosionen, Rutschungen, Abtragungen von Humus und ähnliche irreversible physische Gefährdungen von Landschaften. Mitgemeint ist dabei auch die Erhaltung der Bodenfruchtbarkeit.»¹⁴

Legt man diese Definition zugrunde, so hat der Bund dank seiner auf diesem Gebiet umfassenden Gesetzgebungskompetenz die Möglichkeit, auf eine der Naturgefahrensituation angepasste Bewirtschaftung hinzuwirken. Dies wurde bisher allerdings nur sehr punktuell zur Rechtfertigung von landwirtschaftlichen Massnahmen herangezogen (vgl. Art. 71 Abs. 1 LWG sowie die bundesrätliche Begründung für Alpungsbeiträge für Sömmerungsweiden¹⁵).

1.3.5.2 Natur- und Heimatschutz

Im Einzelfall können auch Bestimmungen zum Natur- und Heimatschutz (Stichwort Auenwälder) und das Übereinkommen zum Schutz des baugeschichtlichen Erbes in Europa für den präventiven Schutz vor Naturgefahren von Bedeutung sein.

1.3.5.3 Verkehrsträger

Bei der Planung von Verkehrsanlagen ist die Auseinandersetzung mit möglichen Naturgefahren eine selbstverständliche Notwendigkeit und ist dementsprechend auch Teil der einschlägigen Gesetzgebung.

1.4 Ergänzende Rahmenbedingungen für eine erfolgreiche Umsetzung

1.4.1 Umweltbeobachtung

Für das Ausarbeiten einer geeigneten Strategie zum Schutz vor Naturgefahren und für deren Umsetzung sind Erhebungen notwendig. Das gilt sowohl für den Bund als auch für die Kantone. Die Umweltbeobachtung liefert die erforderlichen Entscheidungsgrundlagen.

Der Bund ist von Verfassung wegen verpflichtet, die notwendigen statistischen Daten über den Zustand und die Entwicklung von Raum und Umwelt in der Schweiz zu erheben und die Bevölkerung geeignet zu informieren (Art. 65 BV, Art. 1 BStatG). In diesem Sinne hält Art. 3 des Bundesstatistikgesetzes (BStatG) fest, dass die Bundesstatistik «der Vorbereitung, Durchführung und Überprüfung von Bundesaufgaben» dient (Abs. 1) sowie «der Beurteilung von Sachgebieten, in denen die Aufgaben von

¹⁴ Peter Rieder/Simon Buchli/Birgit Kopainsky (2004): Erfüllung des Verfassungsauftrages durch die Landwirtschaft unter besonderer Berücksichtigung ihres Beitrags zur dezentralen Besiedlung. Hauptbericht S. 14.

¹⁵ Botschaft zu einem Bundesgesetz über Bewirtschaftungsbeiträge an die Landwirtschaft vom 28. Februar 1979, BBl 1979 II 1309 ff., S. 1324.

Bund und Kantone eng ineinander greifen, zum Beispiel von ... Raumnutzung» (Abs. 2). Im Rahmen dieser Aufgaben ist eine breite Zusammenarbeit «mit den Kantonen, den Gemeinden, der Wissenschaft, der Privatwirtschaft und den Sozialpartnern sowie den ausländischen und internationalen Organisationen» gefordert.

Als Träger von Beobachtungsprogrammen treten deshalb neben Amtsstellen des Bundes und der Kantone immer wieder auch wissenschaftliche Institutionen und internationale Zusammenschlüsse auf¹⁷. Insgesamt haben sich die Leistungsanforderungen an die Umweltbeobachtung in jüngster Zeit nicht zuletzt aufgrund der verstärkten internationalen Zusammenarbeit (z.B. Beitritt der Schweiz zur Europäischen Umweltagentur) deutlich verändert.

1.4.2 Finanzierbarkeit

Der Bund soll den Kantonen nicht nur bei der Umsetzung möglichst grosse Gestaltungsfreiheit belassen (Art. 46 Abs. 2 BV), er muss auch die finanzielle Belastung abschätzen, die mit der Umsetzung des Bundesrechts verbunden ist. Dabei soll er den Kantonen ausreichend Finanzierungsquellen belassen und für einen angemessenen Finanzausgleich sorgen (Art. 46 Abs. 3 BV).

Schutz vor Naturgefahren ist ein Basis-Dauerauftrag für den die notwendigen Mittel bereitstehen müssen. Dies betrifft sowohl die Grundlagenbeschaffung wie auch die Realisierung. Das bedeutet, dass Massnahmen, die im öffentlichen Interesse notwendig sind und auf einer zweckmässigen Planung beruhen, auch finanzierbar sein müssen. Das ist für den Schutzzumfang, der gewährleistet werden kann, von erheblicher Bedeutung.

Der Bund, aber auch die Betroffenen, können von den Kantonen nicht mehr verlangen als sie zu leisten imstande sind. *Nicht zuletzt sind auch die Kosten für allfällige Entschädigungen zu veranschlagen.* Das beschlägt insbesondere das Verhältnis von Gefahrenprävention und Eigentumsgarantie. Mehr dazu hinten in Teil 3.

1.5 Verhältnis von Schutzmassnahmen und Raumnutzung

Welche Massnahmen in einem konkreten Fall zu ergreifen sind leitet sich aus dem Zusammenwirken der jeweils massgeblichen Bestimmungen ab. Ausserdem zeigt der Überblick über die Verfassungsgrundlagen, dass Bund und Kantone angehalten sind, bei der Aufgabenerfüllung eng zusammen zu arbeiten und räumliche Besonderheiten zu berücksichtigen. Eine besondere Funktion kommt dabei der Raumplanung zu. Sie erfasst die Naturgefahren unter dem Gesichtspunkt der Lokalisierung von Nutzungen.

In einem (zivilrechtlichen) Entscheid betreffend die Strassenverbindung Täsch-Zermatt erhielt das Bundesgericht Gelegenheit, sich dazu zu äussern, welche Schutzmassnahmen vom Gemeinwesen aus haftpflichtrechtlicher Perspektive hätten erwartet werden dürfen. Das Gericht hat darauf hingewiesen, dass eine maximale Absicherung aller Strassen gegen Lawinnenniedergänge angesichts der hohen Kosten dem Kanton Wallis nicht zuzumuten sei. In diesem Sinne sei der Kanton nicht verpflichtet gewesen, zum Schutz der Verkehrsteilnehmer auf einem bestimmten Strassenstück, das nur für Fahrzeughalter mit Sonderbewilligung offen steht, Lawinenschutzgalerien zu errichten. Hingegen wurde dem Kanton vorgeworfen, er habe es unterlassen, die nötige Infrastruktur bereitzustellen, um sich über die Witterungsverhältnisse gehörig ins Bild zu setzen. Dies aber sei notwendig, damit er der Pflicht, die öffentlichen Strassen bei Lawinengefahr zu schliessen, nachkommen könne. Die Schliessung von wenig befahrenen Strassen wird demnach als ausreichende und kostengünstige Alternative zu Schutzbauten angesehen¹⁶.

¹⁶ BGer-Entscheid 4C.45/2005 (Strasse Täsch-Zermatt) E. 2.3, 3.2 und 4.2.

¹⁷ Vgl. z. B. Art. 30 Abs. 2 WaV sowie Art. 3 Abs. 1 Bst. c und d der Verordnung des ETH-Rates über die Forschungsanstalten des ETH-Bereichs (Auftrag an das WSL betreffend Naturgefahren und Lawinewarndienst).

Massnahmen zum Schutz vor Naturgefahren greifen in das räumliche Geschehen ein und sollen das auch. Der Schutz vor Naturgefahren tritt zwangsläufig mit weiteren raumbezogenen Gesetzgebungsaufträgen in Beziehung. Die Schutzmassnahmenplanung muss wegen der Gleichwertigkeit der Verfassungsaufträge zwingend mit Massnahmen der räumlichen Nutzungsordnung verbunden werden. Ein zusätzliches Spannungsfeld entsteht zwischen den Massnahmen des Schutzes vor Naturgefahren und dem Grundrechtsschutz. Wegen der Wechselwirkungen zwischen all diesen Rechtsgebieten ist die Frage nach der Tragweite der Schutzpflicht relativ komplex.

1.5.1 Einfluss der Interaktion von Raumplanung und Gefahrenprävention auf die Aufgaben von Bund und Kantonen

Im Einzelnen sind Schutzmassnahmenplanung und Raumnutzung sinnvoll aneinander zu koppeln. Der zu gewährleistende Schutz soll finanzierbar sein, er hat den grundrechtlichen Anforderungen zu genügen und es ist das Subsidiaritätsprinzip zu beachten. Dies hat teils erhebliche Konsequenzen für die Verwirklichung der Gefahrenprävention:

1. Nach Bundesrecht sind Bund und Kantone gemeinsam Träger der Schutzpflicht. Der Bund hat bei Förderungsmassnahmen und im Rahmen der Aufsicht dafür zu sorgen, dass die Sachgerechtigkeit der Entscheidungen gewährleistet ist. Er kann aber angesichts des Subsidiaritätsprinzips nur beschränkt auf die konkrete Umsetzung der Schutzpflicht Einfluss nehmen. Er muss den Kantonen und Gemeinden eigene Entfaltungsspielräume überlassen. Innerkantonale müssen Kantone und Gemeinden zusammenwirken. *Die Kooperation der Staatsebenen muss deshalb nicht nur auf Bundesebene sondern auch auf kantonaler Ebene näher umschrieben werden.*
2. Weil die grundeigentümergebundene Ausformulierung des Schutzes vor Naturgefahren bei den Kantonen verbleibt benötigen diese ihrerseits *ein gut ausgebautes eigenes Regelwerk* (vgl. Art. 12 Abs. 2 WBG, Art. 50 Abs. 1 WaG), das mit einer Mischung von verfahrensrechtlichen Vorgaben, Gewährung von finanziellem oder realem Nachteilsausgleich, Respektierung von Entscheidungsspielräumen, aber auch zwingenden Anforderungen operiert. Der Bund kann und soll darauf hinwirken, dass die Kantone *geeignete* Regelwerke erlassen.
3. Der Schutz vor Naturgefahren ist durch einen *hohen wissenschaftlichen Grundlagenbedarf* ausgezeichnet. Die Schutzpflicht ergibt sich aus der Risikosituation und diese Situation ist gestützt auf den aktuellen Stand des Wissens zu beurteilen. Die wissenschaftlichen Grundlagen werden auf nationaler und internationaler Ebene erarbeitet, sie sollen aber auf lokaler Ebene raumbezogen zum Tragen gebracht werden. *Es muss sichergestellt werden, dass sie sachgerecht in die Entscheidung einfließen.* Die Kantone und Gemeinden sind dazu auf wissenschaftsgestützte Umsetzungshilfen angewiesen (Handbücher, Richtlinien usw.).
4. Insbesondere im Hochwasserschutz kommt man nicht darum herum, gemeindeübergreifende, gelegentlich auch interkantonale Konzepte auszuarbeiten, die mit einer ökologischen Aufwertung der Gewässer verbunden sind. Die Kantone haben

auch die weiteren räumlichen Tätigkeiten zu beachten. Deshalb ist die Integration des Schutzes vor Naturgefahren in die gesamte räumliche Planung (Richt- und Nutzungsplanung) unumgänglich. Der Schutz vor Naturgefahren muss wie bereits erwähnt mit den anderen Anliegen koordiniert und auf sie abgestimmt werden. *Eine Massnahmenplanung, die sich auf Risikoanalyse und Risikobewertung beschränkt, greift aus raumplanerischer Sicht zu kurz. Es geht um eine in die Raumplanung integrierte integrale Massnahmenplanung*¹⁸. Dies ist von den Kantonen zu gewährleisten.

5. Bei der Auswahl der Massnahmen haben die Planungsträger grundsätzlich einen *weiten Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraum*. Die endgültige Festlegung hängt von vielen Faktoren ab und sie wird in einem demokratischen Verfahren unter Mitbeteiligung der Öffentlichkeit gefällt. Dementsprechend haben sich Betroffene im Rahmen des Planverfahrens zu wehren, wenn sie mit einer getroffenen Massnahme nicht einverstanden sind. Nachträgliche Rügen haben kaum Erfolgchancen.
6. Grosse Ermessensspielräume und zu erwartende Konflikte erhöhen die *Gefahr sehr lang dauernder Planungsprozesse*. Der Bund kann versuchen, diese zu beschleunigen. Nützlich ist auch hier die Konkretisierung bundesrechtlicher Vorgaben im Rahmen von Verordnungen, Kreisschreiben und Richtlinien. Zudem kann der Bund im Zusammenwirken mit den Kantonen auch informell die Koordination fördern. Die Kantone ihrerseits haben nach Art. 25 Abs. 1^{bis} RPG für alle Verfahren zur Errichtung, Änderung oder Zweckänderung von Bauten und Anlagen Fristen und deren Wirkungen festzulegen.
7. Zwar ist es zweckmässig, wenn die Behörden aus einem gegebenen Katalog von möglichen Massnahmen jene auswählen, die am effizientesten Schutz gewähren, denn jede Schutzmassnahme bindet Ressourcen, die auch anderweitig benötigt werden. Es ist aber zu bedenken, dass andere Anliegen (wie z. B. wirtschaftliche [Tourismus], natur- und umweltschützerische [Renaturierung] oder landwirtschaftliche [Erhaltung von Kulturland]) zwangsläufig auf die Massnahmenwahl des Schutzes vor Naturgefahren zurückwirken. Diese Anliegen stehen von Verfassung wegen gleichberechtigt neben dem Schutz vor Naturgefahren. *Das kann wohlbegründete Änderungen am Projekt nötig machen*. Man muss sich bewusst sein, dass der Schutz vor Naturgefahren unweigerlich einen weitgreifenden Abklärungsbedarf erzeugt. Raumplanerische Entscheidungen sollen die Konflikte aufzeigen und zu allseits nachvollziehbaren, akzeptablen und nachhaltigen Lösungen führen.
8. Die Rahmenbedingungen haben auch Auswirkungen auf die *Anforderungen an eine Subventionierung*. Subventionen haben sich in der Vergangenheit als eigentliche Triebkraft für die Gesetzesverwirklichung erwiesen. In der schweizerischen Gemeindedemokratie lassen sich aufwendige Massnahmen nur schwer realisieren, wenn sie den Bürgern nicht direkte, greifbare Vorteile bringen¹⁹. Die zu subventionierende Massnahme muss verhältnismässig sein, d.h. sie muss geeignet und not-

¹⁸ Vgl. sinngemäss auch PLANAT, Strategie Naturgefahren Schweiz – Synthesebericht, Bern 2004 S. 23ff.

¹⁹ Vgl. Daniel Thürer, Bund und Gemeinden, Berlin 1986, S. 237.

wendig sein und soll darüber hinaus auch in einem angemessenen Verhältnis zum angestrebten Ziel stehen. Verglichen wird die Massnahme mit dem Schutzziel. Dieses geht aus dem Sinn und Zweck der gesetzlichen Ordnung hervor. Das Bundesgericht verlangt für die Zulässigkeit von Massnahmen deren *sachliche, zeitliche, räumliche, finanzielle und persönliche Angemessenheit*²⁰.

9. Die zeitliche und räumliche Konkretisierung des Schutzziels bleibt hingegen die strategische Aufgabe des Bundes, denn Ziel und Zweck der Gesetzgebungen werden mit bundesrechtlichen Begriffen umschrieben und der Bund hat den kantonalen Freiraum zu definieren. Die Zusprechung von Abgeltungen und Finanzhilfen an die Kantone und die mit den Programmvereinbarungen verknüpften Anforderungen des Bundes müssen sich daran messen lassen²¹. Für die Umsetzung stellt Art. 46 Abs. 3 BV die Aufgabenerfüllung in den Zusammenhang mit der Finanzautonomie der Kantone. In Verbindung mit Abs. 2 mahnt die Bestimmung den Bund wiederum an, den *Gestaltungsspielraum der Kantone möglichst gross zu lassen*. Die Verwaltung muss die vorhandenen Kredite dennoch rechtsgleich und willkürfrei auf die einzelnen Projekte aufteilen.

²⁰ Vgl. z. B. BGE 128 II 292 E. 5.1; 132 V 215 E. 3.3.2 und die BGer-Entscheide 2A.65/2003 E. 4 und 1P.543/2006 E. 3.2. Für die Teilelemente vgl. Pierre Tschannen/Ulrich Zimmerli, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Aufl., Bern 2005 § 21 Rz. 8 ff.

²¹ Verhältnismässigkeit beruht immer auf dem Vergleich eines Mittels (der Massnahme) mit dem zu erreichenden Zweck (Schutzziel). Gegen das Anliegen, den finanziellen Folgen als einem Teilgehalt der Verhältnismässigkeit besondere Aufmerksamkeit zu widmen ist an sich nichts einzuwenden, hingegen kann dies die Definition des zu erreichenden Ziels (d.h. die nähere Umschreibung des akzeptierbaren Risikos für Menschen und erhebliche Sachwerte) nicht ersetzen. Kosten sind kein «erheblicher Sachwert».

1.5.2 Verhältnis von Schutzpflicht und Nutzungsmöglichkeiten

Von Verfassung wegen ist zunächst auf die Anforderungen der Eigentumsgarantie und die daraus fließenden Ansprüche der Grundeigentümer zu achten. Die subjektiven Schutzbedürfnisse sind mit dem objektiven Risiko, das es zu bekämpfen gilt, zu verbinden. Aus rechtlicher Sicht geschieht das durch eine nähere Ausgestaltung der Schutzpflicht.

1. Von den Gemeinden wird in erster Linie erwartet, dass sie die kommunalen Nutzungspläne und Bauordnungen auf ein risikogerechtes Bauverhalten ausrichten. Der Vorteil der Raumplanung liegt in der parzellenscharfen Festlegung des Nutzungstyps, verbunden mit Anforderungen an die Bauten selbst. Das betrifft zum einen die Frage, welche Nutzung erlaubt sein soll. Zum anderen betrifft es auch die nähere Ausgestaltung der baulichen Nutzung wie z. B. die räumliche Anordnung oder die notwendige Widerstandsfähigkeit exponierter Bauten. Das führt zu Konflikten mit Eigentümerinteressen. *Wenn aus den kantonalen Planungen Entschädigungstatbestände resultieren*, dann hat dies substantielle Rückwirkungen auf die Subventionierung durch den Bund (vgl. hinten Teil 3). Die Umsetzung steht typischerweise in einem Spannungsfeld von Grundeigentümerinteresse, Schutzpflicht und Finanzierbarkeit.
2. Im Rahmen des präventiven Gefahrenschutzes hat der Staat dafür zu sorgen, dass die Gefährdung ein *bestimmtes Mass* nicht überschreitet. Art und Umfang der Pflicht sind auf das beschränkt, was aus den gesetzlichen Bestimmungen hervorgeht²². Wohl bezieht sich die Schutzpflicht generell auf alle in einem konkreten Raum gefährdeten Schutzgüter, also insbesondere auch auf den Schutz von unbeteiligten Dritten (Familienangehörige, Besucher, Mieter, Unterlieger usw.). Mit welchen Mitteln aber dieser Schutzpflicht nachzukommen ist, ergibt sich erst aus den einschlägigen Bestimmungen des Verwaltungsrechts, den konkreten Umständen und den finanziellen Möglichkeiten des Gemeinwesens. Dabei ist auch die Einschränkung von Nutzungsrechten eine der Möglichkeiten, der Schutzpflicht nachzukommen.

Aus all dem folgt, dass der Anspruch des Einzelnen auf staatlichen Schutz sich stets nur auf eine generelle Handlungspflicht beziehen kann und nicht auf ganz bestimmte Sicherheitsvorkehrungen. Erst aus den räumlichen Verhältnissen, den damit verbundenen Schutzmöglichkeiten und einer diesbezüglich gesamträumlichen Güterabwägung ergibt sich, ob und welche der bestehenden Bauten und Anlagen als erhebliche Sachwerte geschützt werden können.

3. Schutz vor Naturgefahren und Grundrechtsschutz haben beide ihre Wurzeln in der Verfassung. Es muss ein Ausgleich gefunden werden. Wer für beide Anliegen pauschal auf die Schutzpflicht des Staates verweist und folgert, dass sich aus der Pflicht zum Schutz vor Naturgefahren in Kombination mit der Pflicht zum Schutz des Grundrechts ein Anspruch ergibt, alle konkret betroffenen Sachwerte zu schützen,

²² BGE 123 II 577 E. 4d/ff. mit Hinweisen; 116 Ib 367 E. 4c; 115 II 15 E. 3c.

macht es sich zu einfach. Im Bereich der Umwelt- und der Raumordnungspolitik *teilt sich der Staat üblicherweise die Verantwortung mit den Privaten*. Im Bereich Naturgefahren wird dies mit der Versicherungspflicht noch akzentuiert. Im Ergebnis müssen Lösungen gesucht werden, die geeignet sind, *die Gefährdung* auf ein tolerierbares Mass herabzusetzen. *Die Nutzungsrechte sind entsprechend auszugestalten*. Zugleich aber ist zu garantieren, dass Eingriffe in bestehende Rechte, sollten sie notwendig werden, durch ein überwiegendes öffentliches Interesse gerechtfertigt und verhältnismässig sind.

4. Wo Eigentümer – unter Hinweis auf die (noch) geltende raumplanerische Nutzungsordnung – Nutzungsrechte beanspruchen oder – unter Hinweis auf den Besitzstand – gewisse Nutzungsrechte beibehalten wollen, da übernehmen sie auch Eigenverantwortung. Wissen sie um die latente Gefährdung (oder hätten sie eine solche bei der gebotenen Vorsicht erkennen müssen) so sind sie für die Konsequenzen mitverantwortlich, wenn sich die Gefahr verwirklicht und Dritte in Mitleidenschaft gezogen werden. Das ist nicht nur im Zusammenhang mit Haftpflichtansprüchen relevant. *Grundeigentümer können auch präventiv verpflichtet werden, einen eigenen Beitrag zur Reduktion der Gefährdung zu leisten*, wenn diese damit auf ein tolerables Mass heruntergesetzt werden kann. Dies können Objektschutzmassnahmen sein, das kann im Extremfall aber auch das Unterlassen eines Bauvorhabens sein (baupolizeiliches Bauverbot).

1.6

Fazit

Alles in allem weist die vertikale Aufgabenteilung die Massnahmenplanung den Kantonen zu. Der Bund ist beauftragt, über die Einhaltung der bundesrechtlichen Anforderungen zu wachen, die Schutzziele zu konkretisieren und die Subventionspraxis darauf auszurichten. Es wird ein sorgsam austariertes Vorgehen erwartet. Der Bund soll den kantonalen Gestaltungsspielraum nicht unnötig einschränken. Implizit wird verlangt, dass er sich auf das Wesentliche beschränkt. Zugleich aber soll er die Subventionen von der Zweckmässigkeit der Massnahmen abhängig machen (Art. 10 Abs. 1 Bst. a und 14 Abs. 1 SuG, Art. 6 Abs. 2 WBG (bisher) bzw. Art. 9 Abs. 1 WBG (neu[nfa])). *Es muss also Klarheit darüber geschaffen werden, was im Lichte der Bundesgesetzgebung das Essentielle ist*. Dieses soll zweckmässig umgesetzt werden.

Aus sachlichen Gründen ist der Schutz vor Naturgefahren untrennbar mit der Raumplanung verbunden. Die Kantone sind verpflichtet, Raumplanung und Gefahrenprävention aufeinander abzustimmen. Der Bund kann veranlassen, dass Fördergelder an entsprechende Voraussetzungen geknüpft werden. Das Raumplanungsrecht selbst liefert ebenfalls eine Rechtsgrundlage für Bestrebungen, die den Schutz vor Naturgefahren mit den Mitteln der Raumplanung verbessern wollen.

Damit wird einerseits die Verwobenheit der Zuständigkeiten bekräftigt, andererseits öffnet eine gut durchdachte Raumplanung auch neue Möglichkeiten, insbesondere für den Schutz vor solchen Naturgefahren, für die anderweitig keine ausdrückliche Verfas-

sungsgrundlage auf Bundesebene besteht (z.B. Erdbebenschutz). Zudem hat die Raumplanung ein ausgebautes Instrumentarium, das im Sinne einer risikobewussten Abstimmung raumrelevanter Tätigkeiten von Bund, Kantonen und Gemeinden einzusetzen ist. Ein angemessener Schutz kann auch über Bauverbote und Nutzungseinschränkungen erreicht werden. Die kantonalen Gesetzgebungen können vieles dazu beitragen, um in diesem Bereich die Rechtssicherheit zu stärken.

Zusammenfassend darf schon von Verfassung wegen aus dem Bestehen einer Schutzpflicht nicht abgeleitet werden, der Staat sei in jedem Fall verpflichtet, Schutzbauten zu errichten. Es sind vielmehr auf dem Wege der Güterabwägung sachlich vertretbare Lösungen zu suchen. Die Mittel zur Problemlösung sind dabei auf den konkreten Raum auszurichten. Das führt zu Kontroversen und erfordert eine entsprechende Planung. In Kombination mit den Anforderungen des Verhältnismässigkeitsprinzips schränkt das Gebot der situationsgerechten Abstimmung mit der Raumplanung die Zahl der faktisch möglichen Lösungen ein. Es braucht aber schon sehr besondere Umstände, damit es nur eine einzige Variante gibt, mit der das angestrebte Ziel erreicht werden kann.

Jedenfalls steht der Schutz vor Naturgefahren in einem Spannungsverhältnis zu den Rechten der Eigentümer. Wohl kann der Eigentümer aus der Schutzpflicht des Staates grundsätzlich keinen Anspruch auf Ergreifen einer bestimmten Schutzmassnahme ableiten, doch untersteht die Massnahmenevaluation den allgemeinen rechtsstaatlichen Prinzipien (vgl. insbesondere BV Art. 9 [Willkürverbot], 29 [Eigentumsgarantie] und 36 [Einschränkungen von Grundrechten]).

Massgeblich für die Ausrichtung von Subventionen sind demzufolge

- > erstens die Tragweite der Schutzpflicht. Massnahmen, die über das bundesrechtlich Aufgetragene hinaus gehen, können nicht subventioniert werden. Auch Subventionen bedürfen einer ausreichenden rechtlichen Grundlage²³.
- > zweitens die konkrete eigentumsrechtliche Situation und
- > drittens die Antwort auf die Frage, ob die Massnahme den Anforderungen an zu subventionierende Sachverhalte genügt.

Dem wird im Folgenden nachgegangen.

²³ Tschannen/Zimmerli § 46 Rz. 15 und 29.

2 > Umfang, Tragweite und Umsetzung des Schutzauftrags nach Bundesrecht

2.1 Schutz vor Naturgefahren als Querschnittsaufgabe

Als stark auf den Raum ausgerichtete Tätigkeit hat der Schutz vor Naturgefahren mit denselben Umsetzungsschwierigkeiten zu kämpfen wie andere raumbezogene Aufgaben auch. In der raumbezogenen Interessenabwägung ist sein Stellenwert wegen der betroffenen Schutzgüter aber als hoch einzuschätzen.

2.1.1 Raumbezug der Schutzziele im Wald- und im Wasserbaurecht

2.1.1.1 Schutzziele des präventiven Schutzes vor Naturgefahren im Waldrecht

Art. 19 WaG ist speziell auf die Schutzfunktion ausgelegt. Danach haben die Kantone die Anrissgebiete von Lawinen sowie Rutsch-, Erosions- und Steinschlaggebieten zu sichern und auch für den forstlichen Bachverbau zu sorgen. Die Aufzählung ist abschliessend; man wollte den Anwendungsbereich von Waldgesetz und Wasserbaugesetz voneinander abgrenzen²⁴. Dies gelang in verschiedener Hinsicht nicht: Es kam im forstlichen Bachverbau zu Abgrenzungsproblemen und umgekehrt bildet der Wald je nach lokalen Bodenverhältnissen auch einen wichtigen Teil der Strategien gegen Hochwasserereignisse. Zudem erstreckt sich der Geltungsbereich von Art. 19 WaG notwendigerweise auch auf Gebiete ausserhalb des Waldes²⁵. Auf der anderen Seite ist das Waldrecht auch im Bereich des Schutzwaldes nicht allein darauf ausgelegt, die Schutzfunktionen des Waldes zu erhalten. Nach Art. 1 WaG haben auch in den Schutzwäldern die Zielrichtungen «Wohlfahrts- und Nutzfunktion», «Erhaltung von Fläche und räumlicher Verteilung des Waldes» sowie «Förderung und Erhaltung der Waldwirtschaft» ihre Berechtigung (Art. 1 WaG).

Konsequenterweise haben die Kantone bei der Verwirklichung der Massnahmen zur Sicherung von Gefahrengebieten für eine integrale Planung zu sorgen. Sie soll insbesondere die Interessen der Bewirtschaftung des Waldes, des Natur- und Landschaftschutzes, des Wasserbaus, der Landwirtschaft und der Raumplanung berücksichtigen (Art. 17 Abs. 3 WaV). Die Wahrung der Schutzfunktion des Waldes ist dementsprechend mit anderen Interessen abzustimmen. Andererseits erzielt der Schutzwald aus ökologischer Sicht eine Breitenwirkung, die weit über seine Schutzfunktion hinaus geht.

²⁴ Hans-Peter Jenny, Vor lauter Bäumen den Wald doch noch sehen: Ein Wegweiser durch die neue Waldgesetzgebung. Schriftenreihe Umwelt Nr. 210, BUWAL Bern 1993 S. 57.

²⁵ Botschaft zu einem Bundesgesetz über Walderhaltung und Schutz vor Naturereignissen (Waldgesetz, WaG) vom 29. Juni 1988, Bundesblatt 1988 Bd. III S. 188.

Das komplexe Zusammenwirken der einzelnen Landschaftselemente bildet ein Ganzes. Der Gesamtaufwand für die Planung dient nur teilweise waldbaulichen Schutzinteressen und ist dementsprechend auch nur in Teilen subventionsfähig. *Für die Subventionierung müssen die Aufwendungen für jene waldbaulichen Massnahmen, die der Abwehr von Naturgefahren dienen, in Nachhinein herausgefiltert werden.* Darauf ist zurückzukommen (hinten 2.4.2.3).

2.1.1.2 Schutzziele des präventiven Gefahrenschutzes im Wasserbaurecht

Der Hochwasserschutz soll nach Art. 3 Abs. 1 WBG in erster Linie durch den Unterhalt der Gewässer und durch raumplanerische Massnahmen gewährleistet werden. Erst in zweiter Linie ist an Verbauungen, Eindämmungen, Korrekturen, Geschiebe- und Hochwasserrückhalteanlagen sowie alle weiteren Vorkehrungen, die Bodenbewegungen verhindern, zu denken (Art. 3 Abs. 2 WBG). Den Vorrang haben dabei jene Massnahmen, die ein hohes Schadenpotential rasch und wirksam mindern, wobei auch die Bedeutung des Schutzobjekts zu berücksichtigen ist (Art. 2 WBV).

Wo in das Gewässer eingegriffen wird, muss dessen natürlicher Verlauf möglichst beibehalten oder wiederhergestellt werden. An die Gestaltung der Gewässer und Ufer werden gewisse ökologische Anforderungen gestellt, wobei in überbauten Gebieten die Behörde Ausnahmen bewilligen kann (Art. 4 Abs. 2 und 3 WBG). Bei interkantonalen Gewässern koordinieren die Kantone ihre Massnahmen untereinander und verständigen sich über die Aufteilung der Kosten (Art. 5 WBG).

In Erfüllung dieses Auftrags legen die Kantone den Raumbedarf der Gewässer fest, der für den Schutz vor Hochwasser und für die Gewährleistung der natürlichen Funktionen des Gewässers erforderlich ist (Art. 20 Abs. 2 WBV). Gewässer und Ufer müssen dabei so gestaltet werden, dass sie einer vielfältigen Tier- und Pflanzenwelt als Lebensraum dienen können, die Wechselwirkungen zwischen ober- und unterirdischen Gewässern weitgehend erhalten bleiben und eine standortgerechte Ufervegetation gedeihen kann.

Die Massnahmen sind nach Art. 3 Abs. 3 WBG mit jenen aus anderen Bereichen gesamthaft und in ihrem Zusammenwirken zu beurteilen. Das ist insoweit keine Spezialität des Wasserbaurechts, als nach Art. 2 RPG bei raumwirksamen Aufgaben stets die nötigen Planungen zu erarbeiten und aufeinander abzustimmen sind. Allerdings geht das Wasserbaurecht darin weiter als üblich: *Die bereichsübergreifende Perspektive ist auch inhaltlich bereits im Wasserbaugesetz angelegt*, die Massnahmen verraten insbesondere eine grosse Nähe zum ökologischen Schutz der Gewässer, zum Fischereirecht und zum Naturschutz. Art. 4 Abs. 2 WBG stimmt fast wörtlich mit Art. 37 Abs. 2 des Gewässerschutzgesetzes überein.

2.1.2 Rechtliche Anforderungen an die räumliche Integration von Massnahmen

2.1.2.1 Planungspflicht

Art. 2 des Raumplanungsgesetzes (RPG) verlangt von Bund, Kantonen und Gemeinden, dass sie die «für ihre raumwirksamen Aufgaben nötigen Planungen» erarbeiten und aufeinander abstimmen. In seiner Rechtsprechung verwendet das Bundesgericht folgende Standardformulierung: «««Wann ein nicht zonenkonformes Vorhaben so gewichtig ist, dass es der Planungspflicht nach Art. 2 RPG untersteht, ergibt sich aus den Planungsgrundsätzen und -zielen (Art. 1 und 3 RPG), dem kantonalen Richtplan und der Bedeutung des Projekts im Lichte der im Raumplanungsgesetz und im kantonalen Recht festgelegten Verfahrensordnung (Art. 4 und 33 f. RPG)»»²⁶.

Anknüpfungspunkt der Planungspflicht ist die Raumwirksamkeit von Aufgaben. Der Begriff der Raumwirksamkeit erfasst nicht nur die eigentlichen Eingriffe selbst. Als raumwirksam gilt nach Tschannen jeder gezielte, gewollte und in seinen Folgen absehbare Einfluss auf die räumliche Ordnung eines bestimmten Gebiets²⁷. *Das Sprechen von Subventionen* für Massnahmen zum Schutz vor Naturgefahren ist nach Art. 1 Abs. 2 Bst. d der Raumplanungsverordnung (RPV) *ebenfalls eine raumwirksame Tätigkeit*.

Die Planungspflicht soll sicherstellen, dass die verschiedenen Handlungsbeiträge in den Raum integriert werden können. Sie soll auch dafür sorgen, dass der Verfassungsauftrag der Raumplanung insgesamt erfüllbar bleibt, obschon die raumwirksamen Tätigkeiten auf viele mehr oder weniger selbständig handelnde Aufgabenträger verteilt sind²⁸. Die Massnahmen zum Schutz vor Naturgefahren machen hier keine Ausnahme. Die Planungspflicht soll die Entscheidungsträger dazu bringen, systematisch zu analysieren wie ihr Handeln den Raum beeinflusst und welche Probleme das für andere Aufgabenträger mit sich bringt. Daraus sollen sie die entsprechenden Schlüsse ziehen.

Wiederum zeigt sich: Der Schutz vor Naturgefahren ist mit Massnahmen aus anderen Sachgebieten abzugleichen. Er soll mit anderen Vorhaben und Zielen verträglich gemacht werden. Dazu gehört es auch, die einsetzende tatsächliche Entwicklung zu verfolgen. Allenfalls sind gestützt auf solche Beobachtungen und neue Erkenntnisse die Ziele zu überdenken und Massnahmen anzupassen²⁹.

²⁶ Vgl. BGE 129 II 63 (Lawinenauslösesystem) E. 2.1; BGE 120 Ib 207 E. 5 mit Hinweisen.

²⁷ Pierre Tschannen in: Kommentar zum Bundesgesetz über die Raumplanung, Zürich 1999, Art. 2 Rz. 8; Jagmetti, Kommentar BV(alt), Art. 22^{quater} Rz. 38. Andere Autoren verstehen den Begriff der Raumwirksamkeit noch weiter, vgl. dazu die Hinweise bei Tschannen, Kommentar RPG, Art. 2 Fussnote 11.

²⁸ Tschannen, Kommentar RPG, Art. 2 Rz. 4.

²⁹ Tschannen, Kommentar RPG, Art. 2 Rz. 2.

2.1.2.2 Koordinationspflicht in der Schutzmassnahmenplanung

Die waldrechtlichen, wasserbaurechtlichen und raumplanungsrechtlichen Vorgaben lösen nicht nur aus planungsrechtlichen Gründen einen hohen Koordinationsbedarf aus. *Auch das Subventionsrecht verlangt eine Koordination* unter den verschiedenen involvierten Aufgaben als Voraussetzung um Abgeltungen zu erhalten (Art. 12 SuG). Der Stellenwert einer sachgerechten Koordination kann kaum überschätzt werden.

Die fachliche Komplexität ist hoch. Sie setzt ausreichende Kenntnis der Naturvorgänge voraus: es spielen meteorologische, hydrogeologische, bodenphysikalische und ingenieurbiologische Prozesse eine Rolle. Das dazu notwendige Fachwissen ist auf verschiedene Ämter verteilt oder es muss eingekauft werden. Es muss sodann für die weitere Verwendung gebündelt werden. Diese Bündelung *kann nur durch die Fachstellen ausreichend kompetent vorgenommen werden.*

Die Raumplanung schliesst daran an. Ihr Auftrag ist es, untereinander verträgliche Planungen zu erhalten. Koordination ist deshalb auch für räumliche Planungen zentral. Art. 25a RPG stellt dazu Grundsätze auf. *Die Koordinationspflicht will verhindern, dass Verfügungen isoliert und ohne Berücksichtigung der anderen massgebenden Rechts- und Sachgebiete erlassen werden.*

Die Umsetzung der raumplanerischen Koordinationspflicht wird von Seiten des Bundes wie folgt mitgetragen:

1. Das wichtigste planerische Koordinationsinstrument ist der Richtplan (Art. 8 RPG). Erhebungen über Naturgefahren gehören zu den Grundlagen der Richtplanung (Art. 6 Abs. 2 Bst. c RPG). *Die Genehmigung der Richtpläne* (Art. 11 RPG) *ist ein Steuerungsinstrument des Bundesrates.* Er kann es im Interesse eines kohärenten Schutzes vor Naturgefahren nutzen.

Im Wasserbaurecht wird der Bund verpflichtet, Erhebungen von gesamtschweizerischem Interesse durchzuführen (Art. 13 WBG). Er hat auch den kantonalen Vollzug des Bundesrechts zu beaufsichtigen (Art. 11 Abs. 2 WBG). Dadurch kann er Einfluss auf den materiellen Gehalt der kantonalen Konzeptionen nehmen. Über die Genehmigung der Richtpläne kann er dafür sorgen, dass dies in der Raumplanung gebührend berücksichtigt wird. Das betrifft insbesondere auch die Frage, *mit welcher zeitlichen Folge und mit welchen Mitteln vorgesehen ist, diese richtplanrelevante Aufgabe zu erfüllen* (Art. 8 Bst. b RPG). Der Bund kann verlangen, dass der Richtplan darüber Auskunft gibt.

2. Der Bund kann ausserdem darauf hinwirken, dass die Kantone gestützt auf ihre eigenen gesetzlichen Grundlagen zum Koordinationsprozess selbst nähere Ausführungen machen. Der Kanton soll bestimmen, welche Stellen des Kantons, der Gemeinden oder der Regionalplanung für die Beschaffung der Grundlagen und Gefahrenkarten im Einzelnen zu sorgen haben und wie die vorhandenen Gefahrenkarten in die Nutzungspläne umzusetzen sind.

3. Weil in Art. 6 Abs. 2 Bst. c RPG ganz allgemein von Naturgefahren die Rede ist, kann der Bund sogar verlangen, dass *alle massgeblichen Naturgefahren in das Schutzkonzept einbezogen werden* (also beispielsweise auch Erdbeben), sofern sie im betreffenden Kanton hinreichend relevant sind. Für die Frage, wie dies zu geschehen hat, darf er allerdings keine Vorgaben machen, die über den gravitativen Gefahrenschutz hinaus reichen.

2.1.2.3 Vereinheitlichung der Gefahrenanalyse

Je offener die Handlungsanweisungen und -massstäbe des Bundesrechts ausgestaltet werden, desto leichter lassen sich die örtlichen Besonderheiten berücksichtigen. Damit ist aber auch zwangsläufig das Risiko der Uneinheitlichkeit verbunden. Wo Offenheit als solche beabsichtigt ist, stellt sich jeweils die Frage, wie weit der Vollzug überhaupt einer Harmonisierung auf Bundesebene zugänglich ist.

Den Kantonen steht auf Seiten der Verwaltung nicht überall das entsprechende Know-how zur Verfügung. Wo man von den Kantonen eine Gefahrenanalyse fordert, es aber an Richtlinien fehlt, wie dies zu tun ist, überfordert man das föderalistische System. Den Empfehlungen und Richtlinien der Bundesämter für die Umsetzung kommt deshalb in der Umsetzung ein grosses Gewicht zu. Sie stehen direkt im Dienst der Harmonisierung. Im Ergebnis wird die von Fachleuten entwickelte Methodik zur Erstellung von Gefahrenkarten und deren Umsetzung in die Nutzungsplanung gesamtschweizerisch zum geltenden Massstab³⁰. So hat die St. Galler Regierung befunden, die Pflicht der Behörden, den Sachverhalt vollständig abzuklären, verlange im Bereich des Schutzes vor Naturgefahren die Erstellung und Berücksichtigung von Gefahrenkarten. Es reiche nicht aus, sich auf verschiedene Expertisen abzustützen, wenn diese nicht den Empfehlungen des Bundes und der von der kantonalen Naturgefahrenkommission empfohlenen Methodik entsprechen³¹.

Die rechtsgleiche Anwendung der bundesrechtlichen Bestimmungen verlangt eine einheitliche Vorgehensweise. Deshalb beschränken sich die Empfehlungen regelmässig nicht nur auf die wissenschaftliche Methodik. Ergänzend fliessen, wie auch der PLANAT-Synthesebericht festhält, bereits über die der Risikoanalyse zugrunde liegenden Annahmen Werthaltungen ein³². Sie sind oft nur schwer von den sachlichen Aspekten zu trennen.

Das ist ein generelles Problem bei der Reduktion der Komplexität von Sachverhalten. Rechtlich aber haben solche Wertungen Rückwirkungen auf die bauliche Nutzbarkeit und damit auf Grundrechtspositionen. Wertentscheidungen, die de facto grundrechtswirksam sind, müssen entsprechend transparent sein. Sie müssen einer Rechtskontrolle standhalten können. Dasselbe gilt für die daran anknüpfenden im kantonalen Recht ausformulierten Rechtswirkungen. Hier setzt die Bundesaufsicht ein.

³⁰ Nach Ursula Brunner, Kommentar zum Umweltschutzgesetz, 2. Aufl., N 7c zu Art. 38 leisten Handlungsanleitungen auch im Umweltrecht heute faktisch einen ausgesprochen wichtigen Beitrag zu einer einheitlichen, gleichmässigen Vollzugspraxis.

³¹ SGGVP 2001 Nr. 101 S. 248 (Auszonung wegen Felssturz).

³² PLANAT, Synthesebericht, S. 54.

2.2 Ausformulierung des Schutzauftrags durch den Bund

Beim Schutz vor Naturgefahren geht es um den Schutz von elementaren Grundwerten. Im Rahmen von Güterabwägungen stellt der Schutz von Menschenleben ein besonders gewichtiges Interesse dar. Auch erheblichen Sachwerten wird regelmässig hohes Gewicht zugemessen. Das alles ist unumstritten. Hingegen muss im Einzelfall abgeklärt werden, in welchem Umfang *der Staat verpflichtet* ist, Personen und erhebliche Sachwerte vor Naturereignissen zu schützen und welches Gemeinwesen inwieweit für die Wahrnehmung dieser Schutzpflicht verantwortlich ist. Beides, die Zuweisung von Schutzpflichten wie auch deren Tragweite, muss vor diesem Hintergrund gesehen werden.

Schutzobjekt sind nach Art. 1 WBG sowie Art. 1 Abs. 2 WaG Menschen und erhebliche Sachwerte. Geschützt wird nach *Wasserbaurecht* vor schädlichen Auswirkungen des Wassers, insbesondere vor Überschwemmungen, Erosionen und Feststoffablagerungen, nach *Waldrecht* vor Lawinen, Rutschungen, Erosion und Steinschlag.

Für die Erfüllung dieses Schutzauftrags sind zu unterscheiden

- > das *generelle Ziel* der Reduktion von Risiken aus Naturereignissen für Menschen und erhebliche Sachwerte und
- > das *raumspezifisch konkretisierte Ziel*, das mit einer bestimmten Massnahme (z. B. Auszonung, Landerwerb) verbunden ist.

Das generelle Ziel bestimmt die Strategie. Hier liegt die Führung beim Bund. *Das Massnahmenziel ergibt sich aus der konkreten Projektierung* und ist massgeblich für die Beurteilung der Verhältnismässigkeit im Einzelfall. Dies ist die Aufgabe der Kantone. Der Bund aber hat im Rahmen seiner Aufsichtsfunktion und als Subventionsgeber die Pflicht, dafür zu sorgen, dass die Anliegen des Bundes einbezogen werden und dass die einheitliche Anwendung des Bundesrechts gewährleistet ist.

2.2.1 Schutz erheblicher Sachwerte

Der Schutzauftrag erstreckt sich auf den Schutz von Menschen und erheblichen Sachwerten. Was unter «erheblich» zu verstehen ist bedarf näherer Erläuterung.

Ein Sachwert ist dann «erheblich», wenn die Sache aus Sicht der Öffentlichkeit (und nicht aus der Sicht von Einzelpersonen) einen hohen Wert darstellt³³. Der Bundesrat hat in seiner Botschaft neben Verkehrsanlagen, Industrieanlagen und Wohngebieten auch den Schutzwald sowie stark erosionsgefährdetes Kulturland und standortgebundene wasserempfindliche Spezialkulturen zu den erheblichen Sachwerten gezählt.

³³ Botschaft zur Volksinitiative «zur Rettung unserer Gewässer» und zur Revision des Bundesgesetzes über den Schutz der Gewässer, BBl 1987 II S. 1168. Die Revision war mit einer Revision der einschlägigen wasserbaurechtlichen Bestimmung verbunden.

Explizit sollte der landwirtschaftliche Nutzwert des Kulturlandes mit erfasst werden. Die Aufzählung ist nicht abschliessend³⁴.

Das Bedürfnis zum Schutz von Kulturland kann auch Art. 87 Abs. 1 Bst. c LWG entnommen werden, wonach Strukturverbesserungen unter anderem auch vorgesehen werden können um Kulturland oder landwirtschaftliche Bauten und Anlagen vor Verwüstung oder Zerstörung durch Naturereignisse zu schützen³⁵. Damit ist auch ein landwirtschaftsrechtlicher Subventionstatbestand verknüpft (Art. 95 Abs. 1 und 3 sowie Art. 97a (neu[nfa]) LWG). Darüber hinaus verlangt selbstverständlich auch das Raumplanungsrecht eine Rücksichtnahme (Art. 3 Abs. 2 Bst. a, Art. 6 Abs. 2 Bst. a und Art. 16 RPG; insbesondere sind Fruchtfolgefleichen zu sichern [Art. 26 ff. RPV]).

Aus dem weiteren Zusammenhang der Rechtsordnung heraus gehören auch die ökologischen Funktionen von Landschaftselementen zu den besonders zu schützenden Sachwerten, auch wenn sie rein ökonomisch im freien Handel als wenig wertvoll gelten. Für den Wald sind die entsprechenden Waldfunktionen Teil der Zielsetzung des Waldgesetzes selbst (Art. 1 Abs. 1 Bst. b WaG), für die Gewässer geht die Schutzwürdigkeit aus dem Gewässerschutzrecht und auch aus Art. 4 Abs. 2 WBG hervor und für die übrigen Raumelemente aus zahlreichen weiteren Gesetzgebungen, insbesondere dem Natur- und Heimatschutzrecht und dem Raumplanungsrecht. Nach Art. 2 Abs. 2 NHG sind Entscheide kantonaler Behörden über Vorhaben, die voraussichtlich nur mit Bundesbeiträgen verwirklicht werden, der Erfüllung von Bundesaufgaben gleichgestellt sind, weshalb der 1. Abschnitt des NHG bei allen subventionierten Schutzprojekten zu beachten ist³⁶.

Somit erstreckt sich der Schutzauftrag neben dem Schutz von Leib und Leben und dem Schutz von Bauten und Anlagen³⁷ auch auf die Erhaltung von Kulturland und naturnahen Lebensgrundlagen sowie auf die Revitalisierung von Gewässern. Man kann auch sagen: Naturgefahrenplanung soll sich nicht nur auf den Schutz des Baugebiets beschränken, sondern auch auf andere landschaftliche Qualitäten achten und diese eventuell mit eigenen Massnahmen schützen. Diese bundesrechtliche Schutzpflicht erstreckt sich aber nur auf die erheblichen Sachwerte. «Erheblich» kann nach dem Gesagten wiederum nur heissen: Besonders schutzwürdig mit Blick auf die allgemeine Beurteilung in der Öffentlichkeit. Ob dies der Fall ist, ergibt sich aus den Wertungen, wie sie im materiellen Recht und in seiner Konkretisierung (Fruchtfolgefleichen, planarisch ausgewiesene Schutzgebiete, Schutzverordnungen) zum Ausdruck kommen. Dabei ist eine den Umständen und der Schutzwürdigkeit angepasste Abstufung des Schutzniveaus zulässig (näheres vgl. hinten 2.2.4.2 unter «Obergrenze von Schutzanstrengungen»).

³⁴ Botschaft Volksinitiative «zur Rettung unserer Gewässer» S. 1168.

³⁵ Vgl. auch Amt für Landwirtschaft, Strukturverbesserungen und Vermessung Kanton Graubünden/Bundesamt für Landwirtschaft Abteilung Strukturverbesserungen (2003): Planung und Durchführung Moderner Meliorationen. Anwendung der Nutzwertanalyse zur Bewertung des öffentlichen und privaten Nutzens moderner Meliorationen. Gesamtmelioration Breil/Brigels Vitg. Schlussbericht.

³⁶ Vgl. BAFU, Fachspezifische Erläuterungen zur Programmvereinbarung im Bereich Schutzbauten und Gefahrengrundlagen, Handbuch NFA im Umweltbereich, Teil 3, A-10 «Anhang zu Ziff. 6.1 Programmvereinbarung: Merkblatt Bereich Natur und Landschaft», Mai 2007; BAFU, Fachspezifische Erläuterungen zur Programmvereinbarung im Bereich Schutzwald, Handbuch NFA im Umweltbereich, Teil 3, A-11 «Anhang zu Ziff. 6.1 Programmvereinbarung: Merkblatt Bereich Natur und Landschaft», Mai 2007.

³⁷ Inklusive Anlagen der Grob- und Feinerschliessung: Verkehrswege, Wasser-, Energie- und Abwasseranlagen (vgl. Art. 19 RPG).

2.2.2 Konkretisierung der Tragbarkeit von Risiken

Ein vollumfänglicher Schutz vor Naturgefahren ist weder möglich noch rechtlich gefordert.

Der Gesetzgeber verlangt zwar einen «Schutz», er sagt jedoch nichts dazu, wann der Schutz ausreichend ist, mit anderen Worten: Das Gesetz äussert sich nicht direkt dazu, welche Risiken tragbar sind. In der Praxis aber muss schon aus Gründen der Rechtssicherheit quantifiziert werden, wo diese Grenze zu suchen ist.

Welches Risiko noch tragbar ist beurteilt jeder Mensch anders. Das Bedürfnis nach Schutz kann ortsabhängig sein und es kann sich im Laufe der Zeit verändern. Diese Unterschiede werden gerade im Schutz vor Naturgefahren häufig angeführt³⁹. Das Recht hat die Funktion, die vielen subjektiven Wertvorstellungen durch eine intersubjektiv verbindliche normative Festlegung zu ersetzen⁴⁰. Es ist ein legitimes Bedürfnis der Bevölkerung, dass ein minimaler Schutz durch das Recht gewährleistet wird. Indem das Bundesrecht den Schutz verlangt, macht es auch die Frage nach den Grenzen des Schutzauftrags zur vom Bund festzulegenden Aufgabe. Für eine bundesweit einheitliche Festsetzung gibt es zahlreiche Gründe:

- > Die *Rechtsgleichheit*. Es kann nicht sein, dass der Schutz eines Menschenlebens im einen Kanton als wichtiger oder weniger wichtig eingeschätzt wird als ein Menschenleben in einem anderen Kanton. Was unterschiedlich sein kann, ist die persönliche Risikobereitschaft. Diese soll nun aber ja rechtlich gerade nicht massgeblich sein. Es kann auch sein, dass die Gefahr unterschiedlich wahrgenommen wird. Man versucht im Schutz vor Naturgefahren dazu objektive Kriterien herauszuarbeiten. Diese sollen über Empfehlungen, Wegleitungen und Richtlinien schweizweit zur Anwendung gebracht werden. Wenn es also überhaupt Unterschiede geben soll, dann müssen sich diese aus den näheren Umständen der Gefährdungssituation erklären lassen. Kantonsgrenzen hingegen sind sachlich irrelevant.
- > Die *Gewährleistung eines sachgerechten Mitteleinsatzes*. Regelmässig wiederkehrende Subventionsleistungen bedürfen einer ins Einzelne gehenden rechtssatzmässigen Normierung. Dazu gehört selbstverständlich auch die Zielsetzung.⁴¹
- > Die *Rechtssicherheit*. Den bundesrechtlichen Grundlagen zum Schutz vor Naturgefahren ist nirgends ein Hinweis auf den Ortsgebrauch zu entnehmen. Es gibt auch keinen Hinweis darauf, dass die Kantone beauftragt wären, das Sicherheitsniveau selbst zu bestimmen.
- > Die *faktische Durchmischung* von ortsansässigen und nicht ortsansässigen Betroffenen (Touristen, Ferienhausbesitzer).

Das Risiko wird durch das Ausmass der möglichen Schädigung und die Wahrscheinlichkeit, mit der diese eintritt, bestimmt⁴². Über die Tragbarkeit eines Risikos wird im

Im Zusammenhang mit der Gefährdung von Strassen durch Lawinen hält das Bundesgericht fest, der Kanton Wallis wende jährlich 20–30 Mio. Fr. für die Strassensicherung auf. «Eine maximale Absicherung würde jedoch das Zehnfache dieses Budgets und Arbeiten während etwa 20 Jahren in Anspruch nehmen. Zudem wäre eine endgültige Sicherung ohnehin nie erreicht, weil sich die meteorologischen Bedingungen ändern. Ausserdem fehlt es an den technischen und menschlichen Ressourcen».³⁸

³⁸ Vgl. BGer-Entscheid 4C.45/2005 (Strasse Täsch-Zermatt) E. 3.1.

³⁹ Vgl. z. B. Empfehlung Raumplanung und Naturgefahren S. 8; PLANAT, Synthesebericht, S. 11.

⁴⁰ Hansjörg Seiler, Kommentar zum Umweltschutzgesetz, 2. Aufl., N 54 zu Art. 10.

⁴¹ Tschannen/Zimmerli § 46 Rz. 16.

Rahmen der Risikobewertung entschieden⁴³. Nach Ruch kommt es dabei nicht darauf an, wie viele Menschen von der Gefahr betroffen sind, sondern darauf, ob es sich um Gefahren handelt, deren Verhinderung oder Beseitigung wegen ihrer allgemeinen (d.h. nicht ihrer subjektiven) Bedeutung Aufgabe des Staates sein soll⁴⁴. Wo keine staatliche Einmischung angezeigt ist befinden wir uns im Bereich des Restrisikos.

Die Nutzungseignung spielt eine Rolle wo es um raumplanerische Nutzungsausweisungen geht. Das gilt insbesondere für die Bauzonenausscheidung (Art. 15 RPG). Hier gibt es (in Bezug auf die Naturgefahren) fließende Übergänge zwischen klar ungeeignet und bedenkenlos zulässig. Je mehr Spielraum den Kantonen zugestanden wird, desto besser können sie durch wirkungsorientierte Lösungen den konkreten Umständen gerecht werden. Auch Prognoseschwierigkeiten rufen grundsätzlich nach flexiblen Lösungen. Andererseits ist der Vollzug des Schutzes vor Naturgefahren vom Bund zu beaufsichtigen (Art. 11 Abs. 2 WBG, Art. 49 Abs. 1 WaG), mit dem Ziel, die einheitliche Anwendung von Bundesrecht zu gewährleisten. Angesichts dieses Dilemmas ist es die Aufgabe des Bundes, transparente und verlässliche Grundsätze aufzustellen, nach denen sich die Kantone zu richten haben.

2.2.3 Beurteilung von Schutzprojekten

Für den Schutz vor Naturereignissen steht nur eine limitierte Geldsumme zur Verfügung. Der Bund fördert Massnahmen und leistet Abgeltungen «im Rahmen der bewilligten Kredite» (Art. 6 Abs. 1 WBG (neu[nfa]), Art. 35 Abs. 1 WaG (neu[nfa])). Die Umsetzung des Schutzes vor Naturgefahren ist zwar die Aufgabe der Kantone, der Bund selbst wird aber, wenn die Forderungen der Kantone die zur Verfügung stehenden Geldmittel übersteigen, die eingereichten Projekte an einer «Subventionswürdigkeitsskala» bemessen und je nachdem gewisse Schutzanstrengungen zurückstellen oder gewisse Projekte deshalb nicht unterstützen, weil sie ein schlechtes Kosten/Nutzen-Verhältnis aufweisen.

Da es sich überwiegend um Abgeltungen handelt, ist es für die Beurteilung der Subventionswürdigkeit von zentraler Bedeutung

- > ob das Projekt dem Schutzauftrag entspricht
- > ob das Projekt den weiteren bundesrechtlichen Anforderungen genügt und
- > ob der betriebene Aufwand in einem vernünftigen Verhältnis zum Schutzziel steht.

Der Schutzauftrag kann nur insoweit erfüllt werden, als finanzielle Mittel zur Verfügung stehen. Deshalb müssen die inhaltlichen Anforderungen mit der Frage der Finanzierung verknüpft werden. Mehr dazu hinten in Teil 4.

⁴² Für viele Seiler, Kommentar USG, N 43 zu Art. 10. In BWG, Hochwasserschutz an Fließgewässern, Wegleitung, Bern 2001, S. 7 wird folgende Kürzestdefinition gegeben: Risiko = Grösse und Wahrscheinlichkeit eines möglichen Schadens.

⁴³ Seiler, Kommentar USG, N 44 und 54 zu Art. 10; Thomas Plattner/Hans-Rudolf Heinemann/Kurt Hollenstein, Risikobewertung bei Naturgefahren. Schlussbericht, PLANAT, Biel 2005; PLANAT, Synthesebericht, S. 16ff.

⁴⁴ Alexander Ruch in: Daniel Thürer/Jean-François Aubert/Jörg Paul Müller (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, § 56 «Äussere und innere Sicherheit» Rz. 2 unter Berufung auf Riccardo Jagmetti, Kommentar BV(alt), Art. 23 BV, Rz. 5

2.2.4 Rechtliche Vorgaben und strategische Fragestellungen

Die bundesrechtlichen Grundlagen weichen in verschiedener Hinsicht vom Risiko-konzept ab, das dem PLANAT-Strategiebericht als methodische Basis dient⁴⁵.

2.2.4.1 Konzentration auf gravitative Naturgefahren

Der PLANAT-Strategiebericht basiert auf dem Auftrag, im Sinne eines umfassenden Risikomanagements die Grundlage für einen gesamtschweizerisch vergleichbaren Sicherheitsstandard zum Schutz des Menschen, seiner natürlichen Lebensgrundlagen und von erheblichen Sachwerten zu schaffen. Das zugehörige Risikokonzept will sämtliche Naturgefahren und die daraus resultierenden relevanten Risiken nach einem einheitlichen Vorgehen untereinander vergleichbar beurteilen. Das stösst hingegen an bundesrechtliche Grenzen der Kompetenzausscheidung. Bundeszuständigkeiten sind, soweit nicht Bundesbauten und konzessionierte Anlagen betroffen sind, auf gravitative Gefahren begrenzt.

Da eine einheitliche Verfassungsgrundlage fehlt ergibt sich die Klammer für den Umgang mit Naturgefahren aus der Raumplanung und dem Koordinationsgebot. Aus rechtssystematischen Gründen macht das jedenfalls im Bereich Prävention durchaus Sinn, steht doch das Raumplanungsrecht an der Schnittstelle zwischen Baurecht und Risikopotenzialentwicklung. Auch was die Reduktion der Gefährdung aus Erdbeben betrifft, so verlangt sie eine der Gefahrensituation angepasste Standortwahl, die falls nötig mit baulichem Objektschutz verbunden wird. Hier offenbart sich ein klarer Bezug zum Raumplanungs- und Baurecht, was, in Ermangelung bundesrechtlicher Vorgaben, eine kantonrechtliche Regelung ermöglicht. Die verfassungsrechtlich nicht erfassten Massnahmen gegen Extremtemperaturen können demgegenüber (soweit es nicht um international zu koordinierende Massnahmen gegen die Klimaveränderung geht) höchstens indirekt über Normen aus den Bereichen Wasserversorgung, Energietechnik usw. erfasst werden. Immerhin weisen auch diese Gebiete einen Bezug zum Baurecht auf. Gewisse Anforderungen können sodann überall da gestellt werden, wo der Bund zur Spezialgesetzgebung befugt ist (Kernenergie, Rohrleitungen, Starkstromanlagen usw.). Der Bund kann aber stets nur im Rahmen der Bundeszuständigkeiten tätig werden.

Sachlich erfordern die verschiedenen Bereiche des Schutzes vor Naturgefahren ein jeweils unterschiedliches Know-how. Für ihre Harmonisierung bilden das Koordinationsgebot und das damit verbundene Gebot der widerspruchsfreien und einheitlichen Anwendung des Bundesrechts rechtlich die wichtigsten Bezugsgrössen.

2.2.4.2 Risikobewertung (Tragbarkeit von Risiken)

Im Risikomanagement wird das Risiko als Produkt aus Ereigniswahrscheinlichkeit und Schadensausmass dargestellt. Das integrale Risikomanagement geht zudem davon aus,

⁴⁵ PLANAT, Synthesebericht, S. 13 ff., 52 ff.

dass Risiken in ihrem Zusammenwirken zu beurteilen sind. Rechtlich aber stellt sich die Frage, wann Schutzanstrengungen überhaupt notwendig sind.

a) Obergrenze von Schutzanstrengungen

Der Staat muss zunächst einmal überhaupt in der Lage sein, seine Aufgabe den zeitlichen, technischen und finanziellen Gegebenheiten entsprechend zu erfüllen⁴⁶. Man muss zur Kenntnis nehmen, dass ein Schutz gegen alle denkbaren Ereignisse unmöglich ist. Zudem würde dies eine völlig andere Siedlungsstruktur erfordern, als sie sich in der Schweiz entwickelt hat.

Unmögliches kann man nicht verlangen, der Schutzauftrag aber besteht und muss erfüllt werden. Das kann nur bedeuten, dass es Limiten für das gibt, was man vom Staat verlangen darf. Sie sind den allgemeinen Rechtsgrundsätzen und hier vorab dem Verhältnismässigkeitsprinzip zu entnehmen. Besondere Beachtung findet deshalb die Zumutbarkeit von Schutzmassnahmen für das Gemeinwesen. In der Praxis sind für die Massnahmen entsprechend dem Risikobegriff die Höhe des Schadenpotenzials⁴⁷ und die Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts massgeblich.

Im Zusammenhang mit der Intensität der Bedrohung liegt ein besonderes Problem darin, dass es Ereignisse gibt, die zwar enorm hohe Schäden verursachen können, aber extrem selten sind. Wollte man hier Schäden vollumfänglich vermeiden, so würde dies enorme Summen verschlingen. Die Frage, wie gross die Wahrscheinlichkeit eines Ereignisses sein soll, dass man die Sicherheitsvorsorge darauf hin ausrichten muss, stellt sich nicht nur im Naturgefahrenschutz. Sie ist auch im Bereich der Störfallvorsorge zentral. Es ist hier üblich, sehr seltene Ereignisse auszuklammern, zumal diese kaum zuverlässig vorhersagbar sind. Das Bundesgericht hat diese Praxis in einem unpublizierten Entscheid betreffend Eisenbahn-Störfälle geschützt⁴⁸. In Deutschland spricht die Rechtsprechung in Bezug auf technische Grosrisiken (AKW) von einer Abschätzung anhand praktischer Vernunft: «Ungewissheiten jenseits dieser Schwelle praktischer Vernunft sind unentrinnbar und insofern als sozialadäquate Lasten von allen Bürgern zu tragen»⁴⁹.

Im Schutz vor Naturgefahren beschränkt man sich üblicherweise auf Ereignisse mit statistisch gesehen hundertjähriger Wiederholrate. Dies wird auch in anderen Staaten als geeignete Basis für den zu gewährleistenden Schutz betrachtet⁵⁰. Überdies zeigt eine Untersuchung aus dem Bereich des Klimaschutzes, dass aufgrund des Zusammenhangs zwischen Zeithorizont, Lebenserwartung und Sozialverhalten ein Zeithorizont von 100 Jahren für nachhaltige Steuerungsziele durchaus geeignet ist⁵¹. Damit ent-

⁴⁶ Vgl. BGE 130 III 736 E. 1.4 (Werkeigentümergehaftung).

⁴⁷ Auch das private Haftungsrecht orientiert sich an solchen Abstufungen. Die Zumutbarkeit von Sicherheitsvorkehrungen wird z. B. unterschiedlich beurteilt, je nachdem, ob es sich um eine Autobahn, eine verkehrsreiche Hauptstrasse oder einen Feldweg handelt (BGE 130 III 736 E. 1.4, 129 III 65 E. 1.1, 102 II 343 E. 1c).

⁴⁸ Zitiert von Seiler in Seiler, Kommentar USG, N 62 zu Art. 10.

⁴⁹ BVerfGE 49, 89.

⁵⁰ Vgl. z. B. § 31b Abs. 3 des deutschen Wasserhaushaltgesetzes.

⁵¹ Philip M. Fearnside, Why a 100-Year Time Horizon should be used for Global Warming Mitigation Calculations, in: Mitigation and Adaptation Strategies for Global Change, 2002 S. 19–30. Für die Umsetzung des Kyoto-Protokolls hat man sich zur Berechnung der relativen Wirksamkeit von Treibhausgasen auf die Vergleichsbasis 100 Jahre geeinigt.

spricht die Praxis im Schutz vor Naturgefahren einem zweckmässigen, international erwarteten und gebräuchlichen Nachhaltigkeits-Zeithorizont.

Das bedeutet nun allerdings nicht, dass überall der Schutz auf ein hundertjähriges Ereignis ausgerichtet werden soll. Vielmehr ist der Schutzwürdigkeit der Schutzgüter und ihrer Empfindlichkeit entsprechend eine abgestufte Betrachtungsweise notwendig, die auch die Gefährlichkeit der Prozesse berücksichtigt und die Empfindlichkeit der Schutzgüter einbezieht. Dementsprechend wird eine Schutzzielmatrix entworfen. Gemäss der Wegleitung «Hochwasserschutz an Fliessgewässern» sollen geschlossene Siedlungen sowie industrielle und gewerbliche Anlagen in der Regel gegen selten eintretende Ereignisse geschützt werden. Infrastrukturanlagen werden nach ihrer Bedeutung (nationale, regionale oder lokale Bedeutung) und ihrer Verletzbarkeit abgestuft beurteilt. Hochwertiges Kulturland wird besser geschützt als extensiv bewirtschaftete Flächen. Der Ereignisablauf ist hier besonders wichtig; es gibt grosse Unterschiede zwischen den Prozessen, welche die Bodenfruchtbarkeit mindern, und jenen, die zu einem einmaligen Ernteausfall führen. Sonderobjekte schliesslich werden individuell beurteilt.⁵²

Es wird (was bereits weiter vorne angetönt wurde) ersichtlich, dass schon in die Beurteilung der Tragbarkeit Wertungen einfließen, die das öffentliche Interesse am Schutz in differenzierter Weise widerspiegeln. Werden diese Interessen später in der planerischen Güterabwägung nochmals gewichtet, so führt das dazu, dass – je nach den dabei im Vordergrund stehenden Interessen – einzelne Schutzgüter unter- oder aber überbewertet werden.

b) Berücksichtigung der besonderen Umstände

Der Planungsentscheid soll den örtlichen Besonderheiten Rechnung tragen. Für die Entscheidungsbegründung sind die sachbedingten Unterscheidungen zu treffen. Zum Sachverhalt gehören namentlich auch die räumlichen Umstände.

Sind z. B. Infrastrukturanlagen gefährdet, so muss bei gewissen Ereignissen ein sehr hohes Schadenpotenzial erwartet werden. Bauliche Gegenmassnahmen (wie z. B. eine Untertunnelung) bringen aber ihrerseits wieder neue Gefahren hervor (z. B. erhöhte Gefährdung bei Unfällen). Je nach der zu beurteilenden Variante können weitere Fragen auftauchen. Der Entscheid, welche Linienführung letztlich gewählt wird, ist von vielen Faktoren abhängig. Deshalb folgen Strassen- und andere Infrastrukturplanungen meist einem eigenen Planverfahren⁵³, in dem auf die bundesrechtlichen Anforderungen an den Bau solcher Anlagen abzustellen ist. Für die Tragbarkeit von Risiken wird man in diesen Verfahren die wirtschaftliche Bedeutung der Anlage in Übereinstimmung mit den Schutzzielkonkretisierungen der massgeblichen Wegleitungen berücksichtigen müssen.

⁵² Vgl. im Einzelnen Wegleitung Hochwasserschutz an Fliessgewässern, S. 16 f.

⁵³ Vgl. z. B. Art. 9 ff. des Bundesgesetzes über Nationalstrassen (NSG), Art. 17 ff. des Eisenbahngesetzes (EBG), Art. 16 ff. des Bundesgesetzes betreffend die elektrischen Schwach- und Starkstromanlagen (Elektrizitätsgesetz, EleG).

Wo hingegen die Siedlungsentwicklung zu beurteilen ist, stellt sich die Frage der Notwendigkeit von Schutzanstrengungen in einem anderen Licht. Hier müssen im Rahmen der Nutzungsplanung von der Bevölkerung naturbedingte Grenzen für die Überbaumöglichkeit in Kauf genommen werden. Das Bundesgericht lässt allerdings auch hierfür Spielräume offen.

Aus dem Entscheid geht hervor, dass die Beurteilung der Überbaumöglichkeit nicht absoluten Grenzen folgt. Die Naturgefahren bilden ein Kriterium neben anderen im Rahmen der raumplanerischen Abwägung und Abstimmung. In unserem Fall durfte die Gemeinde die Eignung bei ansonsten vergleichbarem Gefährdungsgrad da umso eher bejahen, wo die anderen Kriterien von Art. 15 RPG erfüllt waren, das Gelände also bereits weitgehend überbaut oder erschlossen war, während es zulässig war, sie da zu verneinen, wo es sich um noch unüberbautes oder unerschlossenes Land handelte.

Die Rechtslage hat sich seit diesem Entscheid allerdings geändert. Die Kantone sind mit den neuen Bestimmungen des Wasserbau- und des Waldrechts verpflichtet worden, Gefahrengebiete auszuscheiden und Gefahrenkarten zu erstellen; sie haben dabei die Richtlinien des Bundesamtes zu berücksichtigen (Art. 15 Abs. 2, 17 Abs. 1 und 42 Abs. 1 WaV; Art. 20 Bst. b, 21 und 27 WBV). Damit besteht heute eine bundesrechtliche Grundlage zur Methodik, wie dies auch der bereits vorn 2.1.2.3 zitierte Entscheid der Regierung des Kt. St. Gallen festgehalten hat.

c) Die Rolle von Gefahrenkarten

Das Hauptinstrument zur detaillierten Ermittlung des Gefahrenrisikos sind die Gefahrenkarten. Aus ihnen werden die Gefahrenzonen als Teil der Nutzungspläne und die damit zu verbindenden Nutzungsbeschränkungen abgeleitet. Die Gefahrenkarte als solche ist eine Sachverhaltsfeststellung. Sie soll, in Gefahrenstufen abgestuft, Angaben zur Gefahrenart, zur räumlichen Ausdehnung und zum Grad der Gefährdung machen. Verlangt wird ausserdem, dass eine parzellenscharfe Abgrenzung möglich sein soll.

Ausmass und Art der Bedrohung müssen verbindlich, objektiv und nachvollziehbar aufgezeigt werden. Nach einem Kreisschreiben sollen zudem alle gefährlichen Prozesse berücksichtigt werden⁵⁵. Man zielt auf eine Synthese aller Gefährdungen in einer einzigen Karte ab. Dazu müssen auch die Beurteilungen der verschiedenen Naturgefahren aufeinander abgestimmt werden. Auf dieser Basis werden bestehende Nutzungskonflikte sichtbar und es sollen gestützt darauf künftige vermieden werden. Die Empfehlungen des Bundes sollen dazu beitragen, dass in der ganzen Schweiz die Naturgefahren nach einheitlichen Kriterien und Massstäben erfasst und berücksichtigt werden⁵⁶.

In einem Entscheid aus dem Jahre 1988 (also noch vor Inkrafttreten des neuen Waldgesetzes) hat das Bundesgericht festgehalten, die Beurteilung, ob ein unbestrittenermassen grosses Risiko so schwer zu gewichten sei, dass allein deswegen das Bauen verboten werden müsse, könne nicht allein den Experten überlassen werden. Es handle sich vielmehr um eine Rechtsfrage. Im konkreten Fall hat es ausgeführt, es gebe keinen Massstab, der besage, dass die Zonengrenze nicht bei Rutschungen von 3 cm/Jahr, sondern bei 4 cm gezogen werden müsse. Hierin liege ein unkontrollierbarer Handlungsspielraum, im Rahmen dessen die örtliche Behörde politisch, aber nicht rechtlich verantwortlich sei. Die örtliche Abgrenzung einer Gefahrenzone im einzelnen sei in erster Linie ein lokales Anliegen, wobei die Verhältnisse in verschiedenen Teilen der Gemeinde miteinander zu vergleichen seien, wie auch bereits gemachte Erfahrungen und Detailkenntnisse über die Beschaffenheit der Infrastruktur einzufließen haben. Dies verlange Sachnähe und Ortskenntnis.⁵⁴

⁵⁴ BGE 114 Ia 245 (St. Moritz) E. 2c.

⁵⁵ BUWAL-Kreisschreiben Nr. 13 «Gefahrenkarten, Messstellen, Frühwarndienste» vom 7. November 2001

⁵⁶ BRP/BWW/BUWAL, Berücksichtigung der Massenbewegungsgefahren bei raumwirksamen Tätigkeiten, Bern 1997, Seite 3.

Gefahrenkarten zeigen die Gefährdung in vier verschiedenen Abstufungen (erhebliche, mittlere, geringe Gefährdung und «Restgefährdung»). Die Richtlinien und Empfehlungen verbinden damit Aussagen, welche die Nutzungsbeschränkungen betreffen, die mit den Sachverhaltsfeststellungen der Gefahrenkarte verbunden werden sollen⁵⁷. Damit ist eine Güterabwägung verbunden, zugleich aber kann man darin auch eine Konkretisierung des Schutzauftrags sehen. Solche Empfehlungen und Richtlinien sind in der Regel breit abgestützt und sie dienen der rechtsgleichen Umsetzung von Bundesrecht. Ihre Berücksichtigung ist zudem vom Bundesverwaltungsrecht unmittelbar vorgeschrieben. Beides reduziert den Beurteilungsspielraum der Behörden erheblich; wird von den Richtlinien abgewichen, so muss dies gut begründet werden. Die Richtlinien sind, wie das Bundesgericht in einem neueren Entscheid festhält, aber auch deshalb zu beachten, weil sie von der zuständigen Fachstelle des Bundes erlassen wurden⁵⁸. Das Bundesgericht auferlegt sich in konstanter Rechtsprechung eine gewisse Zurückhaltung, wenn sich technische Fragen stellen und die Bewilligungsbehörde Berichte von Fachinstanzen einholt⁵⁹.

Nun ist es offensichtlich so, dass die genaue Abgrenzung von z. B. «erheblicher» und «mittlerer» Gefährdung nicht nur aus rechtlicher, sondern auch aus fachlicher Optik nicht scharf festgelegt werden kann. Die Berechnungen gehen immer von Annahmen aus, die ihrerseits eine Ungewissheitskomponente haben. Die planerische Festlegung von Gefahrenzonen indessen hat erhebliche Auswirkungen auf den verbleibenden Verkehrswert der betroffenen Grundstücke. Das erhöht naturgemäss den Druck, der auf den Fachleuten lastet. Geben sie diesem Druck nach, so nehmen sie allerdings implizit eine Risikoabschätzung vor, die nach dem oben unter b) zitierten Entscheid gerade nicht den Experten überlassen werden soll, vielmehr in den Handlungsspielraum der Behörden gehört. Die Funktion der Gefahrenkarte sollte deshalb klar von der Funktion der planerischen Zuweisung eines Grundstücks unterschieden werden. Gefahrenkarten sind *Planungsgrundlagen*.

Im Planungsentscheid dagegen sind die berührten Interessen gesamthaft zu beurteilen. Es müssen alle wesentlichen Gesichtspunkte geprüft und die erforderlichen Abklärungen sorgfältig und umfassend vorgenommen werden⁶⁰. Das geht über das hinaus, was nach der Wegleitung in der Schutzzielmatrix zu berücksichtigen ist. Es ist umso wichtiger, dass in diesem Prozess offengelegt wird, welche Interessen von den projektierenden Fachleuten bereits als Vorbedingung in der Gefahrenkarte berücksichtigt wurden. Es soll vermieden werden, dass gewisse Interessen zunächst gleichsam «versteckt» und dann ein weiteres Mal offen in den Entscheid über die endgültige Festlegung der Gefahrenzonen Eingang finden. In der Summe könnte daraus eine überproportionale Berücksichtigung resultieren. Wo das geschieht, kann es sein, dass die Gefahrenzonen im Ergebnis erkennbar zu klein ausgeschieden werden. Kommt es in der Folge zu einem Schadenfall, dann kann eine Amtshaftung nicht mehr ohne weiteres ausgeschlossen werden (vgl. hinten 3.7).

⁵⁷ Vgl. z. B. BWW/BRP/BUWAL (Hrsg.), Berücksichtigung der Hochwassergefahren bei raumwirksamen Tätigkeiten, Empfehlungen 1997, S. 17 und S. 25.

⁵⁸ BGer-Entscheid 1P.329/2005 (Reckingen) E. 3.5.

⁵⁹ BGE 117 Ib 285 E. 4 mit Hinweisen; der Entscheid wurde seither vielfach bestätigt.

⁶⁰ BGE 126 II 43 E. 4c; 121 II 378 E. 1e/bb.

d) Aversion

Umstritten ist, ob bzw. inwieweit Schäden, die zwar selten eintreten, aber Auswirkungen mit vielen Todesfällen haben, in der Risikobewertung stärker gewichtet werden dürfen (Einbezug eines sogenannten Aversionsfaktors).

Die in den Rechtsnormen verwendeten unbestimmten Rechtsbegriffe räumen den Behörden grundsätzlich einen erheblichen Spielraum ein. Das lässt auch den Einbezug von Aversionsfaktoren zu. Man kann sich allerdings fragen, welche zusätzliche Erkenntnis eine solche Gewichtung für die Projektierung von Gegenmassnahmen bringt, geht es doch in diesen Fällen stets um Sachverhalte, wo Menschenleben gefährdet sind. Das sind Risiken, die nach Art. 1 Abs. 2 WaG und Art. 1 Abs. 1 WBG so oder so eine Schutzpflicht auslösen und es sind Schutzgüter von unzweifelhaft hohem Wert.

Aversionsfaktoren werden meist in einen engen Bezug zur Beurteilung der Wirtschaftlichkeit von Massnahmen gestellt. Aversion zu berücksichtigen kann in diesem Sinne nützlich sein, wenn es darum geht, abzuklären wo die Finanzmittel bevorzugt einzusetzen sind. Dies darf aber nicht dazu führen, dass im Ergebnis Schutzbauten auch da errichtet werden, wo raumplanerische Massnahmen genügen würden. Aversionsfaktoren können sodann sachdienlich sein, wenn man die Dringlichkeit von Projekten beurteilen soll. Hier dürfen sie aber nicht zu einer inhaltlichen Verzerrung der Schutzstrategie führen. Sonst besteht die Gefahr, dass wegen des Geldbedarfs von Grossrisiken die Unterstützung von anderen Projekten ungebührlich lange zurückgestellt wird.

Ergänzend ist festzustellen, dass nicht nur Risiken mit grossem Ausmass und zahlreichen Todesfällen schlecht akzeptiert werden. Auch Sachschäden können, wenn sie kurz hintereinander wiederholt auftreten, psychologisch zermürben und in diesem Sinne erhöhten Handlungsbedarf erzeugen. Das zeigt das Beispiel der Stadt Lyss, die in diesem Sommer dreimal überschwemmt wurde. Entsprechender Druck kann auch von Seiten der Versicherungen aufgebaut werden.

Aversion kann sodann eine Rolle in der Frage der politischen Mittelzuteilung für den Schutz vor Naturgefahren spielen. Hier geht es insbesondere um den Stellenwert, der dem Schutz vor Naturgefahren im Vergleich zu anderen Risiken, auch solchen technischer Natur, zukommen soll. So wurde auch schon dafür plädiert, den Aversionsfaktor umso stärker ins Zentrum zu stellen, je unterschiedlicher die Risiken sind, die man miteinander vergleichen will⁶¹.

Das ist nicht unproblematisch. Aus rechtlicher Sicht sind Naturrisiken und technische Risiken nur bedingt miteinander vergleichbar. Die Rechtsgrundlagen sind in der Regel völlig verschieden. Ihre Harmonisierung ist, sofern überhaupt wünschbar, eine Aufgabe, welche weite Teile der Bundesverwaltung betrifft. Mathematisch-naturwissenschaftlich-sozialwissenschaftliche Modelle können versuchen, hier im Sinne einer Politikberatung Transparenz für Risikoentscheidungen zu schaffen. Dabei sind aus rechtlicher Sicht aber etwelche Rahmenbedingungen zu beachten:

⁶¹ So Walter J. Ammann, Integriertes Risikomanagement bei Naturkatastrophen, in Karl W. Steininger/Christian Steinreiber/Christoph Ritz (Hrsg.), Extreme Wetterereignisse und ihre wirtschaftlichen Folgen Teil A, Berlin 2005 S. 59 und 62.

- > Technische Risiken sind anthropogenen Ursprungs, was sie zurechenbar macht. Das wirkt sich auf die Verantwortlichkeit aus und beeinflusst damit auch die Garantstellung. Die Rolle des Staates besteht hier hauptsächlich in der Ausformulierung der konkreten rechtlichen Anforderungen an die Zulässigkeit einer Anlage sowie an die von den Projektierenden verlangten Beiträge zur Risikoreduktion.
- > So lange es innerhalb des Schutzes vor Naturgefahren an einer einheitlichen Verfassungsgrundlage fehlt sind auch die Risiken aus Naturgefahren nach ihren je eigenen rechtlichen Grundlagen zu beurteilen. Harmonisierung kann über eine Angleichung der Rechtsgrundlagen angestrebt werden. Die Unterschiede in den Verfassungsgrundlagen begrenzen aber auch solche Bestrebungen⁶².
- > Die Verteilung der Finanzmittel auf die verschiedenen Bereiche ist von vielen Faktoren abhängig, namentlich auch von solchen politischer Art. Das Recht kann nur wenig zu einer «gerechteren» Verteilung beitragen. Im Übrigen muss man sich bewusst sein, dass auch der Versuch, Aversion gegenüber unterschiedlichen Risiken über eine finanzielle Bewertung der Risiken vergleichbar zu machen, von Grundannahmen ausgeht, die Fragen aufwerfen⁶³.

e) Massstab für die Tragbarkeit von Risiken bei Sachwerten

Es ist unbestritten, dass die Gefährdung von Menschen nach Möglichkeit vermieden werden soll. Bei den erheblichen Sachwerten ist die Sachlage aber weniger klar. Sachwerte sind nach WBG und WaG nur schützenswert, wenn sie hinreichend erheblich sind. Und auch der Gefährdungsgrad, der ein Einschreiten erfordert, ist nur vage umschrieben. Nach dem Wortlaut des Wasserbaugesetzes sind Schutzmassnahmen angesagt, wenn «schädigende Auswirkungen» zu erwarten sind (Art. 1 Abs. 1 WBG). Das Waldrecht verlangt ein Einschreiten «wo es der Schutz ... erfordert» (Art. 19 WaG). Hinweise auf die Tragbarkeit von Schädigungen lassen sich aus diesen Formulierungen nicht entnehmen.

Fehlt es an konkreten Hinweisen für die Beurteilung, so muss auf rechtliche Grundprinzipien zurückgegriffen werden. Als Massstab bieten sich neben dem Verhältnismässigkeitsprinzip auch das Prinzip der ganzheitlichen Betrachtungsweise sowie der verfassungsrechtliche Grundsatz der nachhaltigen Entwicklung an. Das Konzept der nachhaltigen Entwicklung (Art. 2 Abs. 2 BV) ist als umfassendes politisches Programm zu verstehen. Es ist in sämtlichen Politikbereichen zu berücksichtigen und umzusetzen⁶⁴. Es hat eine ökonomische, eine ökologische und eine soziale Komponente.

1. Unter ökonomischen Gesichtspunkten wird man die Tragbarkeit zunächst einmal daran bemessen, wie hoch der zu erwartende Schaden in wirtschaftlicher Hinsicht ist. Dabei ist auch zu berücksichtigen, ob Sachwerte nach einem Ereignis mit vernünftigem Aufwand wiederhergestellt werden können. Die volkswirtschaftliche

⁶² Vgl. Evaluation zum Umgang des Bundes mit Naturgefahren, Bericht der Parlamentarischen Verwaltungskontrolle (PVK) zuhanden der Geschäftsprüfungskommission des Nationalrats vom 18. Juni 2007, S. 26 f.

⁶³ Dazu Plattner et al., Risikobewertung, S. 9 ff.

⁶⁴ Alain Griffel, Die Grundprinzipien des schweizerischen Umweltrechts, Zürich 2001, S. 16.

Bedeutung fliesst über die Berücksichtigung des Schadenpotenzials in die Risikobewertung ein.

2. Beschränkt man sich allein auf diesen ökonomischen Blickwinkel, so kann dies aus Sicht der nachhaltigen Entwicklung problematisch sein. Abgerutschtes Land und erodierter Boden sind weg, die von ihnen erbrachten Leistungen können im ursprünglichen Umfang nicht oder nur begrenzt wieder hergestellt werden. Analoges gilt für die Zerstörung von artenreichen Lebensräumen. Will man die «Erheblichkeit» solcher Sachwertverluste bewerten, so helfen Kosten/Nutzen-Analysen kaum weiter⁶⁵. Auch aus verfassungsrechtlicher Perspektive genügt die ökonomische Sichtweise für die Beurteilung der Tragbarkeit solcher Risiken nicht. Vielmehr müssen unter Nachhaltigkeitsgesichtspunkten unabhängig davon auch ökologische und gesellschaftliche Gesichtspunkte als eigenständige Schutzgüter einfließen.

Die Frage, ob etwas passieren «darf», findet vor diesem Hintergrund im Recht folgende Antwort: Landschaftselemente sind ebenfalls Sachwerte (vgl. vorn 2.2.1). Sie sind jedenfalls da erheblich, wo sie vom Recht als schutzwürdiges oder subventionswürdiges Gut erkannt werden – sei dies im Landwirtschaftsrecht, im Waldrecht, im Gewässerschutzrecht, im Natur- und Landschaftsschutzrecht, im Fischereirecht oder in einem anderen Rechtsgebiet. Zum Schutz dieser naturräumlichen und kulturlandschaftlichen Werte und Systemleistungen ist das zu unternehmen, was von den Beteiligten (Bund, Staat Gemeinden, Private) vernünftigerweise verlangt werden kann. Ein solcher Schutz geht über das hinaus, was sich unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten aufdrängt. Das Interesse an einer insbesondere in landschaftsökologischer Hinsicht nachhaltigen Entwicklung deckt sich nach dieser Auffassung mit der Forderung nach einer ganzheitlichen, auf Koordination unter den Rechtsgebieten ausgerichteten Betrachtung⁶⁶.

3. Werden im Dienste der ökologischen Nachhaltigkeit echte Mehrleistungen geleistet, so können diese entsprechend den Finanzierungsgrundsätzen des Bundes bei Einzelprojekten mit Kosten > 1 Mio Fr. zusätzlich abgegolten werden.⁶⁷ Dasselbe gilt, wenn ein Projekt auf der Basis eines partizipativen Prozesses entstanden ist und die Betroffenen zu Beteiligten gemacht wurden. Damit wird auf die regional-soziale Komponente der Nachhaltigkeit Bezug genommen. Es muss offen gelegt werden, dass ein demokratischer Prozess auf dem Weg zum Ziel stattgefunden hat und die verschiedenen Projektziele ausgewogen erfüllt werden.⁶⁸

Die bevorzugte subventionsrechtliche Behandlung ist als Beitrag an die Umsetzung der departementseigenen und der bundesrätlichen Nachhaltigkeitsstrategie zu sehen, die sich jeweils auf Art. 2 und 73 BV abstützen.

⁶⁵ In der ökonomischen Theorie ist stark umstritten, ob überhaupt und wenn, wie solche Verluste unter Nachhaltigkeitsgesichtspunkten korrekt einkalkuliert werden können.

⁶⁶ Die Argumentation findet in diesem Sinne auch in Art. 3 Abs. 3 WBG eine Stütze.

⁶⁷ BAFU, Fachspezifische Erläuterungen zur Programmvereinbarung im Bereich Schutzbauten und Gefahregrundlagen, Handbuch NFA im Umweltbereich, Teil 3, S. 20 f. sowie Anhang 5 «Priorisierungsschema für Einzelprojekte» S. 36.

⁶⁸ BAFU, Fachspezifische Erläuterungen zur Programmvereinbarung im Bereich Schutzbauten und Gefahregrundlagen, Handbuch NFA im Umweltbereich, Teil 3, S. 22. sowie Anhang 5 «Priorisierungsschema für Einzelprojekte» S. 36.

-
4. Nicht allein die Höhe, auch die Häufigkeit von Ereignissen ist in die Beurteilung der Tragbarkeit einzubeziehen. Oberhalb einer minimalen Intensität verdienen aus rechtlicher Sicht kleinere aber entsprechend häufigere Ereignisse grundsätzlich dieselbe Beachtung wie seltene grössere Ereignisse. Unterschiede in der Beurteilung ergeben sich hingegen aus ihrer Gefährlichkeit für das betreffende Schutzgut. Nach den vorangehenden Bemerkungen zum Verhältnis von Staatsaufgaben und Eigenverantwortung (vorn 1.5.2 Punkt 3) ist es durchaus zulässig auch von den Privaten zumutbare Schutzanstrengungen zu verlangen. Im Recht wird bei reduzierter Gefährdung die Frage der Intensität des möglichen Schadens nicht als scharfer ja/nein-Entscheid betreffend die Tragbarkeit von Risiken behandelt, es ist ein fließender Übergang von der staatlichen zur Eigenverantwortung (mehr dazu hinten 2.4.1.3). Beurteilungsmassstab ist das Verhältnismässigkeitsprinzip

2.3 Steuerungsinstrumente des Bundes

Um seine strategischen Vorstellungen zum Tragen zu bringen hat der Bund mehrere Möglichkeiten.

2.3.1 Vorgaben für die kantonalen Gesetzgebungen und den kantonalen Vollzug

Föderalistische Dezentralisation der Aufgabenerfüllung führt tendenziell zur Rechtzersplitterung. Die einheitliche Anwendung des Bundesrechts soll aber gewährleistet werden. Verordnungen, Richtlinien, Empfehlungen und Kreisschreiben sind klassische Instrumente solcher Harmonisierungsbestrebungen. Damit wird auch der kantonale Ermessensspielraum eingeengt.

Insbesondere ist es dem Bund unbenommen, gestützt auf Art. 9 Abs. 5 und Art. 11 Abs. 1 WBG bzw. Art. 49 Abs. 3 WaG auf dem Verordnungsweg Präzisierungen der bundesrechtlichen Schutzanforderungen vorzunehmen. Mit der Einführung einer Schutzzielmatrix⁶⁹ weist der Weg tendenziell in Richtung schweizweit gültiger *Minimal-Sicherheitsstandards*. Dies ist unter Rechtsgleichheitsgesichtspunkten zweifellos zu begrüßen. Schwellenwerte vereinfachen vordergründig auch die administrative Handhabung. Trotzdem ist es nicht auszuschliessen, dass die allzu strikte Befolgung in der Umsetzung zu unrealistischen Konsequenzen führt. Solche können finanzieller oder raumordnungspolitischer Natur sein (hohe Kosten, Probleme der räumlichen Integration), es kann die Akzeptanz fehlen oder die Gefährdung ist nicht ausreichend wissenschaftlich prognostizierbar. Möglicherweise reicht ein Ausnahmekatalog aus um neue Spielräume zu öffnen. Man wird aber so oder so nicht um eine Rechtsfolgenabschätzung herum kommen.

Kantonale Freiräume erhöhen die Ansprüche an die Begründung. Dies betrifft insbesondere die Transparenz und die Schlüssigkeit der kantonalen Lösungen. Entsprechende Anforderungen können auch über indirektere Formen der Bundesaufsicht durchgesetzt werden, wie z. B. über die *Genehmigung von Richtplänen* (hinten 2.5.3).

2.3.2 Subventionierung

Im Rahmen der Subventionierung kann und soll auch die Zweckmässigkeit von Schutzanstrengungen überprüft werden (Art. 10 Abs. 1 Bst. a und 14 Abs. 1 SuG).

Subventionen richten sich nach der Gefährdung, bestimmt durch das Gefahren- und das Schadenpotenzial, und nach der Wirksamkeit der Massnahmen. Es gibt Gegenden, wo mit an sich einfachen baulichen Massnahmen grosse Wirkungen erzeugt werden können, während in anderen aktive Schutzmassnahmen sehr viel teurer zu stehen kommen. Deshalb ist auch die ökonomische *Bewertung von Schutzmassnahmen stets im Kontext*

⁶⁹ Vgl. dazu Empfehlung Raumplanung und Naturgefahren S. 19; Wegleitung Hochwasserschutz an Fliessgewässern S. 18 sowie vorn 2.2.4.2 a) bei Fussnote 51.

der möglichen Alternativen zu sehen. Hier sind auch weitere öffentliche Interessen massgeblich. Gewisse Anforderungen ergeben sich schon aus dem Waldgesetz und dem Wasserbaugesetz (z. B. Art. 4 Abs. 2 WBG). Darüber hinaus hat der Bund für die Einhaltung des Bundesrechts in seiner Gesamtheit zu sorgen. Dieses verlangt in zahlreichen Bestimmungen ein Abwägen der Interessen. Die Subventionsanforderungen sind darauf auszurichten. Der Bund hat jedenfalls die Pflicht, in den Programmvereinbarungen auf Einhaltung der einschlägigen Bestimmungen zu achten. Er muss die Subventionierung von entsprechenden Vorgehensweisen abhängig machen⁷⁰.

Programmvereinbarungen sind Verträge zwischen dem Bund und den Kantonen in denen Leistungs- und Qualitätsindikatoren zur Erfüllung der Vertragsziele vereinbart werden. Für die vereinbarten Schutzziele werden Globalbeiträge gesprochen. Dieses «Grundangebot» umfasst all jene Projekte, die Kosten unter 1 Mio. Fr. verursachen. Hier ist die Höhe des kantonalen Programmbeitrags nicht an die Höhe des Bundesbeitrags gebunden (Art. 20a Abs. 4 (neu[nfa] SuG), die Kantone können die Ausgestaltung der Anteile von Bund, Kanton und Gemeinden flexibel handhaben. Sie müssen jedoch im Controlling nachweisen, dass sie die Wirksamkeit von Projekten mit einem der Bundesstrategie entsprechenden Anreizsystem fördern.⁷¹

Inhaltlich weisen die Schutzziele auf dieser Ebene unvermeidlicherweise immer noch einen gewissen Abstraktionsgrad auf. Die Regelung muss für alle Arten von Projekten in den verschiedensten Raumsituationen anwendbar sein. Unabdingbar aber ist es, in den Vereinbarungen die Kriterien festzuhalten, an denen die Erfüllung des Schutzauftrags gemessen wird. Es geht nicht allein um den sachgerechten Mitteleinsatz, sondern auch darum, Rechtssicherheit und Rechtsgleichheit zu schaffen, und dies sowohl unter den Kantonen als auch innerkantonal. Der Bund ist verpflichtet, die einheitliche Handhabung wesentlicher Anliegen des Bundesrechts zu wahren. Was alles dazu zählt ergibt sich aus den Grundsätzen der involvierten Rechtsbereiche. Durch generelle Anforderungen an den zweckmässigen Einsatz von Förderungsmitteln kann der Bund also verhindern, dass die Konkretisierung des Schutzniveaus erst im einzelnen Projekt erfolgt. Das ist wichtig, denn trotz örtlich angepasster Praxis sollen die überörtlichen Belange gleich geregelt werden.

⁷⁰ Vgl. für den Bereich des Naturschutzes: Fachspezifische Erläuterungen zur Programmvereinbarung im Bereich Schutzbauten und Gefahregrundlagen, Handbuch NFA im Umweltbereich, Teil 3, A-10.

⁷¹ Fachspezifische Erläuterungen zur Programmvereinbarung im Bereich Schutzbauten und Gefahregrundlagen, Handbuch NFA im Umweltbereich, Teil 3, S. 7.

2.4 Umsetzung des Schutzauftrags

Die Massnahmenplanung ist der Kernauftrag der Kantone. Sie wird hier am Beispiel des Wasserbaurechts dargestellt, das den Kantonen mehr Spielraum gewährt als das Waldrecht. Die anzuwendenden Grundsätze lassen sich aber auch auf das Waldrecht übertragen.

2.4.1 Kantonale Massnahmenplanung

2.4.1.1 Abklärungspflichten und ihre Tragweite

Art. 15 WaV fordert die Kantone auf, Grundlagen für den Schutz vor Naturereignissen, insbesondere Gefahrenkataster und Gefahrenkarten, zu erarbeiten. Dabei sind die von den Fachstellen des Bundes durchgeführten Arbeiten und aufgestellten technischen Richtlinien zu berücksichtigen. Art. 16 der Waldverordnung (WaV) hält die Kantone ausserdem dazu an, Frühwarndienste zu errichten. Sie haben für den Aufbau sowie den Betrieb der dazugehörigen Messstellen und Informationssysteme zu sorgen.

Die Kantone vollziehen auch das WBG, soweit nicht der Bund dafür zuständig ist (Art. 12 Abs. 1 WBG). Sie führen Inventare über Bauten und Anlagen, welche für die Hochwassersicherheit von Bedeutung sind (Art. 27 Abs. 1 Bst. a WBV). Sie bezeichnen die Gefahrenggebiete (Art. 21 Abs. 1 WBV), führen Gefahrenkataster, erstellen Gefahrenkarten und führen sie periodisch nach (Art. 27 Abs. 1 Bst. b und c WBV). Auch hier haben sie die Richtlinien des Bundesamtes zu berücksichtigen (Art. 27 Abs. 2 und Art. 20 Bst. b WBV). Sie erheben den Zustand der Gewässer und ihre Veränderung (Art. 27 Abs. 1 Bst. d WBV) und sie legen den Raumbedarf der Gewässer fest, der für den Schutz vor Hochwasser und die Gewährleistung der natürlichen Funktionen des Gewässers erforderlich ist (Art. 21 Abs. 2 WBV). Ausserdem dokumentieren die Kantone grössere Schadenereignisse, richten die im Interesse des Hochwasserschutzes erforderlichen Messstellen ein und betreiben sie (Art. 27 Abs. 1 Bst. e und f WBV). Dabei berücksichtigen die vom Bund erhobenen Grundlagen und seine technischen Richtlinien und sie stellen die Daten den Fachstellen des Bundes zur Verfügung (Art. 27 Abs. 2 und 3 WBV).

Diese Informationen dienen der Umsetzung von Schutzmassnahmen im konkreten Raum. Die Darstellung der Risiken in Karte und Text entspricht dabei dem in der Raumplanung üblichen Vorgehen. Die Bearbeitungstiefe ist naturgemäss von den zur Verfügung stehenden Informationen abhängig, aber auch davon, in welches Verfahren die Untersuchungsergebnisse jeweils einfliessen sollen. Der notwendige Auflösungsgrad ergibt sich dabei aus der Funktion der einzelnen Verfahrensschritte. In diesem Sinne unterscheidet man Gefahrenggebiete, Gefahrenhinweiskarten, Gefahrenkataster, Risikokataster und eigentliche Gefahrenkarten sowie Inventare über gefährdete Bauten und Anlagen. *Diese Grundlagen zeigen die Konflikte, sie können als solche die Massnahmen, die ergriffen werden sollen, nicht präjudizieren.* Es kann sein, dass wald- oder wasserbauliche Massnahmen ergriffen werden, es kann aber auch sein, dass das Gebiet mit Nutzungseinschränkungen belegt wird. Die Erhebungen sind jedoch massgeblich

für die Beurteilung des Gefährdungsgrades an einem konkreten Ort. Der Gefährdungsgrad wiederum ist ausschlaggebend für die Schutzpflicht der kantonalen Behörden.

Was konkret zu tun ist, muss in einem Planverfahren entschieden werden. Wo der Planungsentscheid noch aussteht, müssen allenfalls aus polizeilichen Gründen Anordnungen getroffen und Bewilligungen verweigert werden (vgl. hinten 3.1.4). *Auch da, wo noch keine Gefahrenkarte vorliegt, sind Gefährdungen durch Naturgefahren in die Raumplanung und die baurechtlichen Entscheide einzubeziehen.* Es genügt, dass es ausreichend Hinweise für eine Gefährdung gibt. Die kantonalen Behörden haben die Pflicht, die für die Gefahrenerkennung notwendige Infrastruktur zu schaffen⁷².

Bis zur endgültigen Planfestsetzung haben die Baubehörden mit den vorhandenen *baurechtlichen Instrumenten* (z. B. Anforderungen an Baubewilligungen, baupolizeilicher Baustopp, Planungszonen) *dafür zu sorgen, dass keine nicht wieder rückgängig zu machende Sachverhalte geschaffen werden.* Wenn die vorhandenen Unterlagen nicht ausreichen, müssen entsprechende Grundlagen ausgearbeitet werden. Ergänzende Unterlagen können allenfalls von der Bauherrschaft selbst verlangt werden. Das gilt nicht nur für UVP-pflichtige Bauten. Es ist normalerweise Sache des Gesuchstellers, die Unterlagen beizubringen, aus denen hervorgeht, dass die Voraussetzungen für die Erteilung einer Bewilligung gegeben sind. Die kantonalen und kommunalen Bau- und Planungsrechte enthalten regelmässig entsprechende Rechtsgrundlagen.

2.4.1.2 Ausführungs- und Konkretisierungsauftrag der Kantone

Nach Art. 2 WBG ist der Hochwasserschutz «Aufgabe der Kantone». Nach Art. 12 vollziehen sie das WBG, «soweit nicht der Bund dafür zuständig ist» und sie erlassen die dazu «erforderlichen» Vorschriften. Dabei gilt eine klare Prioritätenregel: Die Kantone gewährleisten den Hochwasserschutz in erster Linie durch den Unterhalt der Gewässer und durch raumplanerische Massnahmen. Nur wo dies nicht ausreicht, müssen aktive Schutzmassnahmen ergriffen werden (Art. 3 Abs. 2 WBG). Dabei sind Massnahmen, die ein hohes Schadenpotential rasch und wirksam mindern, zu bevorzugen, wobei auch die Bedeutung des Schutzobjekts mit massgeblich ist (Art. 2 WBV). Soweit der Vollzug es erfordert, können die Kantone die notwendigen Eigentumsrechte enteignen oder diese Befugnis Dritten übertragen (Art. 17 Abs. 1 WBG)

Nach Art. 50 WaG sind die Kantone auch für den Vollzug zuständig, wenn es um den Schutz vor Lawinen, Erdbeben, Erosion und Steinschlag geht. Die Sicherung der Gefahrengebiete umfasst waldbauliche Massnahmen sowie die in Art. 17 Abs. 1 Bst. b–f WaV aufgeführten baulichen Massnahmen. Wo Verbauungen nötig sind, sollen sie wenn möglich mit ingenieurbioologischen und waldbaulichen Massnahmen kombiniert werden (Art. 17 Abs. 2 WaV). Die Kantone haben für eine integrale Massnahmenplanung zu sorgen, die Natur- und Heimatschutz, Wasserbau, Landwirtschaft und Raumplanung mit einschliesst (Art. 17 Abs. 3 WaV, vgl. vorn 2.1.1.1 und 2.1.2).

⁷² Vgl. auch BGer-Entscheid 4C.45/2005 (Strasse Täsch-Zermatt) E. 4.2.1.

Die Verantwortung für den Naturgefahrenschutz liegt demnach bei den Kantonen. Der Einsatz von raumplanerischen Mitteln ist der «Normalfall». Diese Form der Umsetzung ist aus Rechtssicherheitsgründen dringlich, muss aber koordiniert werden und benötigt ein planerisches Verfahren nach den Vorgaben des Raumplanungsrechts. Von der Logik der gesetzlichen Ordnung her ist daher zuerst eine konzeptionelle Koordination zu suchen und erst dann im Detail zu projektieren. Dabei stösst man ablaufsmässig auf folgende Schwierigkeit:

1. Die Mittel, mit denen man der Gefahr begegnet, beeinflussen das Risiko. Das ist ihr Ziel. Schutzbauten reduzieren den Gefahrenbereich. Die Risikoanalysen müssen daher im Laufe der Massnahmenplanung mit Blick auf eben diese Massnahmen angepasst werden. Das verändert die räumliche Situation, die der räumlichen Planung zugrunde liegt. Der Vergleich von Gefährdung ohne und Gefährdung mit Massnahmen ist insbesondere im Hinblick auf die Zweckmässigkeit bei der Wahl unter verschiedenen Massnahmen wichtig (Ziel-Mittel-Relation).
2. Die Weiterführung der Gefahrenkarte wird so selbst zu einem Teil der Planung. Dasselbe gilt für die Bestimmung des Raumbedarfs von Gewässern. Planung und Projektierung bilden daher zwangsläufig ein Ganzes. Indem die Gefahrenkarte Teil der Planung wird, ist sie nicht nur von wasser- oder waldbaulichen, sondern auch von weiteren, insbesondere raumplanerischen Schutzzielen abhängig. Der dem Gewässer zugestandene Raum, die daraus resultierende Gefährdungssituation und die darauf abgestimmten Schutzmassnahmen sind das Ergebnis eines Kompromisses, nämlich der Auseinandersetzung mit den auftretenden Raumkonflikten.
3. Damit wird die Frage wichtig, in welchem Verhältnis die verschiedenen räumlichen Zielsetzungen – jene des Hochwasserschutzes verglichen mit allen anderen – zu einander stehen. Vermutlich würde die Gemeinde anders entscheiden als der Kanton und nochmals anders ist die Sichtweise des Bundes.

Hierzu ist festzuhalten, dass es im Schutz vor Naturgefahren bei der Frage nach dem Stellenwert der Schutzgüter um eine bundesrechtliche Fragestellung geht. Kriterien wie die Tragbarkeit von Risiken sollten auf Bundesebene einheitlich beurteilt werden (dazu vorn 2.2.2). Demgegenüber haben die Kantone und Gemeinden vor allem da eigene Spielräume, wo es um die räumliche Entwicklung geht. Konkret heisst dies: Die Pflicht zum Schutz gegen Naturgefahren beurteilt sich nach den bundesrechtlichen Kriterien der einschlägigen Gesetzgebung. Die Massnahmenplanung aber, d.h. die Frage, *mit welchen Mitteln* dieser Schutzpflicht im realen Raum nachzukommen ist (planungsrechtliche Nutzungseinschränkungen, bauliche Massnahmen, Objektschutz oder andere?), ist demgegenüber aufgrund einer umfassenden Güterabwägung in einem Planungsprozess zu beurteilen. Es ergibt sich:

- > Im Sinne einer rechtsgleichen Anwendung ist es sachdienlich, wenn die für die Praxis der Kantone gültigen Richtlinien die Schutzziele der Gefahrenvorsorge präzisieren. Das betrifft insbesondere das Schutzniveau. *Dabei kann, was heute nicht der Fall ist, auch nach Nutzungskategorien unterschieden werden* (Siedlung, Anlagen mit Störpotenzial, Landwirtschaft, Verkehrsträger usw.). Art und Verletzlichkeit der

gefährdeten Objekte spielen eine wesentliche Rolle sowohl bei der Definition der Schutzziele wie auch für die Festlegung von Schutzmassnahmen.

- > An die planerische Güterabwägung sind Anforderungen zu stellen, die nicht nur die Rechtmässigkeit, sondern auch die Zweckmässigkeit der Planung betreffen, da es sich um Massnahmen handelt, die subventionsberechtigt sind. Nach Art. 6 Abs. 2 WBG (bisher) bzw. Art. 9 Abs. 1 WBG (neu[nfa]) werden Abgeltungen nur gewährt, wenn die vorgesehenen Massnahmen auf einer zweckmässigen Planung beruhen und die gesetzlichen Anforderungen erfüllen. Nach Art. 14 Abs. 1 SuG sind nur solche Aufwendungen anrechenbar, die für die zweckmässige Erfüllung der Aufgabe unbedingt erforderlich sind. Im Wasserbau ruft dies nach einem überzeugenden Konzept, das den Verlauf und die Wirkungen eines Ereignisses integral über das gesamte potenziell betroffene Gebiet hinweg betrachtet.
- > Insbesondere im noch nicht unüberbauten Gebiet ist die bundesrechtliche Regel, wonach raumplanerische Massnahmen den baulichen grundsätzlich vorzuziehen und allfällige Eingriffe mit Renaturierungen zu verbinden sind, *zwingend zu beachten* (Art. 4 Abs. 2 in Verbindung mit Abs. 3 WBG) Abweichungen sind entsprechend zu begründen. Auch dies verlangt eine überzeugende Projektierung.
- > Das wiederum bedeutet, dass die Gemeinden des Einzugsgebiets eines Gewässers zur Zusammenarbeit verpflichtet sind und rein innergemeindliche Planungen die Ausnahme bilden. Es geht nicht an, dass Gemeindeversammlungen sich gegenseitig blockieren. *Der Kanton muss diese Zusammenarbeit durch entsprechende Verfahrensvorschriften gewährleisten* oder aber sich selbst für die Planung zuständig erklären.
- > Nach einem Ereignis stehen die Beteiligten unter hohem Zeitdruck. Es ist nicht zu erwarten, dass unter solchen Voraussetzungen die Abklärungen und Planungen mit hoher Sorgfalt durchgeführt werden können⁷³. Hierfür muss die nötige Zeit zur Verfügung stehen. Damit geraten die Behörden in eine unangenehme Zwangslage. Wird schnell und «unbürokratisch» für eine Wiederherstellung des Schutzes gesorgt, besteht die Gefahr, dass *unzweckmässige Lösungen perpetuiert werden*. Solche sind aber nicht subventionsfähig (Art. 10 Abs. 1 Bst. a SuG, Art. 9 Abs. 1 WBG (neu[nfa])).

Müssen für die Projektierung erst Grundlagen wie Gefahrenkarten erstellt werden und schliesst sich daran noch eine anspruchsvolle Planungsphase an, dann bedeutet dies, dass die Überbaubarkeit in gewissen Gebieten längere Zeit, nämlich bis zur endgültigen Planfestsetzung, in der Schwebe bleiben muss – eine für die vom Ereignis Betroffenen unhaltbare Situation. Die Kantone müssen alles daran setzen um die Zeit der Rechtsunsicherheit abzukürzen. Deshalb müssen vorausschauend bereits überbaute Gebiete im Nahbereich von Gewässern im Hinblick auf künftig denkbare Ereignisse überprüft werden und es sind die entsprechenden Konsequenzen daraus zu ziehen. *Dem Bund ist es jedenfalls nicht möglich, unter dem Aspekt der Zweckmässigkeit und der planerischen Koordination fragwürdige Projekte unterstützen.*

⁷³ Der Vergleich der bislang geltenden Gesuchsanforderungen nach Art. 3 Abs. 1 und Abs. 2 WBV (alt) bringt dies deutlich zum Ausdruck.

2.4.1.3 Rolle der nicht raumplanerischen Massnahmen

Indem das Gesetz die Raumplanung priorisiert ist auch die Teilung der Verantwortlichkeit vorgezeichnet: Hochwasserschutz ist primär eine Frage der Ausgestaltung der Nutzungsmöglichkeiten. Die Schutzmassnahmen sind somit zunächst nicht physischer (Schutzbauten), sondern normativer Natur: Der Staat kann seiner Schutzpflicht durch den Erlass entsprechender raumwirksamer Normen nachkommen, ja das soll sogar die Regel sein. Betrachtet man die Massnahmenpalette etwas näher, so zeigt sich allerdings, dass die Verantwortlichkeit zwischen dem Staat und den Privaten aufgeteilt ist.

Man kann für den zunehmenden Einbezug der Eigenverantwortung das in Tabelle 1 dargestellte Gefälle ausmachen (Wasserbaurecht). Die Tabelle zeigt, dass die geltende rechtliche Regelung exakt von der Schnittstelle zwischen staatlicher und privater raumwirksamer Tätigkeit ausgeht. Raumplanerische Massnahmen zeichnen sich dadurch aus, dass sie die Rahmennutzung vorgeben, die Planverwirklichung aber durch die Privaten geschieht.

Tab. 1 > Eigenverantwortlichkeit in Beziehung zum Massnahmentyp

Massnahmentyp	Rechtliche Anforderungen	Verantwortlichkeit	
Schutzbauten Eingriffe in Gewässer	«reicht dies nicht aus» (Art. 3 Abs. 2 WBG)	von Kantonen/Gemeinden zu projektieren und auszuführen	Zunehmende Eigenverantwortlichkeit ↓
Raumplanung	PRIORITÄR (Art. 3 Abs. 1 WBG)	Staatliche Rahmenbedingungen öffentliche/private Bautätigkeit	
technisch-bauliche Objektschutz-Massnahmen betriebliche Massnahmen Versicherungen	Grundrechtskonformität	Verantwortung der Eigentümer (Gemeinwesen oder Private)	
Frühwarnung, Alarmorganisation	Rechtsgrundlagen in- und ausser- halb des WBG und WaG	Gemeinwesen	

Sollen andere als raumplanerische Massnahmen ergriffen werden, bedarf dies nach Art. 3 Abs. 3 WBG einer besonderen Begründung, aus der hervorgeht, wie die Massnahmen mit jenen aus anderen Bereichen *gesamthaft und in ihrem Zusammenwirken* beurteilt werden.

Theoretisch wäre es ja denkbar, dass die Schutzziele im Bereich Naturgefahren schon allein mit raumplanerischen Massnahmen (z. B. mit Bauverboten) erfüllt werden könnten. Wann das im Sinne von Art. 3 Abs. 2 WBG nicht ausreicht ist nicht eine Frage dessen, was überhaupt möglich ist, sondern es betrifft eine Rechtsfrage, insbesondere: Wann entspricht die raumplanerische Lösung nicht mehr dem, was unter Einbezug aller Aspekte als zulässig und angemessen betrachtet werden kann?

Wie erwähnt kann auf der anderen Seite auch von den Privaten verlangt werden, zumutbare Schutzanstrengungen eigenverantwortlich vorzunehmen. Anforderungen an die Eigenverantwortlichkeit müssen sich aber auf den Einflussbereich der Grundeigentümer konzentrieren. Sie können grundsätzlich die Parzellengrenze nicht überschreiten. Es handelt sich im Wesentlichen um verhältnismässige bauliche oder betriebliche Massnahmen sowie um Versicherungslösungen.

a) Schutzbauten und Gewässereingriffe

Raumplanerische Massnahmen reichen dann «nicht aus», wenn sie zu einer Nutzungsverteilung führen würden, die so nicht akzeptiert werden kann. Erfüllt sein müssen namentlich die rechtlichen Anforderungen an die Interessenabwägung (Beizug aller involvierten öffentlichen und privaten Interessen) und jene an die Verhältnismässigkeit. Wird aber in den Verlauf der Gewässer eingegriffen, dann liegt darin eine raumwirksame Tätigkeit, die wegen ihrer Auswirkungen eine Planung erfordert. Massgeblich sind die Planungsgrundsätze des Raumplanungsrechts (Art. 1 und 3 RPG) und die Anforderungen des Wasserbaurechts (Art. 4 WBG) sowie des Gewässerschutzrechts, aber auch aller übrigen relevanten Gesetzgebungen. Die Akteure und die Bevölkerung (Art. 4 Abs. 2 RPG) sind in die Planung einzubeziehen. Voraussetzung für Abgeltungen durch den Bund ist nicht allein das Erfüllen der gesetzlichen Anforderungen, sondern auch eine zweckmässige Planung⁷⁴. Der Bund kann deshalb nicht nur eine Rechtmässigkeitskontrolle, sondern auch eine solche der Zweckmässigkeit durchführen.

Das überwiegende öffentliche Interesse ist zunächst unabhängig von der Finanzierbarkeit zu ermitteln. Die Planung soll sich an sachlich-räumlichen Kriterien orientieren⁷⁵. Die Kosten haben indessen trotzdem eine Bedeutung. Einerseits ist die Wahl der Schutzmassnahme, soweit sie im Rahmen der Leistungsverwaltung mit öffentlichen Mitteln erbracht wird, Teil der Beurteilung der Verhältnismässigkeit (vorn 1.5.1 Punkt 8) und andererseits darf die Gesamtsumme der Subventionen die bewilligte Kreditsumme nicht übersteigen, was eine zeitliche Staffelung der anstehenden Projekte nötig macht. Angesichts der knappen finanziellen Mittel des Staates ist es zulässig, hier im Sinne des besten Einsatzes der Geldressourcen die Wirtschaftlichkeit (Kosten/Nutzen-Verhältnis) als ein wichtiges Kriterium festzusetzen, allerdings nicht als allein massgebliches Kriterium. Weil die Priorität von Gesetzes wegen auf raumplanerischen Gesichtspunkten liegt, müssen planerische Gesichtspunkte entsprechend ihrer Bedeutung auch in den Subventionsentscheid einfließen. Subventionen sind als raumwirksame Aufgaben anzusehen, die mit anderen raumwirksamen Aufgaben abzustimmen sind⁷⁶.

Das kann ausschlaggebend sein, wenn wichtige Lebensfunktionen betroffen sind, die unabhängig von der Wirtschaftlichkeit schützenswert sind. Dazu gehört der Schutzwald, dazu gehören die ökologischen Funktionen von Gewässern aber auch Biotope,

⁷⁴ Art. 6 Abs. 2 WBG (alt) bzw. Art. 9 Abs. 1 WBG (neu[nfa]), vgl. vorn Seite 53.

⁷⁵ Zum Verhältnis von Planungspflicht, Planungsergebnis und Finanzierbarkeit vgl. BGE 118 Ia 165 E. 3c.

⁷⁶ Vgl. vorn Seite 32.

ökologische Ausgleichsflächen, Landschaftsschutzgebiete und qualitativ hochwertiges Kulturland. Zu klären ist, ob allenfalls die Voraussetzungen für Strukturverbesserungsbeiträge nach Landwirtschaftsrecht gegeben sind. All dies ist Teil einer vernetzten Strategie. Deshalb verdienen besonders gut koordinierte Projekte wegen der damit verbundenen Synergien – woraus ein besonders hohes Interesse abgeleitet werden kann – den Vorzug und spezielle Unterstützung.

b) Objektschutz

Massnahmen die am Objekt ansetzen übertragen die Last der Kostentragung den Eigentümern. Das muss im Sinne der Verhältnismässigkeit zumutbar sein. Zumeist wird es darum gehen, Nutzungen trotz einer gewissen Gefährdung noch zu ermöglichen. Daran haben die Privaten regelmässig ein Eigeninteresse. Die Kostenbeteiligung der Privaten rechtfertigt sich aus der Überlegung, dass jeder Grundeigentümer grundsätzlich die Vor- und Nachteile, die sich aus seinem Eigentum ergeben, selbst zu tragen hat. Für Objektschutzmassnahmen braucht es keine zeitliche Staffelung, wohl aber eine Koordination mit der übrigen Gefahrenschutzplanung. Es wäre unverhältnismässig, kostspielige Objektschutzmassnahmen zu verlangen, wenn sie in absehbare Zeit durch die Realisierung eines Wasserbauvorhabens oder aufgrund von anderen planerischen Umständen obsolet würden.

c) Versicherungspflicht

Die Strategie des integralen Risikomanagements setzt über diese Massnahmen hinaus die Bereiche Intervention und Wiederinstandstellung der Prävention als gleichwertig gegenüber. Das bedeutet, dass man sich unter Umständen mit einer guten Einsatzplanung begnügt und gewisse Schäden in Kauf nimmt. Für Solidarität und gerechte Lastenverteilung sorgt hier die in den meisten Kantonen bestehende Versicherungspflicht. Die Versicherungspflicht soll somit die Auswirkungen des Restrisikos begrenzen helfen. Die Versicherungspflicht spielt in allen Massnahmenbereichen, wenn sich erweist, dass der präventive Schutz nicht ausreicht. Zum Restrisiko gehören eben nicht nur Risiken mit so geringem zu erwartendem Schadensausmass, dass man gar nichts unternimmt, oder Grossrisiken, die so selten sind, dass sie nicht in die Schutzmassnahmenplanung Eingang finden. Auch durchschnittliche Risiken zählen dazu, wenn sich erweist, dass die ergriffenen Schutzmassnahmen im konkreten Ereignisfall nicht ausreichen. Diese Sichtweise hat im Schutz vor Naturgefahren Tradition und ist auch im Ausland gebräuchlich. Sie basiert auf dem Wissen darum, dass physischer Schutz an Grenzen stösst, die Effekte im Einzelfall aber verheerend sein können.

Wenn die Kantone Versicherungen als obligatorisch erklären, so ergreifen sie damit zwar nicht Massnahmen zum Schutz der Bürger vor Naturgefahren, wohl aber vor den finanziellen Folgen von solchen Ereignissen. Man kann sagen, dass Kantone mit Versicherungsobligatorium den Schutz des Staates über die bundesrechtliche Schutzpflicht hinaus ausweiten. Das ist aber nur bedingt richtig. Tendenziell bedeutet Versicherungspflicht auch, dass zu Lasten einer höheren Versicherungsprämie Objektschutz und Nutzungsrestriktionen geringer gehalten werden können. Wo dies der Fall ist, verhalten sich die Kantone durchaus nach den Grundsätzen des integralen Risikomanagements:

Die Wiederherstellung wird der Prävention als Möglichkeit gleichgestellt. Die Anforderungen des Verhältnismässigkeitsprinzips bleiben insofern gewahrt, als ohne die Versicherungspflicht die Nutzungsmöglichkeiten entsprechend eingeschränkt werden müssten. Faktisch aber bedeutet dies, dass das Schadenpotenzial höher wird.

Der Bund hat dafür zu sorgen, dass raumplanerische Massnahmen prioritär bleiben. Das ergibt sich aus dem Auftrag des Wasserbaugesetzes. Für die Aufsichtsorgane des Bundes bedeutet dies, dass sie sich überlegen müssen, welches Sicherheitsniveau nicht unterschritten werden soll und darf, auch im Hinblick darauf, dass das Schadenpotenzial nicht weiter zunehmen soll.

2.4.1.4 Raumplanerische Massnahmen

Ergänzend zu Art. 3 Abs. 1 WBG hält Art. 6 Abs. 2 Bst. c RPG fest, dass die Feststellung, welche Gebiete durch Naturgefahren oder schädliche Einwirkungen erheblich bedroht sind, zur ordnungsgemässen Erarbeitung der Grundlagen für den Richtplan gehört. Dies muss bei der Ausscheidung von Bauland berücksichtigt werden, weil gemäss Art. 15 RPG nur solches Land als Bauland ausgeschieden werden darf, das sich für die Überbauung eignet⁷⁷.

Problematisch aus Sicht des Schutzauftrags und der Subventionierung ist insbesondere die Festlegung der Grenze, wann im Sinne von Art. 3 Abs. 2 WBG raumplanerische Massnahmen «nicht ausreichen», wann also an die Stelle von Bauzonenbegrenzungen bauliche Schutzmassnahmen und Eingriffe in Gewässer treten sollen. Die hohe Unbestimmtheit der rechtlichen Regelung öffnet erhebliche Interpretationsspielräume. Immerhin können einige Eckpunkte aufgezeigt werden:

1. Es ist von der gegebenen räumlichen Situation auszugehen. Für die Notwendigkeit von Massnahmen muss der Raumbedarf der Gewässer bestimmt werden. Dabei ist nicht nur festzulegen, was für den Hochwasserschutz erforderlich ist, sondern auch, was nötig ist um die natürlichen Funktionen der Gewässer zu gewährleisten (Art. 21 Abs. 2 WBV).
2. Die raumplanerischen Massnahmen sollen dafür sorgen, dass den Gewässern der notwendige Raum zur Verfügung gestellt wird. Sie legen Nutzungsart und Nutzungsweise fest, sie können die Anordnung von Bauten betreffen und (im Sinne von Art. 4 WBG) weitere Anforderungen stellen. Es sind auch die weiteren Bedürfnisse der Raumentwicklung einzubeziehen.
3. Raumplanerische Massnahmen müssen an die vorhandene Siedlungsstruktur anknüpfen. Wo erhebliche Sachwerte (Bauten und Anlagen) bereits vorhanden sind, sind diese nach Möglichkeit zu schützen, wo nötig mit Verbauungen, Korrekturen, Rückhalteanlagen usw. Es kann aber sein, dass dies wegen der Verschärfung der Hochwassergefährdung nicht überall möglich ist. In solchen Fällen wird man dafür

⁷⁷ Viviane Sobotich, Staatshaftung aus Kontrolltätigkeit im Baurecht, Diss. Zürich 2000 S. 118; Beatrice Weber-Dürler, Die Staatshaftung im Bauwesen, ZBl 98/1997 S. 385 ff., S. 389 f.; Tamara Nüssle, Demokratie in der Nutzungsplanung und Grenzen für informale Absprachen, Diss. Freiburg 2005 S. 252 f.

sorgen müssen, dass sich das Schadenpotenzial nicht weiter vergrössert. Hierfür dürfen Auszonungen nicht tabu sein.

4. Allerdings prallt die Vorschrift, dass der Schutz primär mit raumplanerischen Massnahmen zu gewährleisten ist, auf bestehende Rechtspositionen der Grundeigentümer. An bauliche Nutzungsbeschränkungen oder gar Rückzonungen sind Anforderungen zu stellen, die sich aus der eigentumsrechtlichen Ordnung ergeben. Für das bereits überbaute Gebiet gestattet Art. 4 Abs. 3 WBG ein Abweichen vom in Absatz 2 der Bestimmung errichteten Renaturierungsgebot. Das impliziert, dass gewässerökologische Gründe unter Umständen den Grundeigentümerinteressen hintangestellt werden können. Trotzdem kann es sich im Einzelfall als unumgänglich erweisen, bestehende Bauzonen in Nichtbauzonen auszunutzen. Die sich daraus ergebenden entschädigungsrechtlichen Konsequenzen sind noch näher zu betrachten (vgl. Teil 3).
5. Für die Subventionierung ist entscheidend, dass sich die verlangten Abgeltungen an den Grundsätzen des Wasserbau- bzw. der Waldrechts ausrichten. Zwar mag es sein, dass Schutzbauten aus anderen Gründen wünschbar wären, doch ist diesfalls eine Subventionierung auf der Basis der Wasserbau- bzw. Waldgesetzgebung nicht möglich. Keine Abgeltungen werden gewährt an Massnahmen zum Schutz von Bauten und Anlagen, die in ausgeschiedenen Gefahrenzonen oder bekannten Gefahrengebieten erstellt wurden sowie an Massnahmen zum Schutz von touristischen Bauten und Anlagen, wie Seilbahnen, Skilifte, Skipisten und Wanderwege, ausserhalb des Siedlungsgebietes (Art. 2 Abs. 4 WBV (neu[nfa]), Art. 40 Abs. 4 WaV (neu[nfa])).
6. Nach Art. 39 WaV (neu[nfa]) werden Abgeltungen und Finanzhilfen nur gewährt, wenn die Massnahmen im öffentlichen Interesse notwendig sind, auf einer zweckmässigen Planung beruhen, den technischen, wirtschaftlichen und ökologischen Anforderungen genügen und die übrigen Voraussetzungen des Bundesrechts erfüllt sind. Sodann müssen die Massnahmen mit den öffentlichen Interessen aus anderen Sachbereichen koordiniert sein und der weitere Unterhalt ist zu sichern. Für das Wasserbaurecht ergeben sich analoge Anforderungen aus Art. 1 WBV (neu[nfa]). Dies verlangt nach einer differenzierten Festlegung der Schutzziele und einer Betrachtungsweise, die in der Regel über den engeren Gewässerraum hinausgeht⁷⁸.
7. Auch nach den Empfehlungen des Bundes sollen Hochwasserschutzkonzepte auf einer Differenzierung der Schutzziele aufbauen. Dabei sind hohe Sachwerte besser zu schützen als niedrige und Rückhalteräume sollen wo immer möglich erhalten oder wiederhergestellt werden. Alle Massnahmen sind im Rahmen einer Interessenabwägung auf ihre Verhältnismässigkeit zu prüfen. Dabei sollen die Massnahmen der Raumplanung *eine der Gefährdung angepasste Nutzung* sicherstellen⁷⁹.

⁷⁸ Vgl. Kanton Luzern, Hochwasserschutz und integraler Gewässerschutz: Strategiebericht, Fassung Mai 2003, S. 12.

⁷⁹ Berücksichtigung von Hochwassergefahren bei raumwirksamen Tätigkeiten S. 5, 26 ff.; Wegleitung Hochwasserschutz an Fließgewässern S. 10, 26, 50; Empfehlung Raumplanung und Naturgefahren S. 7.

8. In diesem Kontext ist im Rahmen der Richtplanung für die notwendige Koordination zu sorgen (Art. 8 Bst. a in Verbindung mit Art. 6 Abs. 2 Bst. c RPG). Hierfür dienen Anweisungen zum weiteren Vorgehen und grobe, nicht differenzierte Abgrenzungen der Gefahrengebiete⁸⁰. Insbesondere aber soll der Richtplan für die planenden Gemeinwesen verbindliche Vorgaben für die Ausübung ihres Planungsermessens enthalten⁸¹. Die Nutzungsplanung hat demgegenüber die Konsequenzen, die sich aus der Gefahrenkarte für die Nutzung ergeben, aufzuzeigen. Nach den Empfehlungen soll dies parzellengenau in 3 Stufen geschehen (erhebliche, mittlere und geringe Gefährdung), mit dazugehörigen Aussagen für die Nutzung. Entsprechende Aussagen sollten sich nicht auf das Baugebiet beschränken, sondern sich auch auf das Landwirtschaftsgebiet erstrecken⁸². Dies kann auch in einem gesonderten Erlass, z. B. in einem kantonalen Wasserbaugesetz, geregelt werden.
9. Die örtlich differenzierten Schutzziele sind in ein räumliches Konzept einzubinden, das dem natürlichen Geschehen angepasst wird. Werden Entscheidungen auf der Basis eines grossräumig überzeugenden Konzepts getroffen, so sind sie ihres technischen Charakters wegen, aber auch weil sie in einem Planungsverfahren unter Mitwirkung der Bevölkerung zustande kommen, in hohem Masse gegen Versuche, sie auf rechtllichem Wege zu Fall zu bringen, immun⁸³. Voraussetzung ist, um es nochmals zu betonen, dass die berührten Interessen hinreichend sorgfältig gegeneinander abgewogen, die wesentlichen Gesichtspunkte geprüft und die erforderlichen Abklärungen umfassend vorgenommen wurden.

2.4.2 Stellung des Bundes in der Umsetzung (Hinweise)

2.4.2.1 Richtlinien als Vollzugsinstrument

Das BAFU hat den Auftrag, Richtlinien zu erlassen

- > (nach Waldrecht) über die technischen, wirtschaftlichen und ökologischen Anforderungen an subventionierte Projekte und Massnahmen zum Schutz von Menschen und erheblichen Sachwerten (Art. 39 Abs. 3 WaV (alt) bzw. 39 Abs. 2 WaV (neu[nfa]))
- > (nach Wasserbaurecht) über «namentlich» die Anforderungen an den Hochwasserschutz, die Massnahmen des Hochwasserschutzes, die Renaturalisierung von Gewässern sowie die Erstellung der Gefahrenkataster und -karten und der Abrechnung über die Abgeltungen und Finanzhilfen (Art. 20 WBV, vgl. auch Art. 13 Abs. 4 WBG).

Diese Richtlinien sind als Auftrag zur Konkretisierung der Ausführungsbestimmungen zu sehen. Richtlinien dienen den mit der Gesetzesanwendung betrauten Behörden dazu,

⁸⁰ Empfehlung Raumplanung und Naturgefahren S. 23.

⁸¹ Empfehlung Raumplanung und Naturgefahren S. 22.

⁸² Vgl. im Einzelnen Empfehlung Raumplanung und Naturgefahren S. 23 ff.)

⁸³ Erwin Hepperle, Rechtsfragen rund um die Raumsicherung, in: pusch, Thema Umwelt 1/2001 «Raumsicherung für Fliessgewässer», S. 14–16.

die einschlägigen Bestimmungen rechtsgleich und anhand sachgemässer Kriterien anzuwenden. Es sind keine Rechtssätze; sie sollen weder schematisch angewendet werden noch eine dem Einzelfall angepasste und gerecht werdende Auslegung des Bundesrechtes verunmöglichen oder erschweren⁸⁴. Den Richtlinien kommt überall da besonders hohes Gewicht zu, wo es um technische oder methodische Fragestellungen geht.

In der Raumplanung dagegen muss sich der Bund entsprechend der raumplanerischen Grundordnung auf das Festlegen von Grundsätzen zurückziehen. Was darüber hinaus geht, muss entsprechend dem raumplanerischen Stufenbau im Rahmen der Kompetenzordnung in die Form eines Konzeptes oder eines Sachplans gebracht werden (Art. 13 RPG). Das erfordert eine entsprechende Planung.

2.4.2.2 Bundesaufsicht

Nach Waldgesetz beaufsichtigt der Bund den Vollzug dieses Gesetzes und vollzieht die ihm durch das Gesetz direkt übertragenen Aufgaben (Art. 49 WaG). Er kann zur Erforschung und Entwicklung von Massnahmen Arbeiten in Auftrag geben oder solche mit Finanzhilfen unterstützen (Art. 31 Abs. 1 Bst. c WaG).

Nach dem Wasserbaugesetz beaufsichtigt der Bundesrat den kantonalen Vollzug dieses Gesetzes (Art. 11 Abs. 2 WBG). Die Aufsichtsfunktion hat dieser dem BAFU übertragen (Art. 12 Abs. 2 Bst. c OV-UVEK, Art. 3 Abs. 1 WBV (alt) bzw. Art. 4–7 und 9,10 WBV (neu[nfa])).

Der Bund kann im Wesentlichen über die Stellungnahme zu Projekten, über die Bindung von Subventionen an bestimmte Bedingungen und Auflagen aber auch über die Genehmigung von Richtplänen Einfluss auf die korrekte Erfüllung des Auftrags nehmen. Es steht auch nichts dagegen, im Rahmen einer Anpassung der Verordnungen die gesetzlichen Anforderungen aufgrund der bisher gemachten Erfahrungen zu konkretisieren. Die Aufsicht darf sich jedenfalls nicht nur auf die Finanzierung beziehen, sie muss auch Inhalte betreffen.

- > Die Bestimmungen über die **Stellungnahmen** stehen gesetzessystematisch im Abschnitt über die Aufsicht des Bundes. Damit ist klargestellt, dass die Stellungnahme als Aufsichtsinstrument dienen soll. Das BAFU kann nicht nur, es soll auch direkt Einfluss darauf nehmen, wie die Subventionen verwendet werden. Die Kantone haben dementsprechend umfangreiche Projektunterlagen einzureichen (Art. 17 WBV).
- > Nach dem geltenden Recht wäre bei kleineren Projekten im Rahmen der Subventionierung immerhin eine nachträgliche Kontrolle möglich. Mit Globalbeiträgen wird dieses Kontrollinstrument durch **Programmvereinbarungen** ersetzt, die ihrerseits einer **Vollzugskontrolle** unterliegen. Diese umfasst Jahres- und Schlussberichte, Stichproben, Erfahrungsaustausch und teilweise auch Wirkungsanalysen⁸⁵.

⁸⁴ Illustrativ dazu BGE 107 Ib 116 E. 4 betreffend die Anschlusspflicht an eine Kanalisation.

⁸⁵ Handbuch NFA im Umweltbereich, Mitteilung des BAFU als Vollzugsbehörde an Gesuchsteller, Teile 1+2 S. 28f. und Anhang S. 64, 69 ff.; Fachspezifische Erläuterungen zur Programmvereinbarung im Bereich Schutzwald, Handbuch NFA im Umweltbereich, Teil 3 S. 8 ff.;

- > Welches im Lichte der angestrebten Entwicklung die richtigen Massnahmen sind, kann sich nur aus einer gesamthafter Betrachtung ergeben. Der Richtplan sollte Aussagen dazu machen, wie der Kanton diesen Prozess sicherstellt. Die **Genehmigung des Richtplans** durch den Bund hat hier, wie bereits verschiedentlich erwähnt, eine gewisse Kontrollfunktion.

2.4.2.3 Abstimmung der subventionierten Massnahmen mit jenen aus anderen Aufgabenbereichen

Subventionsvoraussetzung nach Art. 35 Abs. 1 Bst. b und e WaG (neu[nfa]) ist es, dass die Massnahmen mit denjenigen anderer Bundesgesetze gesamthaft und in ihrem Zusammenhang beurteilt werden und dass eine dauerhafte, für die Walderhaltung günstige Regelung von Konflikten getroffen wird. Art. 9 WBG (neu[nfa]) bindet die Beitragsgewährung an eine zweckmässige Planung, an die Erfüllung der gesetzlichen Anforderungen und an ein gutes Kosten/Nutzen-Verhältnis. Der neu formulierte Art. 1 der Wasserbauverordnung präzisiert, dass die Massnahmen den technischen, wirtschaftlichen und ökologischen Anforderungen genügen und mit den öffentlichen Interessen aus anderen Sachbereichen koordiniert sein müssen. Sodann ist der weitere Unterhalt zu sichern.

All diese Anforderungen können nur vor dem Hintergrund einer zweckmässigen räumlichen Einordnung erfüllt werden. Die Anforderungen decken sich mit der Pflicht zur planerischen Abwägung nach Raumplanungsgesetz. Voraussetzung für jede Subventionierung ist eine zweckmässige Planung (Art. 1 Abs. 1 Bst. b WBV (neu[nfa]), vgl. auch Art. 2 Abs. 2 Bst. c WBV (neu[nfa]) und Art. 39 Abs. 1 Bst. a (neu[nfa]), vgl. auch 40 Abs. 2 Bst. c (neu[nfa])).

Wo es an spezialgesetzlichen Koordinationsbestimmungen fehlt, kommt ersatzweise Art. 12 SUG zum Tragen. Diese Bestimmung fordert für Vorhaben, welche die Anspruchsvoraussetzungen von verschiedenen Erlassen erfüllen, dass der Gesamtaufwand nach den einzelnen Interessen aufgeteilt und die Finanzhilfen und Abgeltungen nach den entsprechenden Kostenteilen gewährt wird.

Von der Sache her ist insbesondere die raumplanerische Umsetzung betroffen. Während sich der Bund im Bereich des Raumplanungsrechts auf das Ausformulieren von Grundsätzen zu beschränken hat, trifft dies für das Sprechen von Subventionen nicht mehr zu. Es handelt sich hier um eine bundeseigene raumwirksame Tätigkeit. Das bietet die *Möglichkeit, die Subventionierung als Mittel einzusetzen, mit dem eigene strategische Vorstellungen über die risikoorientierte Raumentwicklung durchgesetzt werden*. Voraussetzung ist allerdings, dass der Bund die hierfür notwendigen eigenen Planungen erstellt, d.h. über ein ausreichend substanziiertes, für die Behördenpraxis massgebliches Schutzkonzept verfügt.

2.5 Fazit

Die bestehenden strategischen Ansätze im Bereich Gefahrenprävention sind vor dem Hintergrund der geltenden rechtlichen Rahmenbedingungen zu überdenken.

2.5.1 Koordinationsbedarf

Das Bundesgericht hat sich bereits unter dem alten Wasserbaugesetz zum Verhältnis zwischen den wasserbaupolizeilichen Bestimmungen, welche raumwirksame Tätigkeiten ordnen, und jenen des Raumplanungsgesetzes äussern müssen. Das Bundesgericht hat dabei zum wiederholten Mal festgehalten, die verschiedenen Gesetzgebungen müssten miteinander *koordiniert* angewendet werden. *Das RPG habe den Sonderordnungen nicht einfach zu weichen. Die Frage laute vielmehr, ob das wasserbauliche Sonderrecht eine entsprechende besondere Regelung enthalte.* Dies konnte im betreffenden Fall offen gelassen werden, weil der Bewilligung des Vorhabens eine auch nach Wasserbaurecht nötige umfassende Interessenabwägung zugrunde gelegen habe, bei der alle wesentlichen Gesichtspunkte koordiniert berücksichtigt wurden⁸⁶.

Der Schutz vor Naturgefahren erhält mit den genannten Bestimmungen eine *aussergewöhnlich starke planerische Ausprägung*. Dabei werden nicht einfach die Planungsgrundsätze des Raumplanungsrechts wiederholt, sie werden vielmehr für bestimmte Raumelemente präzisiert. Insbesondere zielt der Hochwasserschutz klar in erster Linie darauf ab, den Gewässern ausreichend Raum zu geben und Fliessgewässer zu renaturieren. Die Massnahmen des Wasserbaurechts sind in diesem Sinne primär raumorientiert. Sie sind Ausdruck davon, dass der «courant normal» von Nutzungszuweisungen korrigiert werden soll. Man kann dies als Konkretisierung der in Art. 1 und 3 RPG festgehaltenen Planungsgrundsätze ansehen.

2.5.2 Sicherstellung der frühzeitigen Koordination

Die Nutzungsplanung muss alle räumlich wesentlichen Gesichtspunkte gesamthaft abwägen und untereinander abstimmen⁸⁷. Bei der Interessenabwägung sind alle im konkreten Fall massgebenden raumplanerischen Aspekte zu berücksichtigen, es muss bei der Bauzonenauscheidung geprüft werden, ob andere Nutzungs- bzw. Schutzansprüche vorhanden sind, die sich auf ihre Begrenzung auswirken⁸⁸. Wird wegen der Gefährdung der Verlauf der Bauzonen neu festgelegt, so erscheint dies als bundesrechtlich gebotene Anpassung der Bauzone. Dabei ist es Sache des Bundes, den Schutzauftrag zu konkretisieren und den Freiraum zu umschreiben, der den Kantonen zugestanden wird. Im Rahmen dieses Freiraums haben die Kantone aber die Koordination gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung *frühzeitig*⁸⁹ sicherzustellen. Sie sind dabei an die Rechtsprinzipien (insbesondere Rechtsgleichheit und Willkürverbot) sowie an die grundrechtlichen Vorgaben (hinreichende gesetzliche Grundlage, überwiegendes öffentliches Interesse, Verhältnismässigkeit) gebunden.

⁸⁶ BGE 115 Ib 472 (Thursanierung) E. 2.b.

⁸⁷ BGer-Entscheid 1A.8/2002 (Oberrohrdorf-Staretschwil) E. 3.5.

⁸⁸ BGer-Entscheid 1A.8/2002 (Oberrohrdorf-Staretschwil) E. 3.5.2

⁸⁹ Für viele BGE 126 II 26 E. 5d; 122 II 81 E. 6; 117 Ib 178 E. 6.

2.5.3 Richtplaninhalt

Eine Planung, welche die räumlichen Anliegen des Schutzes vor Naturgefahren nicht aufnimmt, ist spätestens seit Inkrafttreten des neuen Wald- bzw. des neuen Wasserbaurechts nicht mehr in allen Teilen RPG-konform. Das beschlägt auch die Richtplanung. Die Kantone sind dabei nicht nur an die strategischen Vorgaben des Bundes im Schutz vor gravitativen Naturgefahren gebunden, sie haben, als Mindestinhalt des Richtplans, auch Aussagen dazu zu machen, wie sie ihre raumwirksamen Tätigkeiten, zu denen der Schutz vor Naturgefahren gehört, *auf die anzustrebende Entwicklung* abstimmen (Art. 8 Bst. a RPG). Anders gesagt: Der Richtplan soll Auskunft geben, mit welchen Verfahren der betreffende Kanton die frühzeitige Koordination sicherstellen will. Er soll auch aufzeigen, *in welcher zeitlichen Folge und mit welchen Mitteln* die Kantone dem Auftrag zum Schutz vor Naturgefahren nachkommen wollen.

Die Genehmigung des Richtplans durch den Bundesrat bietet deshalb Gelegenheit wichtige Punkte zu überprüfen und Verbesserungen anzumahnen (vgl. dazu auch vorn 2.1.2.2). Das betrifft etwa

- > die Qualität der Koordination
- > die Qualität der kantonalen Verfahren zur räumlichen Integration des Schutzes vor Naturgefahren
- > die Umsetzungsbereitschaft der anderen Fachstellen und namentlich jene der Raumplanungsfachstelle selbst und
- > die Verträglichkeit der kantonalen Strategien mit jener des Bundes.

Die vorstehenden Ausführungen zeigen, dass die Kantone die ihnen zustehenden oder zugestandenen Spielräume dazu nützen können, eigene Vorstellungen und Strategien über die Ausgestaltung des Schutzes vor Naturgefahren einzubringen. Die strategische Befugnis erstreckt sich auf all jene Bereiche wo sich der Bund ausschweigt. Das gilt etwa für den Stellenwert der Versicherungspflicht oder für den Erdbebenschutz (vgl. auch vorn 1.3.1, 1.3.4 und 2.1.2.2). Dabei sollen die Kantone im Richtplan darlegen, welche räumlichen Auswirkungen von diesen kantonseigenen Strategien zu erwarten sind und wie dies mit anderen räumlichen Strategien, insbesondere jenen des Bundes im Bereich Gefahrenprävention, abgestimmt ist.

2.5.4 Auswirkungen der Rechtslage auf die Strategie des integralen Risikomanagements

Im Bereich der Naturgefahren hat sich für den Schutz vor Naturgefahren in jüngster Zeit eine Strategie durchgesetzt, die mit dem Kürzel «Integrales Risikomanagement» (IRM) umschrieben wird. Im Bundesrecht taucht der Begriff «Risikomanagement» im Zusammenhang mit finanziellen Risiken auf (Art. 42 Abs. 2 Bst. e Nationalbankgesetz, Art. 22, 67 und 75 Versicherungsaufsichtsgesetz, Art. 50 Finanzhaushaltsverordnung und andere mehr). Im Zusammenhang mit den Naturgefahren wird er bis anhin in der Bundesgesetzgebung nicht verwendet. Hingegen verwendet Art. 17 Abs. 3 der Waldverordnung den Begriff der integralen Planung. Diese «berücksichtigt insbesondere die Interessen der Bewirtschaftung des Waldes, des Natur- und Landschaftsschutzes, des Wasserbaus, der Landwirtschaft und der Raumplanung».

Beides darf nicht mit dem strategischen Begriff des integralen Risikomanagements bei Naturgefahren verwechselt werden. Hier geht es um die Umschreibung eines systematischen Vorgehens im Umgang mit Naturgefahren und den damit verbundenen Risiken. Den Handlungsbeiträgen, die der Vorbeugung, Bewältigung und Regeneration dienen, soll eine je eigene Funktion zukommen, die es über sämtliche Naturgefahren hinweg aufeinander abzustimmen gilt. Die Verbindung zur Planung entsteht durch den Umstand, dass auch Besiedlung, Verkehr, Wirtschaft und Freizeitverhalten sich ständig weiter entwickeln, was sich in einer Veränderung der Risiken niederschlägt. Integrales Risikomanagement soll die Schutzmassnahmen mit diesen Zusammenhängen verbinden, transparent darstellen und beurteilen.

Wie aus den vorangehenden Erläuterungen hervorgeht, stehen dieser Vorstellung eines umfassenden Schutzes vor Naturgefahren etwelche rechtliche Hindernisse im Weg.

1. Die Verfassungsgrundlagen für die verschiedenen Naturgefahren sind zersplittert, unterschiedlich und lückenhaft. Massnahmen dürfen vom Bund nur ergriffen bzw. unterstützt werden, wo er einen entsprechenden gesetzlichen Auftrag hat. Die Gesetzgebungen ihrerseits müssen sich aus der Verfassung ableiten lassen und sie können einander lediglich insoweit angeglichen werden, als dies der jeweilige Verfassungsauftrag zulässt. Auf kantonaler Ebene kann wesentlich weiter gehend Vollständigkeit angestrebt werden indem namentlich auch solche Naturgefahren einbezogen werden, für die keine Bundeskompetenz existiert (vorn 2.1.2.2 Punkt 3). Dabei können die Bundesbehörden den Kantonen über ihre eigenen Kompetenzen hinaus keine Vorschriften, auch nicht solche strategischer Art, machen. Integrales Risikomanagement in der umschriebenen Form kann deshalb zurzeit nur als Vision bestehen, für die vollumfängliche rechtliche Umsetzung fehlt die entsprechende verfassungsrechtliche Grundlage (vgl. auch hinten 2.2.4.1).
2. Der Gesetzgeber hat die Erlasse des Wasserbau- und des Waldrechts einander methodisch angenähert, so dass zumindest für die von diesen beiden Materien abgedeckten Bereiche eine einheitliche Strategie entwickelt werden kann. Dies ist auch deshalb zu begrüssen, weil die Übergänge in manchen Bereichen fliessend sind (Hochwasser – Murgänge – Rutschungen; forstlicher Bachverbau – Wasserbau).
3. Die Richtung, wie der Schutz auszugestalten ist, wird darüber hinaus von einigen weiteren Anliegen, insbesondere solchen wald- und gewässerökologischer Natur, vorgegeben. Zu anderen Bereichen besteht ein ambivalentes Verhältnis (z. B. Landwirtschaft). Zudem sind einzelne Anlagen auch in Gefährdungsgebieten zuzulassen, sie bedürfen da eines erhöhten baulichen Objektschutzes (namentlich Infrastruktureinrichtungen). Weil in all diesen Gesetzgebungen der Schutz vor Naturgefahren in einzelnen Normen angesprochen wird, ergeben sich weitere Restriktionen für die zu entwickelnde Strategie.
4. Der Schutz vor Naturgefahren nimmt insbesondere Einfluss auf die Siedlungsentwicklung und er greift in bestehende Eigentumsrechte und Siedlungsstrukturen ein.

Es sind die rechtlich vorgegebenen Grundsätze der Raumplanung und des Grundrechtsschutzes zu beachten.

5. Sind für die Verwirklichung eines Projektes verschiedene materiellrechtliche Vorschriften anzuwenden und besteht zwischen diesen Vorschriften ein derart enger Sachzusammenhang, dass sie nicht getrennt und unabhängig voneinander angewendet werden dürfen, so gilt es Lösungen zu finden, bei denen alle Regelungen möglichst gleichzeitig und vollumfänglich zum Zuge kommen und das Ergebnis gesamthaft sinnvoll ist⁹⁰. Entsprechend hohe Anforderungen sind an die Güterabwägung zu stellen.
6. In planungsmethodischer Hinsicht wird sich der Schutz vor Naturgefahren als Fachplanung in die Raumplanung einbringen müssen. Ein und dasselbe Gebiet kann dabei gleich von mehreren Naturgefahren bedroht sein. Die Risiken überlagern sich. Der Ansatz einer möglichst viele Naturgefahren erfassenden Betrachtung erscheint deshalb als nutzbringend (2.2.4.2 c)). Das bedeutet aber auch, dass bereits für die fachliche Planung mehrere Fachstellen aus verschiedenen Bereichen, die über das nötige Know-how verfügen, miteinander kooperieren müssen. Daran schliesst sich der Prozess der Abstimmung mit den anderen raumplanerischen Anliegen an.
7. Angesichts des Subsidiaritätsprinzips haben sich die Bundesbehörden aus der operativen Umsetzung so weit wie möglich heraus zu halten, sie haben jedoch da einzugreifen, wo die sachgerechte und rechtsgleiche Handhabung des Bundesrechts einer einheitlichen Regelung bedarf. Den Rechtsgleichheitsaspekten ist ebenso Beachtung zu schenken wie der sachgerechten Analyse des Sachverhalts. Namentlich sind Planungen an ihrer Nachhaltigkeit im Sinne von Art. 73 BV zu messen. Sie sollen also möglichst weit vorausschauend die Entwicklung von Naturereignissen und die Erneuerungsfähigkeit der Natur (nicht nur bezüglich des Schutzwaldes, sondern mit Blick auf alle von Ereignissen und Eingriffen betroffenen Flächen) abschätzen.

Es ist eine strategische Aufgabe des Bundes, die methodischen Grundlagen für die Anwendung der vom Bundesrecht vorgesehenen Massnahmetypen und für ihre Subventionierung zu entwickeln. Sie sollen auf transparenten Wertungen beruhen, die vor Bundesrecht standhalten. Die kantonale Aufgabenerfüllung ist insbesondere an den bundesrechtlich vorgegebenen Zielen des Schutzauftrags und an den Bestimmungen über die Massnahmen zu messen.

⁹⁰ BGE 117 Ib 28 E. 2.

3 > Entschädigung für Eingriffe ins Grundeigentum

3.1 Verhältnis von Massnahmenwahl und Eigentümerinteressen

Massnahmenplanungen im Interesse der Gefahrenprävention dienen nicht nur dem Schutz des Menschen oder erheblicher Sachwerte vor Zerstörung, sie greifen regelmässig auch in Eigentumsrechte ein. Für die Fragestellung ist zweierlei zu prüfen:

Erstens führt nicht jede Planfestsetzung zu Entschädigungsansprüchen. Es ist abzuklären unter welchen Voraussetzungen aufgrund von Art. 26 Abs. 2 BV bzw. Art. 5 Abs. 2 RPG Ansprüche geltend gemacht werden können. Nur die entschädigungsrechtlich tatsächlich geschuldeten Beträge sind subventionsfähig. Die verschiedenen denkbaren Konstellationen führen entschädigungsrechtlich zu unterschiedlichen Ergebnissen.

Eigentliche Planungsfehler hingegen missachten die Schutzansprüche der Bürger. Deshalb ist zweitens abzuklären, wann eine qualifiziert fehlerhafte Massnahmenplanung vorliegt, die im Schadensfall entschädigungsrechtliche Folgen nach sich zieht. Es kann sich erweisen, dass der praktizierte Schutz vor Naturgefahren nicht genügt hat oder dass er zu einer nicht gerechtfertigten Schadensverlagerung führt. Ob das Gemeinwesen (Kanton, Gemeinden) hierfür haftet ergibt sich aus den entsprechenden Haftungsvoraussetzungen. Kommt es zu solchen Ereignissen, so sollten die Bundesbehörden (im Sinne einer Erfolgskontrolle) prüfen, ob die bundesrechtlichen Massnahmen ausreichen, um künftig Ähnliches zu vermeiden.

Regelungen, die eine bisherige Nutzungsbefugnis begrenzen oder ausschliessen, werden dogmatisch in einem unterschiedlichen Licht gesehen, je nachdem, welchen Verfassungsauftrag man in den Vordergrund stellt. Grundrechtsdogmatisch spricht man von Einschränkungen der Eigentumsfreiheit, es sind Eingriffe in den durch die Eigentumsgarantie gewährleisteten Schutzbereich. Sie sind an die Voraussetzungen von Art. 36 BV gebunden. Aus einer Optik, die den Gesetzgebungsauftrag in den Vordergrund stellt, bringt die Rechtsordnung als Ganze erst den Inhalt der Eigentumsfreiheit zum Ausdruck, anders gesagt: Inhalt und Umfang der aus dem Eigentum fliessenden Rechte wird erst durch das übrige Recht konkretisiert. Dabei ist der Gesetzgeber an die Verfassung gebunden⁹¹.

Die verfassungsrechtliche Ausgestaltung der Eigentumsgarantie widerspiegelt diese doppelte Sichtweise. Werden bisherige aus dem Eigentum fliessende Befugnisse

⁹¹ Vgl. zum Ganzen Alain Griffel, Bauen im Spannungsfeld zwischen Eigentumsgarantie und Bauvorschriften, ZBL 103/2002 S.169 ff.; Nüssle S. 23 ff. Vgl. auch Enrico Riva in: Kommentar zum Bundesgesetz über die Raumplanung, Zürich 1999, Art. 5 Rz. 111 ff.

rechtmässig aufgehoben, so müssen die Betroffenen dies im Allgemeinen entschädigungslos hinnehmen. Entschädigungen sind nur da geschuldet, wo der Entzug von Nutzungsrechten als besonders schwer wiegend empfunden wird. Die Rechtsprechung hat diesen Grundansatz verfeinert.

3.1.1 Eigentümerinteresse zwischen Schutzanspruch und Wahrung der Nutzungsrechte

Für das bessere Verständnis des Spannungsfeldes ist es von Vorteil, wenn man sich folgendes vor Augen hält: Sobald die Massnahmen der Gefahrenprävention zu Eigentumsbeschränkungen führen, offenbart sich auf Seiten der Grundeigentümer deren ausgeprägt *ambivalente Stellung*. Der Forderung nach einem hinreichenden Schutz von Leib, Leben und erheblichen Sachwerten, zu denen insbesondere Bauten zu zählen sind, steht das Interesse gegenüber, bestehende Nutzungen und Nutzungsoptionen beizubehalten. Hohe Sicherheitserwartungen zu erfüllen und gleichzeitig die Nutzungsrechte zu wahren ist aber nicht immer und überall möglich. Bei der Gefahrenprävention geht es ganz wesentlich darum, hier einen Mittelweg zu finden, der auch bezahlbar ist.

Die Umsetzung des Auftrags geschieht mit einer Mischung von Massnahmen, die Risiken entweder vermeiden, sie bekämpfen oder sie zugunsten von bestimmten Nutzungsmöglichkeiten akzeptieren, wobei dem finanziellen Aspekt z. B. auch mit Versicherungslösungen Rechnung getragen wird. Aus rechtlicher Sicht beurteilt sich die Zulässigkeit von solchen Massnahmen entsprechend ihrer Verhältnismässigkeit. Es ist auch nicht zu verkennen, dass sich die planenden Behörden hier in einem soziopolitischen Umfeld bewegen müssen, das nicht ein für alle Mal in Stein gemeisselt dasteht.

Für den betroffenen Grundeigentümer aber sind die ihm zugemuteten Eigentumsbeschränkungen nicht immer auf Ziele zurückzuführen, die seinem eigenen Schutz dienen. Es kann auch sein, dass seine Nutzungsbefugnisse eingeschränkt werden um anderen Grundeigentümern die bisherige oder sogar eine bessere Nutzung zu sichern. Möglicherweise werden die Massnahmen auch aus ganz anderen Gründen ergriffen, z. B. solchen des Landschafts-, des Gewässer- oder des Artenschutzes, denn es fliessen wie erwähnt verschiedene öffentliche Interessen in einen Planungsentscheid ein.

3.1.2 Schutzpflicht der Behörden und Schutzanspruch der Grundeigentümer

Die bestehenden Rechtsgrundlagen verpflichten die Kantone, geeignete Vorsorge vor Naturgefahren zu betreiben. Dieser objektiven Pflicht steht aber nicht notwendigerweise auch ein konkreter subjektiver Rechtsanspruch des Einzelnen auf Schutz vor Naturgefahren gegenüber. Unter Umständen würde ein solcher ja implizieren, dass ein Anspruch des Grundeigentümers auf Enteignung Dritter besteht: Auf *deren* Gelände sollen die nötigen Anlagen wie Abflusskorridore oder Retentionsflächen errichtet werden mit dem Ziel, genau *seine* Parzelle zu schützen. **Das kann nicht sein.** Nach dem Grundrechtsverständnis der neuen Verfassung richten sich die Grundrechte nicht ausschliesslich gegen den Staat. Vielmehr müssen sie in der ganzen Rechtsordnung zur Geltung kommen (Art. 35 Abs. 1 BV)⁹². Niemand hat einen aus der Verfassung abzu-

⁹² BGE 130 III 353 E. 2.1.1.

leitenden absoluten Anspruch darauf, dass der Staat zum Schutz seines eigenen Grundrechts in das Grundrecht anderer eingreift. Hingegen ist es ein allgemeiner Grundsatz, dass der Eigentümer sowohl Nutzen als auch Lasten aus seinem Eigentum trägt, weshalb die Verantwortung für den polizeikonformen Zustand seines Eigentums in erster Linie ihm selbst obliegt⁹³.

Der Staat hat den Schutz vor Naturgefahren nicht nach dem Belieben einzelner Grundeigentümer zu gestalten, er hat im allgemeinen öffentlichen Interesse zu handeln. Hierauf freilich haben die Grundeigentümer einen Anspruch: Es darf in ihre Rechtsposition nur insoweit eingegriffen werden als dies im hinreichend sorgfältig ermittelten und überwiegenden allgemeinen Interesse liegt. Sie sind vor für sie nachteiligen Massnahmen geschützt, aber eben nur insoweit, als das Recht ihnen subjektive Abwehr- oder Schutzansprüche zubilligt.

Es muss akzeptiert werden, dass es sowohl technisch als auch finanziell nicht möglich ist, immer und überall jedem Grundeigentümer die notwendige Sicherheit zu bieten⁹⁴. Dies war in den neunziger Jahren ein wesentlicher Grund für die Gesetz gewordene Forderung, den Schutz vor Naturgefahren auf dem Wege der Planung mit anderen raumrelevanten Bereichen und insbesondere mit der Raumplanung abzustimmen. Schutz vor Naturgefahren ist danach in erster Linie eine räumliche Konzeption. Es sollen die räumlichen Voraussetzungen für einen angemessenen Schutz vor Naturgefahren geschaffen werden. Dabei haben die Behörden soweit als möglich die verschiedenen Vor- und Nachteile zu berücksichtigen und es ist den Interessen der Grundeigentümer Rechnung zu tragen. Aus den Pflichten der öffentlichen Hand, wie sie beispielsweise im Waldgesetz und im Wasserbaugesetz umschrieben sind, lässt sich somit zunächst einzig ein Recht der Bürger darauf ableiten, dass die Behörden auf der Basis der gesetzlichen Bestimmungen im Rahmen ihrer Möglichkeiten tätig werden und dass sie dabei den rechtlich vorgegebenen Entscheidungsspielraum nicht überschreiten.

Für das Tun bzw. Unterlassen der mit der Ausführung beauftragten kantonalen und kommunalen Stellen hat der Staat einzustehen. Die Behörden haben die Pflicht, unter Abwägung aller Interessen nach sachlich und räumlich sinnvollen Lösungen zu suchen, die ein möglichst hohes Mass an Schutz bieten. Anders gesagt: Dem subjektiven Interesse der Grundstückseigentümer, vor den Auswirkungen von Naturereignissen geschützt zu werden, haben die Behörden bei der Planung der Schutzmassnahmen im Zuge der Interessenabwägung angemessenen Rechnung zu tragen. Ob aber aus der Tätigkeit im konkreten Fall ein entschädigungsrechtlich relevanter subjektiver Anspruch der Grundeigentümer entsteht, beurteilt sich nicht aufgrund der Zielsetzung der zur Planung ermächtigenden Erlasse, sondern aufgrund besonderer Rechtsschutzvorschriften. Dazu gehören die verfassungsrechtliche Eigentumsgarantie, das Staatshaftungsrecht und weitere Haftungsbestimmungen. Allerdings wird der Umstand, dass Naturgefahren von ihrem Charakter her nur bedingt beherrschbar sind, bei der haftungsrechtlichen

⁹³ BGer-Entscheid 1A.214/1999 E. 2e/bb mit zahlreichen Hinweisen.

⁹⁴ Zu den wachsenden Sicherheitsansprüchen und zur Illusion eines absoluten Schutzes vgl. ARE/UVEK, Naturgefahren und Alpenkonvention – Ereignisanalyse und Empfehlungen, Bern 2003.

Beurteilung durch die Gerichte im Ergebnis zu einem tendenziell restriktiven Umgang mit dem Haftungsrecht führen⁹⁵.

Werden Entschädigungen wegen Bau- bzw. Wiederaufbauverbots nach den Regeln beurteilt, die das Bundesgericht aus der Eigentumsgarantie abgeleitet hat, so spielen die Motive, die zur Eigentumsbeschränkung geführt haben, eine wichtige Rolle. Sie können dazu führen, dass gewisse Eigentumsbeschränkungen im Grundsatz oder gänzlich von einer Entschädigungspflicht befreit werden während für andere eine Entschädigung geschuldet ist.

3.1.3 Entschädigungslos hinzunehmende Eigentumsbeschränkungen

Die entschädigungsrechtlich vorzunehmenden Differenzierungen können nur vor dem Hintergrund der Rechtsordnung als Ganzes verstanden werden:

1. Die Verfassungsnormen werden als grundsätzlich gleichrangig beurteilt. Die zentralen staatlichen Aufgaben müssen erfüllbar bleiben. Namentlich soll die Entschädigungspflicht nicht dazu führen, dass allein deswegen die Umsetzung einer sich auf das gesamte Gemeindegebiet erstreckenden bundesrechtskonformen Raumplanung faktisch unterbleibt⁹⁷. Es lässt sich zurzeit nicht abschätzen, ob ähnliche Konsequenzen auch für den gesetzlichen Auftrag zum Schutz vor Naturgefahren zu erwarten wären, wenn beim Wechsel von Bauland in Nichtbauland stets eine Entschädigungspflicht droht. Dies ist aber nicht völlig von der Hand zu weisen. Jedenfalls könnte sich die Durchsetzung der bundesrechtlichen Anforderungen ungebührlich verzögern.
2. Anordnungen zur Abwendung einer ernsthaften und unmittelbaren Gefahr für die öffentliche Ordnung sollen nach der Rechtsprechung jedenfalls dann nicht entschädigungspflichtig sein, wenn sie sich gegen den das Sicherheitsrisiko setzenden Eigentümer richten. Als Beispiel hierfür verweist das Bundesgericht auf das Bauen in lawinengefährdeten Gebieten. Es begründet die Entschädigungslosigkeit damit, dass es sich dabei bloss um eine Konkretisierung der ohnehin stets zu beachtenden polizeilichen Schranken der Eigentumsfreiheit handle⁹⁸. Solche polizeilich motivierten Eigentumsbeschränkungen seien deshalb unabhängig von ihrer Schwere grundsätzlich entschädigungslos zu dulden. Eine Entschädigung kann aber geschuldet sein, wenn eine mehr allgemeine, grundsätzliche Gefahr gebannt werden soll.

Welche Folgen die angespannte Lage der Bundesfinanzen für die Erfüllung von Bundesaufgaben haben kann, zeigt ein Bundesgerichtsentscheid aus dem Jahre 1984, der allerdings nicht den Schutz vor Naturgefahren betrifft, sondern ein Waldzusammenlegungsprojekt⁹⁶. Die vorgesehene Prioritätsordnung hätte hier zur Folge gehabt, dass eine Beitragszusicherung frühestens in 42 Jahren erwartet werden konnte.

⁹⁵ So wohl zutreffend Michael Reinhardt, Hochwasserschutz zwischen Enteignungsentschädigung und Amtshaftung, Natur und Recht 2004, S. 422 für den Hochwasserschutz nach deutschem Recht.

⁹⁶ BGE 110 Ib 148.

⁹⁷ BGE 122 II 326 (Dietikon) E. 5c.

⁹⁸ 1P.421/2002 (Grafschaft, Lawinen-Gefahrenzone) E.2. Vgl. sodann auch BGer in ZBI 92/1991, S. 557 ff. (Würenlos) E. 3 (Verbot Kiesgrubenauffüllung, Grundwasseranreicherungsgebiet); BGE 106 IB 330 (Röschenz, Verbot intensiver landwirtschaftlicher Nutzung, Grundwasserschutzzone) E. 4 und 5; BGE 106 IB 336 (Aarberg, Bauverbot, Grundwasserschutzzone) E. 5; 96 I 350 (Maschwanden, Kies- und Sandausbeutungsverbot, Grundwasserfassung) E. 4.

Die diesbezüglich massgeblichen Entscheidungen erfolgten im Zusammenhang mit gewässerschutzrechtlichen Eingriffen⁹⁹.

Entscheid Poschiavo:

«Im übrigen darf beigefügt werden, dass nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtes polizeilich motivierte Beschränkungen des Eigentums, welche – wie hier die Gefahrenzonen A und B – unmittelbar dem Schutz des Grundeigentümers selbst dienen, keine materielle Enteignung bewirken und somit unter dem Titel der Eigentumsgarantie entschädigungslos hinzunehmen sind.»¹⁰⁰

3. Diese Praxis des Bundesgerichtes wurde in der Lehre wiederholt kritisiert. Das Gericht hat allerdings bis anhin an seiner Rechtsprechung grundsätzlich – und explizit mit Bezug auf Gefahrenzonen – festgehalten:

Diese Rechtsprechung wurde in zwei weiteren Fällen aus den Jahren 2002 (Lawinnenniedergang) und 2006 (Murgang, formelle Enteignung) bestätigt:

Entscheid Grafschaft:

«Wie das Kantonsgericht zu Recht dargelegt hat, ist diese gefahrenexponierte Lage des enteigneten Grundstücks nicht auf den Bau der Lawinenleitdämme zurückzuführen, sondern hat vorbestanden; das hat sich bei den Lawinnenniedergängen im Februar 1999, durch welche das Garagengebäude beschädigt worden ist, deutlich gezeigt. Die zuständigen Behörden hätten daher die Benutzung der Gebäude zumindest im Winter untersagen können, ohne dass hierfür den Enteigneten irgendein Entschädigungsanspruch erwachsen wäre. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung sind nämlich polizeiliche Eigentumsbeschränkungen ohne Rücksicht auf ihre Schwere grundsätzlich entschädigungslos hinzunehmen, wenn mit der fraglichen Massnahme eine konkrete, das heisst ernsthafte und unmittelbare Gefahr für die öffentliche Ordnung, Sicherheit und Gesundheit abgewendet werden soll. Dies gilt auch, wenn es zu verhindern gilt, dass sich der Grundeigentümer selbst (weiterhin) erheblicher Gefahr aussetzt (...). Jedenfalls ist klar, dass die Tatsache, dass eine Wohnbaute in der Gefahrenzone liegt und ihre Benutzung eingeschränkt werden kann, deren Verkehrswert erheblich beeinträchtigt.»¹⁰¹

⁹⁹ Grundlegend BGE 96 I 350 (Maschwanden) E. 4., 105 Ia 330 (Zizers, gewässerschutzrechtliches Überbauungsverbot) E. 3b und c; BGE 106 Ib 330 (Röschenz) E. 4.

¹⁰⁰ ZBI 98/1997 S. 175 ff. (Poschiavo, Gefahrenzonenplan) E. 4b/bb mit Hinweis auf BGE 106 Ib 336 (Aarberg) E. 5c/aa.

¹⁰¹ BGer-Entscheid 1P.421/2002 (Grafschaft, Lawinen-Gefahrenzone) E.2.

Entscheid Baltschieder:

«Insbesondere hat das Kantonsgericht zutreffend dargelegt, dass bei der Bemessung der Enteignungsentschädigung nicht nur auf die rechtliche, sondern auch auf die tatsächliche Beschaffenheit des enteigneten Grundstücks am Stichtag abzustellen sei. Da das fragliche Grundstück infolge des verheerenden Murgangs im Oktober 2000 unüberbaubar geworden sei, habe es trotz der formalen Zuordnung zur Bauzone W2 nicht mehr als überbaubar beurteilt werden können. ... Soweit sich der Beschwerdeführer darauf beruft, dass ein Teil der Parzelle zu Baulandpreisen gekauft worden sei, ist ihm entgegenzuhalten, dass im Enteignungsverfahren nicht der Erwerbspreis, sondern der Verkehrswert der enteigneten Parzelle im Schätzungszeitpunkt zu ersetzen ist.»¹⁰²

Man könnte sich mit diesen Hinweisen begnügen. Indessen wurde die hier wieder-gegebene Rechtsprechung im Zusammenhang mit den durch die schweren Hochwasser in Brienz verursachten Schäden in Frage gestellt. Im Wasserbau stellt sich die Frage möglicherweise weniger eindeutig als im Schutz vor Lawinen. Die entschädigungsrechtlich vorzunehmenden Differenzierungen können jedenfalls nur vor dem Hintergrund der Rechtsordnung als Ganzes verstanden werden. Dem soll im Folgenden nachgegangen werden:

4. Das Bundesgericht hat seine Rechtsprechung in gewissen Bereichen verfeinert¹⁰³. Namentlich kann es dann zu Ausnahmen von der Entschädigungslosigkeit kommen wenn ein Bauverbot nicht nur polizeilich, sondern auch raumplanerisch motiviert ist. Dabei ist in erster Linie an polizeiliche Eigentumsbeschränkungen zu denken, die dem Schutz eines öffentlichen Werks und damit der Allgemeinheit dienen. Wo es um den Schutz des betroffenen Eigentümers selbst oder jenen von Nachbarn geht, kommt eine Entschädigung gemäss Bundesgericht aber «weniger» in Frage¹⁰⁴. Beschränkungen des Eigentums, die unmittelbar dem Schutz des Grundeigentümers selbst dienen, wie dies bei Gefahrenzonen der Fall ist, sind jedenfalls wie dargelegt entschädigungslos hinzunehmen.
5. Die Aussagen, die das Bundesgericht im bereits über ein Viertel Jahrhundert zurück liegenden Fall Aarberg¹⁰⁵ im Zusammenhang mit einer Grundwasserfassung gemacht hat, können nicht ohne weiteres auf Massnahmen zum Schutz vor Naturgefahren übertragen werden. In jenem Fall dienten die Massnahmen dem Schutz eines Pumpspeicherwerks. Es lohnt sich die Umstände des Entscheids etwas genauer anzusehen:

¹⁰² BGer-Entscheid 1P.855/2006 (Baltschieder, Enteignung nach Murgang) E. 3.

¹⁰³ Vgl. die Hinweise in Aargauische Gerichts- und Verwaltungsentscheide (AGVE) 1993 S. 493 ff. E. 2.3.2.

¹⁰⁴ Vgl. BGE 106 Ib 336 (Aarberg) E. 5b/c betreffend Nutzungsbeschränkungen für Grundwasserschutzzonen und -areale (Entschädigung befürwortend) und ZBI 92/1991 S. 557 ff. (Würenlos) E. 3 betreffend Grundwasseranreicherungsanlage (Entschädigung abgelehnt). Anders könne es sein, wenn nicht eine geplante, sondern eine bereits bestehende Nutzung untersagt wird (ein Umstand, der nach Weber-Dürler nicht gegen die Entschädigungslosigkeit einer Massnahme spricht, sondern zu einer Entschädigung wegen Verstosses gegen das Vertrauensprinzip führen kann, vgl. Beatrice Weber-Dürler, Der Grundsatz des entschädigungslosen Polizeieingriffs, ZBI 85/1984 S. 289 ff., S. 300 f.), sowie in jenen Fällen in denen die Schaffung einer Schutzzone nach Art. 30 GSchG eine Auszonung baureifen oder grob erschlossenen Landes bewirkt. Beide Fragen wurden letztlich aber offen gelassen, der Anlass zu diesen Bemerkungen ist vor dem Hintergrund zu sehen, dass das Bundesgericht im betreffenden Fall von einem *Planungsfehler* ausging.

¹⁰⁵ BGE 106 Ib 336 (Aarberg).

Das Grundstück wurde lange Zeit nach der Inbetriebnahme des Pumpspeicherwerks unter gewissen Auflagen einer Bauzone zugeteilt. Acht Jahre später erfolgte eine markante Verschärfung der Nutzungseinschränkungen, und zwar in der Form einer die Zonierung überlagernden Schutzzone, die aber das Realisieren der Grundnutzung verunmöglichte. Diese Massnahmen erfolgten gestützt auf das in der Zwischenzeit in Kraft getretene neue Gewässerschutzrecht und sind unzweifelhaft gewässerschutzpolizeilicher Natur. Der den Massnahmen zugrunde liegende Art. 30 altGSchG sah aber ausdrücklich die Möglichkeit von allfälligen Entschädigungen aus Nutzungsbeschränkungen vor. Die Argumentation des Bundesgerichts ist im Lichte dieser Umstände zu sehen. Es legte dar, die zusätzlichen Beschränkungen seien zwar polizeilicher Natur, sie dienten aber in erster Linie dem Schutz eines zu Gunsten der Allgemeinheit errichteten Werks. Sie diene deshalb gerade nicht dem Schutz des Grundeigentümers selbst.¹⁰⁶ Dies stehe im Gegensatz zu «einem Bauverbot in einem lawinengefährdeten Gebiet ... Dass möglicherweise ein Planungsfehler vorliegt, der durch Auszonung und Einweisung des Grundstückes in eine Lawinengefahrzone korrigiert wird, vermag höchstens eine Entschädigungspflicht des Gemeinwesens unter dem Gesichtspunkt der Amtshaftung zu begründen, nicht jedoch unter dem Titel der materiellen Enteignung, da sich die Nichtüberbaubarkeit, die zum Schutze des Eigentümers selbst angeordnet wird, aus der Gefahrenlage des Grundstückes ergibt.»¹⁰⁷

Das Bundesgericht unterscheidet also zwischen polizeilichen Massnahmen im engeren (entschädigungslosen) und solchen im weiteren (allenfalls entschädigungspflichtigen) Sinne¹⁰⁸

6. Riva sieht aufgrund einer Analyse der Rechtsprechung in der Zielrichtung des staatlichen Handelns einen bestimmenden Faktor für die Entschädigungsfrage. Bei entschädigungslosen Eingriffen handle das Gemeinwesen gleichsam als Schiedsrichter; in anderen Fällen aber ziehe es einen eigenen Vorteil für die Verwirklichung der ihm obliegenden Aufgaben. In solchen Fällen schulde es Entschädigung¹⁰⁹. Das Bundesgericht hat bisher einzig in einem besonders gelagerten Fall neben anderen Kriterien auch auf die Zielrichtung Bezug genommen, aber mit umgekehrtem Vorzeichen: Wenn eine (im zu untersuchenden Fall wirtschaftspolitische) Regelung die privaten Interessen zu einem vernünftigen Ausgleich bringen will und den Betroffenen neben Nachteilen auch Vorteile bringt, so spricht dies gegen die Enteignungsähnlichkeit der Massnahme¹¹⁰. Man kann allgemein sagen: Bei der Frage der Entschädigungslosigkeit wird nebst anderen Punkten auch darauf geachtet, wer aus der Massnahme Vorteile zieht und wer die Nachteile zu tragen hat, in etwa so, wie Riva dies in einer «Enteignungsähnlichkeits-Skala» skizziert hat¹¹¹.

¹⁰⁶ BGE 106 Ib 336 (Aarberg) E. 5c/bb.

¹⁰⁷ BGE 106 Ib 336 (Aarberg) E. 5c/aa.

¹⁰⁸ Dazu Claude Rouiller, *Considérations sur la garantie de la propriété et sur l'expropriation matérielle, faites à partir de la jurisprudence du tribunal fédéral*, ZBJV 1985 Seiten 1–30, S. 7 ff.

Riva, *Hauptfragen der materiellen Enteignung*, Bern 1990 S. 308 ff.

¹¹⁰ BGE 118 Ib 241 E. 8 (Lenkung der Fleisch- und Eierproduktion: Reduktion des Tierbestands und daraus folgende Nutzlosigkeit entsprechender Anlagen. Den Nachteilen würden Vorteile gegenüberstehen, die aus der Vermeidung einer Überproduktion fliessen).

¹¹¹ Riva, *Hauptfragen*, S. 317 ff.

Darin zeigt sich die Verbindung zu den Grundsätzen der materiellen Enteignung. Ein Teil der Lehre zieht daraus den Schluss, das Kriterium der polizeilichen Massnahme sei im Grunde entbehrlich, es würde sich im Ergebnis kaum etwas ändern, wenn man es fallen liesse¹¹².

7. Meines Erachtens ist das Kriterium des polizeilichen Eingriffs als gedankliche Stütze im Bereich Naturgefahren nach wie vor zweckmässig, und zwar deshalb, weil es die ambivalente Stellung der Grundeigentümer widerspiegelt. Der Grundeigentümer hat nicht nur einen Rechtsanspruch darauf, dass in seine Rechtsposition nur im überwiegenden öffentlichen Interesse eingegriffen wird. Der Grundeigentümer hat auch einen Anspruch auf (verhältnismässige) staatliche Intervention gegen die ihn und seine Mitbewohner bedrohende Gefahr. Die Pflicht des Staates zum Schutz vor Naturgefahren kann hierfür auch eine unmittelbare Interventionspflicht der Exekutive gegen Private einschliessen¹¹³. Diese Intervention kann sich deshalb allenfalls auch gegen den Grundeigentümer selbst richten.

Entschädigungen wegen materieller Enteignung können nur für Rechtsverluste eingefordert werden. Würde man bei Auszonungen infolge Massnahmen gegen Naturgefahren generell einen Entschädigungsanspruch befürworten, dann würde damit implizit ein Recht auf polizeiwidrige Nutzung und obendrein auch noch ein Anspruch auf eine Baubewilligung trotz hoher Gefährdung postuliert. Ein solches absolutes Recht auf polizeiwidriges Verhalten kann aber der Rechtsordnung nirgends entnommen werden, auch nicht dem Planungsrecht. Das Argument, dass Massnahmen zum Schutz vor Naturgefahren stets auch im Allgemeininteresse liegen, kann daran nichts ändern. Vielmehr kommt hier der Umstand zum tragen, dass die grundrechtliche Schutzpflicht keinen absoluten Schutz gegen jegliche Beeinträchtigung und gegen alle Risiken gewährleisten kann und deswegen eine Abwägung zwischen den beteiligten Interessen unvermeidlich ist¹¹⁴.

Wenn es um Gefährdungen von Leib und Leben geht, so ist das Interesse an einem Schutz stets höher zu werten als das Interesse des Grundeigentümers, sein Eigentum zonenkonform ausüben zu dürfen. Naturgefahren werden nicht nur vom Bundesgericht, sondern auch in der Literatur immer wieder herangezogen, um eine typische entschädigungslose polizeiliche Massnahme im engeren Sinne zu beschreiben¹¹⁵.

Dies darf wohl als generelle Regel übernommen werden, aber nicht unbesehen: Auch da, wo Zonenplanänderungen polizeilich motiviert sind, kann unter ganz besonderen Umständen eine Entschädigung geschuldet sein. Das ist zum Beispiel dann der Fall, wenn der Schutz mit einer mildereren Massnahme möglich wäre, zugleich aber ein weiteres allgemeines Interesse an der Auszonung existiert, das nicht als ein im engeren Sinne polizeiliches bezeichnet werden kann, das aber so konkret ist, dass sich in der

¹¹²Vgl. Tschannen/Zimmerli §62 Rz. 30 f.

¹¹³Rainer J. Schweizer in: in: Bernhard Ehrenzeller/Phillippe Mastronardi/Rainer J. Schweizer/Klaus A. Vallender, Die schweizerische Bundesverfassung, Zürich 2002, N 13 zu Art. 35 mit Hinweisen.

¹¹⁴Vgl. Schweizer, Die schweizerische Bundesverfassung, N 13 zu Art. 35; BGE 126 II 300 E. 5b mit Hinweisen.

¹¹⁵Vgl. z. B. Kappeler, Rz. 174; Bernhard Waldmann/Peter Hänni, Raumplanungsgesetz, Stämpflis Handkommentar SHK, Bern 2006, Rz. 48 zu Art. 5; Felix Jost, Grösse und Lage von Bauzonen, Diss. Zürich 2000, S. 86; Riva, Kommentar RPG, Art. 5 Rz. 175; Rouiller S. 8.

Summe der Eingriff rechtfertigt. Hier ist die Tragweite des eigentumsrechtlichen Anspruchs *unter den Gesichtspunkten der Lastengleichheit, der Verhältnismässigkeit, der beteiligten öffentlichen oder privaten Interessen sowie den fallspezifischen besonderen Umständen zu gewichten.*

8. Davon zu trennen ist die Tatsache, dass das Gemeinwesen mit der raumplanerischen Ordnung eine Vertrauensgrundlage gesetzt hat, aufgrund derer der Grundeigentümer Dispositionen getroffen und Geld investiert hat. Die primäre Rechtswirkung dieses Vertrauensschutzes ist der Bestandesschutz, der aber an anderen öffentlichen Interessen und insbesondere an der Gefährdung von Polizeigütern eine Grenze findet¹¹⁶. Weil der Eigentümer unter dem Titel Vertrauensschutz nicht verlangen kann, ausnahmsweise Polizeigüter zu verletzen, kommt allenfalls ein Ersatz des individuellen Vertrauensschadens in Frage.

Planänderungen setzen allerdings voraus, dass sich die Rechts- oder die Sachlage seither erheblich geändert haben. Je neuer der Plan ist, desto gewichtiger müssen die Gründe für seine Änderung sein¹¹⁷. Waren aber diese Gründe, die zur Planänderung Anlass geben, beim seinerzeitigen Planerlass schon bekannt oder hätten sie bei entsprechender Sorgfalt bekannt sein sollen, dann war die ursprüngliche Planung mangelhaft. Wiegt der Fehler so schwer, dass er korrigiert werden muss (z. B. wegen des Naturgefahrenrisikos), so liegt gegebenenfalls ein Planungsfehler vor. Die Entschädigung erfolgt hier richtigerweise nicht unter dem Titel der materiellen Enteignung, sondern sie richtet sich nach den Regeln der Amtshaftung (dazu hinten 3.7.2). Die Frage nach der materiellen Enteignung ist davon unabhängig nach den oben wiedergegebenen Grundsätzen zu prüfen.

9. Die Weiterführung der Auflistung und Kommentierung von Bundesgerichtsentscheiden durch Waldmann/Hänni bringt bezüglich des Gesagten für die Unterscheidung «polizeilich im engeren Sinne» – «polizeilich im weiteren Sinne» kaum neue Erkenntnisse¹¹⁸. Zum *Erfordernis* der Überbaubarkeit als Entschädigungsvoraussetzung hält Kappeler fest, diese sei unabdingbare Voraussetzung für die Entschädigungspflicht. Zum *Begriff* der Überbaubarkeit sagt er: «Jede Parzelle, welche ein Gebäude aufweist hat von vornherein als überbaubar zu gelten.» und sodann «Eine Parzelle kann auch dann als überbaubar angesehen werden, wenn hier noch kein Gebäude steht, sie sich aber von ihrer Geologie und Topographie her zur Erstellung eines solchen eignet.» Das sei u. a. dann der Fall, wenn «die Parzelle weder sumpfig noch rutschig und auch weder zu steil noch lawinen-, steinschlag- oder überschwemmungsgefährdet usw. ist». Eine Parzelle sei überbaubar, wenn sie *alternativ* entweder überbaut sei oder überbaut werden könne¹¹⁹. *Dem kann so nicht zugestimmt werden.* Eine Parzelle kann aus der Optik des Schutzes vor Naturgefahren auch dann als nicht überbaubar gelten, wenn sie bereits überbaut ist.

¹¹⁶ Vgl. Weber-Dürler, ZBl 98/1997 S. 406.

¹¹⁷ Tschannen/Zimmerli § 22 Rz. 5 am Ende, § 37 Rz. 28 mit Hinweisen.

¹¹⁸ Waldmann/Hänni Rz. 47–50 zu Art. 5.

¹¹⁹ Kappeler, Rz. 173–175. Er hat beim Kriterium «Gebäude aufweist» offensichtlich nicht an Gefährdungen gedacht, die mit hinreichender Wahrscheinlichkeit aber nicht sicher auftreten. Gebäude also, die, obschon gefährdet, bisher verschont wurden.

10. Die Frage, ob und in welchem Umfang es zulässig ist, die bestehende Nutzung weiterzuführen, stellt sich unabhängig davon, weil es hier um eine qualifizierte Eigentumsbeschränkung geht, nämlich um des Schutz des Bestandes und nicht, wie bei der Auszonung, um das Vermeiden von künftigen zusätzlichen Gefährdungen. Die Frage ist über die Besitzstandsregeln abzuhandeln. Die Unterscheidung spielt insbesondere beim Wiederaufbau eine Rolle (vgl. hinten Teilabschnitt 3.2).

Insgesamt zeigt die bundesgerichtliche Praxis vor allem, dass Grundmuster in der Rechtsprechung sichtbar werden, die aber bezüglich Ausprägung und Gewichtung fallbezogen anzuwenden sind. Letztlich weigert sich das Bundesgericht einer bestimmten Formel stur zu folgen, weil eben eine Gesamtwürdigung aller rechtlichen und tatsächlichen Gegebenheiten vorzunehmen ist. Als Eckpfeiler kann aber festgehalten werden, dass zumindest da, wo die körperliche Integrität auch innerhalb des Gebäudes gefährdet ist (rote Zone) eine Entschädigung aus materieller Enteignung entfällt. Wer hier Ansprüche geltend macht, muss andere Rechtsgrundlagen finden, die dann aber nicht nach Wald- oder Wasserbaurecht mitfinanziert werden können.

3.1.4 Polizeilich motivierte Nutzungsverbote im Naturgefahrenbereich

In der Vergangenheit hat sich die Bautätigkeit auch in dafür – aus Sicht der Gefahrenprävention – ungeeignete Gebiete erstreckt. Das Bauen war zum damaligen Zeitpunkt an diesen Orten zulässig. Stellt sich später im Zuge des Ausarbeitens von Gefahrenkarten oder aufgrund eines konkreten Ereignisses heraus, dass sich ein Gebiet aus der Sicht des Schutzes vor Naturgefahren eigentlich nicht oder nicht mehr zur Überbauung eignet, dann muss die Bautätigkeit eingeschränkt werden. Es stellt sich die Frage, inwieweit es zulässig ist, solche Massnahmen unabhängig von der planerischen Zonenbeschreibung zu treffen. Dies hat, wie weiter hinten zu zeigen ist, einen entscheidenden Einfluss auf die Entschädigungsfrage.

Das Recht stellt verschiedene Rechtsgrundlagen zur Verfügung, auf die sich die Behörden stützen können.

3.1.4.1 Polizeiliche Generalklausel

Polizeilich motivierte Verbote bestimmter Nutzungen von bestehenden Gebäuden können gestützt auf die polizeiliche Generalklausel ausgesprochen werden, sofern eine ernsthafte und unmittelbare Gefährdung polizeilicher Schutzgüter gegeben ist. Es muss sich um echte und unvorhersehbare sowie gravierende Notfälle handeln¹²⁰, wo keine gesetzlichen Mittel vorhanden sind, um einer konkreten Gefahr zu begegnen¹²¹. Die Klausel kann nicht angerufen werden, wenn typische und erkennbare Gefährdungslagen trotz Kenntnis der Problematik nicht normiert werden¹²². Ob dies zutrifft, muss für jeden Fall am ausgewählten Standort konkret parzellenbezogen nachgewiesen werden.

¹²⁰BGE 130 I 369 E. 7.3.

¹²¹BV Art. 36 Abs. 1 letzter Satz

¹²²BGE 130 I 369 E. 7.3 mit Hinweisen.

Dabei stehen der Schutz des Eigentümers, seiner Mitbewohner, Feriengäste, Mieter usw. sowie der Schutz erheblicher Sachwerte im Vordergrund. Hierzu folgendes Beispiel:

Obschon die Gefährdung durch Hochwasser bereits aufgrund eines vorangehenden Ereignisses bekannt war hat das Kantonsgericht Wallis aufgrund der folgenden Umstände zeitliche Dringlichkeit angenommen: Es müsse wegen der seither eingetretenen Ereignisse und Erkenntnisse (neuerliche Hochwasserkatastrophe) davon ausgegangen werden, dass sich solche Naturereignisse mit viel grösserer Wahrscheinlichkeit und Häufigkeit als früher ereignen werden. Sodann habe das neuerliche Hochwasser ein Auffangbecken weitgehend aufgefüllt, weshalb die Überschwemmungsrisiken auf dieser Basis neu zu beurteilen seien. Schliesslich drängten sich wegen der Gefährdung zahlreicher Verkehrswege und Grossanlagen Sofortmassnahmen auf. Das Gericht führte aber aus, eine solche generelle Gefahrenlage allein reiche nicht aus um die Grundlage für irgendwie geartete Massnahmen zu bilden, vielmehr habe jede einzelne Schutzmassnahme den rechtlichen Anforderungen zur Anwendung von polizeilichen Schutzvorkehrungen zu genügen. Die polizeiliche Generalklausel könne in solchen Fällen auch herangezogen werden, wenn man sich erst während des Bauens der erhöhten Gefährdung bewusst wird. Die zuständigen Behörden haben die konkrete Situation zu beurteilen und gestützt darauf die angemessenen Massnahmen anzuordnen.¹²³

3.1.4.2 Baubewilligung

Das konkrete polizeiliche Interesse braucht immer dann nicht mehr dargelegt zu werden, wenn die Behörde sich auf eine anderweitige gesetzliche Regelung stützen kann. Massgebend sind dann deren Voraussetzungen. Die Baubewilligung dient den Behörden dazu, festzustellen, ob ein bauliches Vorhaben die massgebenden baurechtlichen Vorschriften einhält, seien dies nun solche des Bundes, der Kantone oder der Gemeinden¹²⁵. Im Allgemeinen besitzen die Behörden Beurteilungsspielräume im Rahmen derer zu prüfen ist, ob die Voraussetzungen für das Erteilen einer Bewilligung vorliegen. Dann öffnen sich auch dort Möglichkeiten für die Berücksichtigung einer Gefährdung durch Naturereignisse, wo diese nicht ausdrücklich angesprochen werden.

Muss in der Folge darüber entschieden werden, ob eine Entschädigungspflicht vorliegt, so kann es nach dem unter 3.1.1 Gesagten wichtig werden, mit welchen Motiven das Verweigern der Baubewilligung begründet wird.

So hat das obwaldnerische Verwaltungsgericht entschieden es sei rechtskonform und mit dem Bau- und Zonenreglement der Dorfschaftsgemeinde Sarnen vereinbar, den Bau zusätzlicher unterirdischer Tiefgaragen in einem hochwasserexponierten Gebiet nicht zuzulassen, wenn das Reglement festhält, es seien wo möglich mindestens zwei Drittel der Abstellplätze unterirdisch anzulegen¹²⁴.

¹²³ Kantonsgerichtsentscheid Wallis in ZWR 2002 S. 54 E. 5.

¹²⁴ OWWVGE XV Seite 110.

¹²⁵ Vgl. BGer 1P.316/2004 (Plaffeien) E. 1.5 betreffend eine kantonrechtlich-wasserbauliche Vorschrift, die auch als Konkretisierung der Vorschrift des freiburgischen RPBG angesehen wurde, wonach bei jeder baulichen Veränderung in Bezug auf Nachbargrundstücke hinreichende Sicherheitsbedingungen beachtet werden müssen.

3.1.4.3 Ausnahmebewilligung

Das Ausmass einer möglichen Gefährdung durch Naturereignisse ist insbesondere auch im Rahmen der Interessenabwägung bei Ausnahmebewilligungsverfahren zu prüfen. Als solche kommen z. B. in Frage: Bauen ausserhalb der Bauzone (Art. 24–24d RPG), Rodungsbewilligungen (Art. 5 Abs. 2 WaG), Bewilligung für die Beseitigung der Ufervegetation (Art. 22 NHG) usw. *Im Rahmen einer solchen Prüfung müssen die Richtlinien des Bundesamts als zuständige Fachstelle des Bundes beachtet werden*¹²⁶. Danach sind in erheblich gefährdeten Gebieten (rote Gefahrenzone) grundsätzlich keine Bauten zu bewilligen; Umbauten und Zweckänderungen bestehender Bauten können nur bewilligt werden, wenn dadurch das Risiko vermindert werden kann.

3.1.4.4 Planungszonen

Die Planungszone ist ein raumplanerisches Instrument das zu einer *temporären Eigentumsbeschränkung* führt. Sie sichert die Durchführung bzw. Revision einer Nutzungsplanung oder einer Richtplanung¹²⁷. Während der Dauer ihres Bestehens dürfen keine baulichen Veränderungen oder sonstigen Vorkehren getroffen werden, die der im Gange befindlichen Planung widersprechen. Dies gestattet es z. B. in der Zwischenzeit die Gefahrenkarten zu revidieren und ein neues Schutzkonzept auszuarbeiten, das allenfalls auch Gewässerverbreiterungen umfasst. Die Planungszone kann später in ein nutzungsplanerisches Bauverbot ausmünden, was aber bis zur definitiven Planfestsetzung offen bleiben muss. Das wird unter dem Gesichtspunkt der materiellen Enteignung wichtig (dazu hinten 3.3.1).

3.1.4.5 Änderung der nutzungsplanerischen Festlegungen

Nutzungsplanerischen Festsetzungen geht ein Planverfahren voraus. Dabei fliessen auch Interessen nicht polizeilicher Art ein. Wird beispielsweise eine Naturschutzzone ausgeschieden, so kann diese sowohl hochwasserschützerischen als auch naturschützerischen Zwecken dienen. Wird eine Fläche zur Aufforstung bestimmt, können neben dem Schutz vor Naturgefahren auch noch andere Waldfunktionen eine Rolle spielen usw. Will man feststellen, ob für eine bestimmte Parzelle polizeiliche Motive die Änderung bewirkt haben, so zieht man am besten die mit einem Projekt verbundenen endgültigen Gefahrenkarten zu Rate. Sie geben Aufschluss über die nach der Sanierung eines Gebiets verbleibenden Gefährdungsbereiche.

3.1.5 Beurteilung von parzellenbezogenen Eingriffen ins Eigentum

Es ist nach dem Gesagten entschädigungsrechtlich entscheidend, ob die Massnahmen gegen Naturgefahren als im engeren Sinne polizeilicher Natur zu bezeichnen sind.

¹²⁶ Vgl. BGE-Entscheid 1P.329/2005 (Reckingen, Lawinengefahr) E. 3.5: Interessenabwägung nach Art. 24d Abs. 3 Bst. e RPG; BGE 108 Ib 167 (Trient, Lawinengefahr) E. 4: Interessenabwägung im Rahmen eines Rodungsentscheids. Für die Beseitigung der Ufervegetation vgl. Hans-Peter Jenni, in: Peter M. Keller/Jean Baptiste Zufferey/arl Ludwig Fahrländer, Kommentar NHG, Zürich 1997, Art. 21, Rz. 21 sowie Heribert Rausch/Arnold Marti/Alain Griffel, Umweltrecht, Zürich 2004 S. 203 Rz. 608.

¹²⁷ BGE 105 Ia 223 E. 2c.

Mitentscheidend ist aber auch, ob das Gemeinwesen lediglich ordnend die Interessen der Betroffenen ausgleichen will oder ob es zum Zweck der Verfolgung (weiterer) öffentlicher Interessen gestaltend Einfluss auf den Inhalt der Eigentümerbefugnisse nimmt. Zu diesen nicht im engeren Sinne polizeilichen Gütern zählen jene, die im materiellen oder ideellen Interesse der Allgemeinheit geschützt werden sollen. Dazu gehören neben Infrastruktureinrichtungen zum Beispiel Landschafts- und Naturschutzobjekte, aber auch unveräusserliche Kulturgüter. Wo diese Interessen überwiegen, ist Entschädigung geschuldet.

Damit wird der Kontext der Massnahme wichtig. Insbesondere Werke des Hochwasserschutzes dienen zwar im Grundansatz der Eindämmung der Gefahr, sie sollen von Gesetzes wegen aber auch gewässerschutzrechtliche und naturschützerische Anliegen mit einbeziehen. Sie sind damit stark mit ökologischen Elementen durchmischt. Daher ist immer zu prüfen, welche Motive hinter einer Auszonung stehen¹²⁸ und es kann eine Rolle spielen, wer welche Vor- und Nachteile aus der getroffenen Regelung hat. Dies muss im Einzelfall abgeklärt werden. Nur da, wo das polizeiliche Interesse nicht überwiegt, ist eine Entschädigung geschuldet.

Ist zum Beispiel die Verbreiterung des Gewässerbetts in einzelnen Abschnitten aus Sicherheitsgründen unumgänglich, dann muss ein Bauverbot grundsätzlich entschädigungslos hingenommen werden. An anderen Orten dient die Verbreiterung mehr gewässerökologischen Interessen. Hier kann die Entschädigungspflicht nicht mehr ausgeschlossen werden. Beides kann sich aber auch überlagern. Man kommt dann nicht darum herum, die Vor- und Nachteile der Planung für alle Betroffenen mit Einschluss des Gemeinwesens *einzelfallweise und damit parzellenbezogen* aufzuschlüsseln. Eine pauschale Gesamtbeurteilung des Projekts mit anschliessender Gleichbehandlung sämtlicher Grundeigentümer ist nicht zulässig. Sie führt erstens zu Ungerechtigkeiten – man denke an den Fall, wo ein Bauverbot zum Schutz des betreffenden Grundeigentümers selbst gar nicht nötig wäre, hingegen anderen hilft deren eigene Überbaumungsmöglichkeit zu erhalten – und sie verletzt zweitens die Eigentumsgarantie, weil der Anspruch aus einem Grundrecht fliesst, das dem Einzelnen ein Recht auf Berücksichtigung der konkreten ihn betreffenden Umstände vermittelt. Im Übrigen ist eine eingehende Prüfung schon wegen der sowohl im Waldgesetz als auch im Wasserbau- und im Raumplanungsgesetz etablierten Pflicht zur integralen Planung notwendig.

Die Konsequenzen für den einzelnen parzellenbezogenen Fall können immerhin dadurch veranschaulicht werden, dass man typische Fallgruppen bildet (vgl. hinten 3.3.2 sowie die Schlussfolgerungen). Dazu können, wie bei der nutzungsplanerischen Festlegung (vorn 3.1.4.5), zur Lösung des Problems die Gefahrenkarten herangezogen werden. Will man wissen, wo mit dem gewählten Vorgehen welche Güter geschützt werden, so kann der Vergleich «Gefahrenkarte nach Massnahmen» und «Gefahrenkarte der Nullvariante» (es wird nichts geändert) höchst aufschlussreich sein.

¹²⁸ Die Differenzierung, die das Bundesgericht in BGE 106 Ib 336 (Aarberg) zwischen den Erwägungen E. 5 c aa) und bb) macht, kann nicht anders verstanden werden.

3.1.6 Konsequenzen für die Subventionierung

Die Unterscheidung von polizeilichen und nichtpolizeilichen Massnahmen hat nicht nur entschädigungsrechtlich Konsequenzen, sie ist auch subventionsrechtlich von Relevanz. Nach Art. 10 Abs. 1 Bst. a SuG sollen die subventionierten Massnahmen sowohl zweckmässig als auch kostengünstig sein. Das hinter der Kosten/Nutzen-Betrachtung stehende Interesse ist aber nicht waldbaulicher oder wasserbaulicher Natur, sondern finanzpolitischer Art. Anders das polizeiliche Interesse: Dieses orientiert sich an der Gefährdung und nur an der Gefährdung. Das Kosten-Nutzen-Argument wird davon nicht erfasst. Wo ein Projekt die volkswirtschaftlichen Kosten stark betont, da rückt das polizeiliche Interesse in den Hintergrund. Dieses richtet den Blick nicht auf das gesamte Schadenpotenzial eines Ereignisses, sondern auf das individuelle Risiko *für das einzelne zu schützende Gut*. Dieser parzellenbezogene Blick ist aber, weil Entschädigungen für Baulandverluste stark ins Gewicht fallen, für die zu erwartenden Kosten des Gesamtprojekts relevant.

Es ist deshalb auch für das Kosten/Nutzen-Verhältnis wichtig, Klarheit darüber zu gewinnen, welche Gefährdung aus polizeilichen Gründen auf der einzelnen Parzelle eine Schutzpflicht auslöst. Rechtssicherheit kann über eine klare gesamtschweizerische Festlegung geschaffen werden, welche den individuell polizeilich zu gewährleistende Schutzzumfang rechtlich vorgibt. Ein solcher «gefahrenorientierter»¹²⁹ Ansatz führt tendenziell zur Entschädigungslosigkeit von Eingriffen, aber nur soweit sich die Beschränkung gegen jene Grundeigentümer richtet, die durch ihre bisherige oder beabsichtigte Eigentumsausübung massgeblich zur Gefährdung (bzw. zum Schadenpotenzial) beitragen¹³⁰. Massnahmen, die sich innerhalb des vorgegebenen Schutzbereichs bewegen, sind grundsätzlich als polizeilich im engeren Sinne zu qualifizieren, solange man sich bei der Auswahl im Rahmen des Auswahlermessens bewegt.

3.2 Hauptproblempunkt: Vertrauen in den Weiterbestand der nutzungsrechtlichen Situation

3.2.1 Bestandesgarantie und deren sicherheitspolitischen Grenzen

Muss die Gefahrenlage überprüft werden, so ist es nicht unwahrscheinlich, dass gewisse Bauten und Anlagen, welche seinerzeit rechtmässig erstellt wurden, nachträglich den Vorschriften nicht mehr entsprechen. Wo bestehende Bauten neu durch Naturgefahren bedroht werden oder diese Gefahr zwar schon immer bestand, dies aber erst aufgrund neuerer Abklärungen oder Ereignisse erkannt wird, muss die betroffene Gemeinde reagieren und polizeiliche Schutzmassnahmen anordnen. Sie reichen von baulich-technischen Schutzmassnahmen über Nutzungsbeschränkungen und Bauverbote bis hin zum Abbruchbefehl. Dabei geniesst aber die Wahrung des Besitzstands von Verfassung wegen einen gewissen Schutz, der durch das kantonale Recht noch

¹²⁹ PLANAT, Synthesebericht, S. 10 f., 59.

¹³⁰ Die Regel der Entschädigungslosigkeit von Polizeimassnahmen gilt nur wenn die Massnahme gegen den Störer gerichtet ist, BGE 106 Ib 330 (Röschenz) E. 4, 96 I 350 (Maschwanden) E.4. Vgl. auch Weber-Dürler, ZBI 85/1984 S. 295.

ausgeweitet werden kann¹³¹. Es muss überprüft werden, wie weit dem im Bereich der Naturgefahren Rechnung zu tragen ist.

Die hier insbesondere interessierende Tragweite der Bestandesgarantie gegenüber polizeilich motivierten Eingriffen ergibt sich aus Art. 36 BV. Der Eingriff bedarf einer genügenden gesetzlichen Grundlage, eines überwiegenden öffentlichen Interesses und er muss verhältnismässig sein. Der Kerngehalt der Eigentumsgarantie darf nicht angetastet werden.

Das besondere Spannungsfeld ergibt sich aus dem Vertrauen in einmal erworbene und von der Verfassung geschützte Rechtspositionen. Die Praxis wertet deshalb den Umstand, dass ein Eigentümer von den baulichen Nutzungsbefugnissen bereits Gebrauch gemacht hat, dann als besonders schwer, wenn dies mit erheblichen Investitionen verbunden war, die durch die ins Auge gefasste Massnahme wertlos würden. Dasselbe gilt, wenn für das Aufrechterhalten der Investition wiederum ein erheblicher finanzieller Aufwand betrieben werden müsste. Grundsätzlich ist es zwar zulässig Anpassungen an die neuen oder geänderten Vorschriften zu verlangen, wenn dadurch erhebliche Gefahren für Leib und Leben beseitigt werden können¹³². Das Verhältnismässigkeitsprinzip verlangt jedoch, dass

- > der bestehende rechtswidrige Zustand tatsächlich eine Gefährdung von Personen oder Sachen darstellt
- > die Gefährdung durch die geforderten Anpassungen auch wirklich behoben werden kann.
- > dasselbe Ergebnis nicht mit einer Massnahme erreicht werden kann, die weniger schwer in den Besitzstand eingreift.

In manchen Fällen wird eine frühzeitige Evakuierung in kritischen Situationen ausreichen, um das Risiko von Personenschäden auf das landesübliche Mass zu reduzieren. Gelegentlich reicht auch eine Strassensperre. In anderen Fällen aber wird eine Umnutzung unumgänglich sein (z. B. Chemikalienlager). Zum Schutz von Sachwerten können zumutbare Objektschutzmassnahmen angeordnet werden.

3.2.2 Vertrauen in die Planbeständigkeit

a) Zulässigkeit einer Planänderung

Das Recht ist in seiner Grundtendenz auf Stabilität und Beständigkeit ausgerichtet. Das Leben und damit der Raum sind jedoch Veränderungen unterworfen. Das wirkt auf das Recht im Sinne eines Änderungsdruckes zurück. Pläne sollen laufend revidiert werden. Planänderungen aber geraten in einen Konflikt mit dem Bedürfnis der betroffenen Grundeigentümer nach Rechtssicherheit. Das Interesse der Grundeigentümer geht dabei über die oben beschriebene Besitzstandsgarantie hinaus. Diese möchten nicht nur die bereits ausgeübte Nutzung, sondern auch jene künftigen Nutzungsoptionen beibehalten, die bei einer Um- oder Auszonung dahin fallen würden.

¹³¹ Für Näheres vgl. Konrad Willi, Die Besitzstandsgarantie für vorschriftswidrige Bauten und Anlagen innerhalb der Bauzone, Zürich 2003, S. 29.

¹³² Willi S. 42 f., 47 f. je mit Hinweisen.

Zonenpläne, die nach Inkrafttreten des RPG erlassen wurden und auf dessen Planungsgrundsätze ausgerichtet waren, sind verbindlich (Art. 21 Abs. 1 RPG). Ihre Revision setzt voraus, dass sich die Verhältnisse erheblich geändert haben (Art. 21 Abs. 2 RPG); hierfür ist eine Interessenabwägung erforderlich. Zu berücksichtigen sind die bisherige Geltungsdauer des Nutzungsplans, das Ausmass seiner Realisierung und Konkretisierung, der Umfang der beabsichtigten Änderung und das öffentliche Interesse daran. Insofern dürfen Eigentümer eingezoner Parzellen grundsätzlich auf eine gewisse Beständigkeit des Nutzungsplans vertrauen¹³³.

Die Grundeigentümer können aber nicht darauf vertrauen, dass ihr Grundstück auf immer in der Bauzone bleibt und überbaut werden kann. Es muss möglich sein die Nutzungspläne entsprechend der Änderung der Verhältnisse und der gesetzlichen Grundlagen neuen Bedürfnissen anzupassen. Das Recht lässt solche Planänderungen zu, aber nur unter einschränkenden Voraussetzungen. Auslöser kann beispielsweise eine *Änderung des übergeordneten Rechts* sein. Im Wasserbau befinden wir uns zurzeit in einer solchen Phase, indem die Prioritätensetzung seit 1993 die raumplanerischen Massnahmen nebst dem Unterhalt der Gewässer an vorderste Stelle setzt (Art. 3 Abs. 1 WBG), was im Allgemeinen eine Neuorientierung zur Folge hatte und noch hat. Der gestützt auf solche Änderungen des übergeordneten Rechts erfolgenden Neuerstellung oder Modifikation von Plänen kann sich ein Grundeigentümer kaum erfolgreich widersetzen.

Erfolgt demgegenüber die Planrevision aufgrund einer *Änderung der tatsächlichen Verhältnisse*, so darf dies jedenfalls nicht aus jedem beliebigen geringfügigen Anlass heraus geschehen. Verlangt wird eine *erhebliche* Veränderung (vgl. Art. 21 Abs. 2 RPG). Sie ergibt sich etwa aus der merklichen Erhöhung oder Verringerung des Gefährdungspotentials.

In solchen Fällen zeigt sich das Spannungsverhältnis zwischen Eigentumsgarantie und Gefahrenschutz besonders deutlich. Es muss aus eigentumsrechtlicher Sicht zusätzlich abgeklärt werden, ob die Berechtigung zum Bauen in naher Zukunft mit hoher Wahrscheinlichkeit hätte realisiert werden können¹³⁴.

b) Überbaubarkeit in naher Zukunft

Aus raumplanungsrechtlicher Sicht bleiben die ursprünglich der Bauzone zugewiesenen Parzellen bis zur Rechtskraft der Zonenplanrevision Bauland. Sie verlieren ihre Baulandqualität erst mit Inkrafttreten der Zonenplanrevision¹³⁵. Ihre Überbaubarkeit kann allerdings aufgrund bestimmter Umstände (offensichtliche Gefährdung) oder Massnahmen (z. B. Planungszonen, die zu Bauverbots oder zumindest Baubeschränkungen führen) vorerst nicht mehr gegeben sein.

¹³³BGE 131 II 728 (Wetzikon, Erholungsgebiet «Geissacher») E. 2.4; vgl. auch BGE 128 I 190 (Genf, Ungültigkeit einer Planungsinitiative) E. 4.2; 120 Ia 227 (Pully, Verweigerung einer partiellen Zonenplanrevision) E. 2c; 113 Ia 444 (Engelberg, Reduktion der Bauzonen) E. 5.

¹³⁴BGE 131 II 728 (Wetzikon) E. 2.5.

¹³⁵BGE 131 II 728 (Wetzikon) E. 2.4.

Eine Auszonung ins Nichtbaugelände ist angezeigt, wenn sich die vorgesehene Nutzung auch mit Auflagen nicht mit den neuen Erkenntnissen zur Gefährdungssituation ertragen (z. B. Wohnzone in «roter» Gefahrenzone). Ob dies der Fall ist, wird sich aufgrund der Gefahrenzonenkarten ergeben, wie sie nach Abstimmung mit anderen räumlichen Anliegen mit dem endgültigen Projekt verbunden sind. Bis dies entschieden ist, wird man in entsprechend gefährdeten Gebieten entweder eine Planungszone errichten oder man wird eine Bausperre erlassen. Derartige, der Sicherung der Planung dienende Massnahmen dürfen jedoch nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung bei der Beurteilung der Überbaubarkeit nicht berücksichtigt werden. Zwar ist für die Entschädigung auf den Zeitpunkt des Inkrafttretens des definitiven Eingriffs abzustellen; die provisorische Massnahme darf jedoch nicht zum Nachteil des Betroffenen als Begründung für einen Ausschluss der Entschädigungspflicht erhalten¹³⁶. *Für die Beurteilung der rechtlichen Umstände muss auf den Zeitpunkt abgestellt werden, in dem die provisorische Massnahme in Kraft trat*¹³⁷.

Nun ist aber die Unüberbaubarkeit bei den Naturgefahren nicht auf solche provisorischen Massnahmen zurückzuführen, sondern sie ist faktisch begründet: Es ist die Gefährdung als solche, die mit oder ohne raumplanerische Massnahme existiert. Die Unterscheidung raumplanerisches oder polizeiliches Motiv wird nochmals akzentuiert: Da, wo sich aufgrund der Gefahrenanalyse zeigt, dass eine unmittelbare Gefahr für Leib und Leben besteht, ist zwingend Entschädigungslosigkeit angezeigt, denn dann ist schon im Zeitpunkt des Inkrafttretens der provisorischen Massnahme aus faktischen, als solche aber rechtlich massgeblichen Gründen an eine Überbauung nicht mehr zu denken¹³⁸.

3.2.3 Umbau- und Wiederaufbau

Aus der Eigentumsгарantie können die Eigentümer von neu zonenwidrigen Bauten und Anlagen kein Recht auf bauliche Änderungen ableiten, wenn diese das übliche Mass überschreiten. Das gilt auch für Nutzungsänderungen¹³⁹. Die verfassungsrechtliche Bestandesgarantie sichert dem Eigentümer nicht zugleich auch einen Anspruch auf Änderung bzw. Erweiterung seiner rechtlichen Stellung, es sei denn, dies wäre vom Gesetzgeber ausdrücklich so gewollt.

Verbleiben die betreffenden Bauten innerhalb von Bauzonen, so bestimmt das kantonale Recht abschliessend über die Zulässigkeit von baulichen Änderungen (Art. 23 RPG). Für Bauten ausserhalb der Bauzonen kann auf Art. 24c Abs. 2 RPG verwiesen werden. Mit dem Bundesauftrag zum Schutz vor Naturgefahren wäre es aber in beiden Fällen nicht mehr vereinbar, Umbauten zuzulassen, die zu einer höheren Gefährdung von Personen oder Sachwerten führen. Man wird im Gegenteil verlangen, dass anlässlich eines wesentlichen Umbaus Anpassungen vorgenommen werden, die das Gefahren-

¹³⁶ BGer 1A 263/2004 (Wetzikon) E. 4.2 (in BGE 131 II 728 nicht publizierte Erwägung); BGE 109 Ib 13 (Bern, «Löchligut») E. 3; ZBl 88/1987 S. 70 ff.; Riva, Hauptfragen, S. 188.

¹³⁷ Rouiller S. 18.; Riva, Hauptfragen, S. 188.

¹³⁸ Vgl. die vorn in Abschnitt 3.1.3 Punkt 3 zitierten BGer-Entscheide Graftschaff und Baltschieder.

¹³⁹ BGE 109 Ib 13 (Bern) E. 3.

potenzial herabsetzen. Wenn der Inhaber einer Anlage wesentliche Änderungen vornimmt, so gibt er freiwillig den altrechtlich geschaffenen Zustand auf. Er verliert damit den Anspruch aus Vertrauensschutz¹⁴⁰. Daher ist es zumutbar, gleichzeitig eine Sanierung zu verlangen.

Der Investitionsschutz geht unter, wenn eine Baute beseitigt oder zerstört wird. Der Grundeigentümer kann aus dem Umstand, dass auf seinem Grundstück früher einmal eine rechtswidrige Baute stand, nichts ableiten. Er ist nicht anders zu behandeln als der Eigentümer eines bisher unüberbauten Grundstücks¹⁴¹.

3.2.4 Überschwemmungs- und Retentionsflächen

Ob Überschwemmungs- bzw. Retentionsflächen nötig sind und wie gross sie sein sollen, ist im Planverfahren abzuklären und unterliegt den Regeln der planerischen Interessenabwägung. Diese öffnet relativ weite Spielräume. Ausserdem geht es vielfach um ausgesprochen technische Fragestellungen, bei deren Würdigung das Bundesgericht sich in Zurückhaltung übt. Der einzelne Grundeigentümer wird sich deshalb gegen eine solche Anordnung durch die Behauptung, die Interessenabwägung sei nicht korrekt erfolgt – es sei z. B. zu viel Retentionsraum vorgesehen –, kaum mit Erfolg wehren können, wenn die rechtlichen Regeln ansonsten eingehalten wurden¹⁴². Zu diesen Regeln gehört, dass sich die einzelnen Massnahmen eines Hochwasserschutzprojektes in ein ganzheitliches verfassungsrechtlich tragfähiges Konzept einfügen¹⁴³. Wenn die Eigentümer Einfluss auf den Ausgang der Interessenabwägung nehmen wollen, so müssen sie sich bereits in diesen Planverfahren zu Wort zu melden.

Überschwemmungsgebiete können oft nicht mehr in der bisherigen Art weitergenutzt werden. Wichtige Nutzungsinteressen sind aber möglichst umfassend zu schonen. Auch die Bewirtschaftung ist so zu regeln, dass die Erosionsgefahr möglichst gering wird. Die Flächen müssen nicht nur immer wieder gereinigt werden, es besteht je nachdem sogar ein Bewirtschaftungsgebot (Art. 71 Abs. 1 LWG). Raumplanerisch kann man beispielsweise Spezialzonen für «Flächen zur Regelung des Wasserabflusses» einrichten¹⁴⁴.

Eigentumsrechtlich dürfte es sich in diesen Fällen in aller Regel um Sachverhalte handeln, die eine formelle Enteignung bewirken (Enteignung von nachbarlichen Abwehrrechten). Eine Entschädigung aus materieller Enteignung kann demgegenüber, wenn überhaupt, dann nur geschuldet sein, wenn es sich um ehemaliges Baugebiet handelt.

¹⁴⁰ Vgl. die entsprechende Argumentation bei André Schrade/Heidi Wiestner, Kommentar zum Umweltschutzgesetz, 2. Aufl., N 1 zu Art. 18 USG (Umbau und die Erweiterung sanierungsbedürftiger Anlagen im Bereich Luft, Lärm und Erschütterungen).

¹⁴¹ Willi S. 46.

¹⁴² Vgl. als Anschauungsbeispiel aus Deutschland den in Natur und Recht 2005 S. 53 wiedergegebenen Entscheid des OVG Koblenz, Urteil vom 5. 8. 2004, 1 A 11787/03.

¹⁴³ Reinhardt S. 425.

¹⁴⁴ Vgl. den Hinweis aus dem deutschen Recht bei Stefan Frerichs/Fritz Hatzfeld/Ajo Hinzen/Susanne KurzP/etra Lau/André Simon, Sichern und Wiederherstellen von Hochwasserrückhalteflächen, Forschungsbericht Umweltbundesamt UBA_FB 000456, Berlin 2003, Abschnitt 4.7.4 S. 122

3.2.5 Verlagerung von Bauten und Anlagen

Die Waldverordnung sieht als eine mögliche Form der Sicherung des Gefahrengebiets vor, dass gefährdete Bauten und Anlagen aus der Gefahrenzone entfernt und an sichere Orte gebracht werden (Art. 17 Abs. 1 Bst. f WaV). Die Verlegung kann aber auch im Hochwasserschutz angezeigt sein, z. B. wenn die Gefahr periodischer Überschwemmung besteht, was jeweils zu kurzfristigen Räumungen Anlass gibt. Vgl. dazu das Beispiel «Campingplatz Leutswil» (TG), der anlässlich der zweiten Etappe der Thurkorrektur verlegt wurde¹⁴⁵. Das Verlegen von Bauten und Anlagen (zu denken ist auch an Verkehrswege) ist eine Möglichkeit, dem Anspruch auf Investitionsschutz, der hinter der Besitzstandswahrung steht, in abgeänderter Form zu entsprechen und gleichzeitig Gefahrengebiete zu sichern.

Das Verlagern von einzelnen Bauten und Anlagen kann eine polizeiliche Massnahme im engeren Sinne darstellen, z. B. zum Schutz vor Steinschlag oder Rutschungen, wenn keine andere Massnahme ausreichende Sicherheit gewährleistet, oder auch zum Schutz vor Gefährdungen, die im Zusammenhang mit der konkreten Nutzung eines Gebäudes stehen, z. B. bei einem Chemikalienlager. Das Beispiel Campingplatz zeigt mit aller Deutlichkeit, an welche sicherheitspolitischen Grenzen die Besitzstandswahrung stossen kann. Man könnte hier zum Beispiel daran denken, die weitere Nutzung neben anderen Sicherheitsmassnahmen auch davon abhängig machen, dass die Campingplatz-Betreiber bei erhöhter Hochwassergefahr die zeitgerechte Räumung sicherstellen. Das mag im Mittelland ausreichen, während im Berggebiet bei Hochwassern die Vorwarnzeit zu kurz sein kann (man denke nur an heftige nächtliche Gewitter). Hier müssten, will man den Besitzstand wahren, fallspezifisch differenzierte und eingehende Betriebseinschränkungen verfügt werden, die zu verantworten trotzdem ausgesprochen heikel sein kann. Überdies bewirken solche Betriebseinschränkungen nicht nur temporäre ökonomische Nachteile, sie verursachen auch einen Imageschaden und können im Schadensfall die Betreiber haftpflichtig werden lassen. Eine Verlegung liegt deshalb auch im Eigeninteresse der Betreiber selbst.

In anderen Fällen aber kann der Eingriff über das hinausgehen, was zum Schutz der Betroffenen zwingend notwendig ist. Das wird insbesondere da nötig sein, wo Bauten grossräumig zweckmässigen Lösungen im Wege stehen. Bei Hochwasserschutzmassnahmen geht dies in der Regel einher mit der Schaffung von Abflusskorridoren, Überschwemmungsgebieten oder Retentionsraum. Diesfalls wird das entsprechende Land für das Werk selbst in Anspruch genommen und sollte zu diesem Zweck auch erworben werden (freihändig, durch Landumlegung oder durch Enteignung).

Das Verlegen von öffentlichen Anlagen (Wege, Strassen) erfolgt demgegenüber im dafür vorgesehenen Planverfahren.

¹⁴⁵ Empfehlung Raumplanung und Naturgefahren S. 44.

3.3 Entschädigung bei materieller Enteignung

3.3.1 Konkretisierung der Entschädigungsgrundsätze mit Blick auf die Naturgefahren

3.3.1.1 Besondere Schwere des Eingriffs

Materielle Enteignungen setzen zunächst eine besondere Schwere des Eingriffs voraus. Der raumplanerische Hauptanwendungsfall ist der Wechsel von Bauland zu Nichtbauland. Um die Intensität des Eingriffs zu ermessen, muss eine Art «Erfolgsrechnung» vorgenommen werden und zwar nicht im Sinne einer Momentaufnahme, sondern mit Blick auf eine langfristige Ertragsbilanz¹⁴⁶. Eine materielle Enteignung ist mangels Intensität dort nicht gegeben, wo die Beeinträchtigung einer Eigentumsposition durch Vorteile angemessen aufgewogen wird¹⁴⁷.

3.3.1.2 Entschädigungslos hinzunehmende Massnahmen

Zum Grundsatz der Entschädigungslosigkeit von im engeren Sinne polizeilichen Massnahmen kann zunächst auf das in den Abschnitten 3.1.1 und 3.1.4 Gesagte verwiesen werden. Danach sind jene Massnahmen entschädigungslos hinzunehmen, die verhindern sollen, dass von der betroffenen Liegenschaft selbst ein Gebrauch gemacht wird, durch den der Grundeigentümer, Dritte oder erhebliche Sachwerte unmittelbar und ernsthaft gefährdet werden. Die Restriktionen, die aus den Empfehlungen des BAFU für den Umgang mit Naturgefahren hervorgehen, stehen meines Erachtens auch unter diesem Gesichtspunkt in einem adäquaten Verhältnis zur von den jeweiligen Zonen ausgehenden Gefahr. Unmittelbare und ernsthafte Gefährdung besteht jedenfalls im roten, aber auch im blauen Bereich, hier entsprechend der geringeren Schwere mit – verglichen mit rot – weniger weit gehenden Einschränkungen verbunden.

Trotzdem ist zu untersuchen, von welchen Motiven die jeweils vorgeschlagene Projektausführung getragen ist, d.h. welche weiteren öffentlichen Zwecke mitverfolgt werden. Dabei ist meines Erachtens folgende Unterscheidung zu machen: Man kann es einer polizeilichen Massnahme gewiss nicht zum Vorwurf machen, wenn sie gleichsam nebenher auch andere, insbesondere raumplanerische Ziele verfolgt. Dies allein ändert die Qualifikation als im engeren Sinne polizeilich nicht. Der Umstand wird aber massgeblich, sobald unter mehreren Massnahmen jene gewählt wird, die raumplanerisch sinnvoller ist, sich aber stärker oder ungleich auf die bestehenden Nutzungsrechte auswirkt. Wo hier die Grenze zur allfällig entschädigungspflichtigen Massnahme liegt, ist von den konkreten Umständen abhängig. Immerhin lässt sich festhalten:

1. *Schutzanspruch und Gefahrenprävention sind als die zwei Seiten ein und derselben Medaille anzusehen.* Geht die Gefahrenprävention über das hinaus, was sich aus dem eigenen Schutzanspruch eines Grundeigentümers ergibt, dann rücken die Interessen der Allgemeinheit stärker in den Vordergrund. Je schwerer die nicht individuelle Komponente wiegt, desto deutlicher mutiert die Massnahme von einer polizeilichen im engeren Sinne zu einer polizeilichen im weiteren Sinne.

¹⁴⁶ Riva, Hauptfragen, S. 289 mit Hinweis.

¹⁴⁷ ZBI 92/1991 S. 557 ff. (Würenlos) E. 4 b am Ende; LGVE 1993 II N. 10 E. 3.

2. Wenn bei vergleichbarer Lage nicht alle Grundstücke vor Naturgefahren geschützt werden können, z. B. weil einem Gewässer irgendwo (aber nicht überall) Raum geschaffen werden muss, dann wird die Forderung nach *Lastungleichheit* bedeutsam. Es ist aufgrund eines raumübergreifenden Konzepts schlüssig nachvollziehbar darzulegen, weshalb die konkret gewählte Lösung zu bevorzugen ist. Bezogen auf die einzelne Parzelle kann es sich dann immer noch um eine polizeiliche Massnahme im engeren Sinne handeln, lassen sich doch die besonderen parzellenbezogenen Verhältnisse auf der Basis eines überzeugenden Konzepts zum Voraus berücksichtigen. Ausserdem wird die Auswirkung der Massnahme bei bestehenden Objekten durch die Besitzstandswahrung abgemildert.
3. Es kann eine Rolle spielen, wer welche *Vor- und Nachteile* aus der getroffenen Regelung hat. Dies muss im Einzelfall abgeklärt werden. Es sind zwei Fälle zu unterscheiden: (1) der Fall, wo die Massnahme zu einem erheblichen Ungleichgewicht zwischen den Betroffenen führt und (2) der Fall, wo das Gemeinwesen erhebliche Vorteile aus der getroffenen Anordnung zieht. Ungleiche Auswirkungen sind jeder Planung immanent, wenn diese Nutzungsrechte tangiert. Hier aber unterliegen die Fälle wegen ihrer erheblichen Konsequenzen einer erhöhten Begründungspflicht. Das Willkürverbot bildet dabei eine selbstverständliche Schranke des Auswahlermessens.
4. Zu (1): Aus einer polizeilichen Massnahme i.e.S. kann nicht allein wegen des entstehenden *Ungleichgewichts zwischen den Betroffenen* ein entschädigungspflichtiger Sachverhalt entstehen. Es ist insbesondere kein Anwendungsfall der Theorie des sogenannten Sonderopfers, denn jene bezieht sich nur auf die Lastenungleichheiten¹⁴⁸, die zu einer relativen, aber für sich nicht ausreichenden Schwere hinzu kommen. Bei polizeilichen Massnahmen i.e.S. liegt aber definitionsgemäss gar kein Eingriff vor, sondern es wird nur ein Verhalten untersagt, das ohnehin auch ohne besondere Anordnung unzulässig gewesen wäre. Waren neu dem Nichtbauland zugewiesene Parzellen zuvor Bauland, so liegt möglicherweise ein Planungsfehler vor. Dies kann allenfalls eine Amtshaftung auslösen. Ansonsten ist es aber die Aufgabe der Kantone, rechtlich festzulegen, wie der angemessene Ausgleich zwischen erheblichen Vor- und Nachteilen unter den Betroffenen ausgestaltet wird (Art. 5 Abs. 1 RPG).
5. Zu (2): Wenn die *Vorteile, die das Gemeinwesen aus der Regelung zieht, raumordnungspolitischer Natur sind* (Schutz des Waldes im Allgemeinen, Gewässerökologie, Förderung der Biodiversität, Aufwertung einzelner Landschaftselemente, Schutz von Infrastrukturanlagen usw.), so kann es sein, dass die Anordnungen über das hinaus gehen, was allein zur Risikobewältigung notwendig gewesen wäre. Dann kann nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung eine Entschädigungspflicht nicht mehr ausgeschlossen werden. Die Anforderungen an die übrigen Elemente des Tatbestands der materiellen Enteignung (Schwere des Eingriffs, Überbaubarkeit in naher Zukunft) bleiben aber unverändert hoch.

¹⁴⁸ Riva, Kommentar RPG, Art. 5 Rz. 129.

3.3.1.3 Auszonung oder Nichteinzonung?

Nach Inkrafttreten des Raumplanungsgesetzes wollte das Bundesgericht vermeiden, dass den Planungsbehörden die erstmalige Umsetzung der verfassungsrechtlichen und raumplanungsgesetzlichen Grundsätze verunmöglicht oder über Gebühr erschwert wird. Sonst hätte die Gefahr bestanden, dass sich die Planungsbehörden gegebenenfalls von Entschädigungs- statt von Raumordnungsgesichtspunkten leiten liessen¹⁴⁹. Es unterscheidet deshalb bei raumplanerischen Massnahmen die «Nichteinzonung» von der «Auszonung». Nichteinzonungen sind im Grundsatz entschädigungslos hinzunehmen, Auszonungen dagegen sind im Grundsatz entschädigungspflichtig.

Eine *Auszonung* liegt vor, wenn eine Parzelle, die durch einen RPG-konformen Nutzungsplan der Bauzone zugeteilt war, aufgrund einer Zonenplanrevision neu einer Nichtbauzone zugeteilt wird¹⁵⁰. Wird dagegen erstmals eine sowohl verfassungs- wie auch gesetzeskonforme raumplanerischen Grundordnung geschaffen, und werden dabei bestimmte Liegenschaften keiner Bauzone zugewiesen, so spricht man von einer *Nichteinzonung*. Dabei ist nicht von Bedeutung, ob die betroffenen Flächen nach dem früheren (nicht RPG-konformen) Recht überbaut werden konnten¹⁵¹. Der Begriff der Nichteinzonung erstreckt sich nicht nur auf die Revision von altrechtlichen, vor Inkrafttreten des RPG erlassenen Zonenplänen. Man spricht auch von Nichteinzonung, wenn Zonenpläne angepasst werden, die zwar schon unter der Herrschaft des RPG in Kraft getreten sind, die aber inhaltlich nicht auf die bundesrechtlichen Planungsgrundsätze ausgerichtet waren¹⁵² und insbesondere die raumplanerischen Ziele und Grundsätze nicht beachtet haben¹⁵³.

a) Relevanz der Naturgefahrengesetzgebung für die Qualifikation

Zur gesamträumlichen Betrachtung gehört auch die Beachtung des Schutzes vor Naturgefahren. Zur Erinnerung: Das Wasserbaugesetz fordert die Kantone explizit zum Ergreifen raumplanerischer Massnahmen auf (Art. 3 Abs. 1 WBG). Laut zugehöriger Wasserbauverordnung haben die Kantone unabhängig von einer Abgeltung die Gefahrengebiete zu bezeichnen und den Raumbedarf der Gewässer festzulegen, was beides bei allen raumwirksamen Tätigkeiten zu berücksichtigen ist, besonders in der Richt- und Nutzungsplanung (Art. 21 Abs. 3 WBV). Nach der Waldverordnung haben die Kantone die Gefahrengebiete zu bezeichnen (Art. 15 Abs. 1 WaV) und diese insbesondere in der Richt- und Nutzungsplanung zu berücksichtigen (Art. 15 Abs. 3 WaV) sowie für eine integrale Naturgefahrenplanung zu sorgen, welche auch die Raumplanung berücksichtigt (Art. 17 Abs. 3 WaV).

Das Waldgesetz, die Waldverordnung wie auch das Wasserbaugesetz sind am 1. Januar 1993 in Kraft getreten, die Wasserbauverordnung am 1. Dezember 1994. Nach dem

¹⁴⁹ Statt vieler BGE 122 II 326 (Dietikon) E. 5c.

¹⁵⁰ BGer-Entscheid 1P.748/2000 (St. Moritz, Bauzonenreduktion) E. 3a-3b, BGE 131 II 728 (Wetzikon) E. 2.2-2.4, 122 II 326 (Dietikon) E. 4c; Riva, Kommentar RPG, Art. 5 Rz. 140.

¹⁵¹ BGE 125 II 431 (Niederlenz) E. 3b, mit Hinweisen.

¹⁵² BGE 131 II 728 (Wetzikon) E. 2.3, 122 II 326 (Dietikon) E. 5c S. 332; BGer-Entscheid 1A.8/2002 (Oberrohrdorf-Staretschwil) E. 3.3-3.5).

¹⁵³ BGE 117 Ib 4 (Birsfelden) E. 3a/cc.

Inkrafttreten dieser Bestimmungen erlassene Nutzungsplanungen können dann nicht als RPG-konform bezeichnet werden, wenn die Naturgefahren im erwähnten Sinne unbeachtet geblieben sind, ihr Einbezug aber ein gemeindeweit erheblich anderes Planungsergebnis zur Folge gehabt hätte. Das gilt insbesondere in Bezug auf die Trennung von Baugebiet und Nichtbaugebiet. Ob eine Planung RPG-konform ist, beurteilt sich nach dem Bundesgericht aufgrund einer gesamthaften Betrachtung der Nutzungsplanung. Das Bundesgericht lehnt eine sektorielle Betrachtungsweise, die sich nur auf einen Teil des Planungsgebiets (Parzelle oder Quartier) beschränkt, ab¹⁵⁴.

Daraus folgt:

- > Soweit eine Gemeinde bereits vor Inkrafttreten des neuen Rechts über eine RPG-konforme Nutzungsplanung verfügt hat ist die Einführung der neuen Vorschriften als Rechtsänderung zu betrachten, die eine Überprüfung der Nutzungsplanung nötig macht (Art. 21 Abs. 2 RPG) und die allenfalls zu einer Auszonung führt.
- > Wenn die Gemeinde zum Zeitpunkt der Einführung des neuen Rechts noch nicht über eine rechtsgültige Nutzungsplanung im Sinne des RPG verfügt hat, eine entsprechende Nutzungsplanung vielmehr erst später erlassen wurde, so ist zu unterscheiden, ob die Rechtsänderung nur Auswirkungen auf Teile des Planungsgebiets hat oder ob die Planung in ihrer Gesamtheit zu einem anderen Ergebnis geführt hätte. Weil die genannten Bestimmungen als Konkretisierung der raumplanerischen Planungsgrundsätze angesehen werden können (vorn 2.5.1) ist jedenfalls nicht auszuschliessen, dass es auch heute noch Gemeinden gibt, die in diesem Sinne nicht über eine RPG-konforme Planung verfügen.

Es ist aber zu beachten, dass es von der Regel «Entschädigungslosigkeit von Nichteinzonungen» und «Entschädigungspflicht von Auszonungen» in beide Richtungen Ausnahmen gibt.

b) Ausnahme 1: Entschädigungspflicht bei Nichteinzonungen

Nichteinzonungen treffen den Eigentümer nur ausnahmsweise enteignungsähnlich. Letztlich geht es hier um den Entscheid, ob das Grundstück alle Bedingungen erfüllt, damit der Eigentümer mit hoher Wahrscheinlichkeit und aus eigener Kraft am massgebenden Stichtag sein Land hätte überbauen können¹⁵⁵. Das ist dann der Fall, wenn er überbaubares oder groberschlossenes Land besitzt und er für Erschliessung und Überbauung schon erhebliche Kosten aufgewendet hat¹⁵⁶.

c) Ausnahme 2: Fehlen einer Entschädigungspflicht bei Auszonungen

Auch wenn Auszonungen grundsätzlich zu entschädigen sind, bedeutet dies nicht, dass für sämtliche, im Zuge einer Nutzungsplanrevision ausgezonten Grundstücke Entschädigungen wegen materieller Enteignung zu zahlen sind. Auch dies würde das Durch-

¹⁵⁴ BGer 1A.313/2005 (Weggis) E. 3.3; BGE 122 II 326 (Dietikon) E. 5b; ZBI 100/1999 S. 33 ff.

¹⁵⁵ BGE 132 II 218 (Zürich-Höngg) E. 2.2; 125 II 431 (Niederlenz) E. 3b und 4a mit Hinweisen.

¹⁵⁶ Für Näheres dazu siehe Waldmann/Hänni Rz. 58 zu Art. 5.

setzen berechtigter und wichtiger Anliegen des Bundesgesetzgebers verunmöglichen. Ein Grundeigentümer kann nicht darauf vertrauen, dass sein Grundstück stets in der Bauzone bleibt und überbaut werden kann¹⁵⁷. Auch bei einer Auszonung muss gefragt werden, ob die Berechtigung zum Bauen in naher Zukunft mit hoher Wahrscheinlichkeit hätte realisiert werden können und ob die Auszonung auf die Anpassung an eine erhebliche Änderung der Verhältnisse und/oder der gesetzlichen Grundlagen zurückgeht¹⁵⁸. Hingegen wird nicht verlangt, dass der Grundeigentümer die Absicht hatte, das Grundstück zu überbauen¹⁵⁹.

d) Ergebnis

Für die Gefahrenschutzplanung erweist sich in beiden Fällen die Überbauungschance als entscheidender Faktor. Auch die Auszonung ist entschädigungslos zu dulden, wenn zum Schutz der Eigentümer aufgrund der Gefahrenlage so entschieden werden muss; Überbaubarkeit in naher Zukunft ist nur gegeben, wenn der Überbauung keine erheblichen Hindernisse entgegenstehen, weder rechtliche noch tatsächliche.

3.3.1.4 Überbaubarkeit in naher Zukunft

Das neue Wasserbaurecht unterscheidet insofern zwischen überbautem und nicht überbautem Gebiet, als im überbauten Gebiet Ausnahmen von der allgemeinen Pflicht zur Wiederherstellung des natürlichen Verlaufs der Gewässer zulässig sind (Art. 4 Abs. 3 WBG). Trotzdem kann auch im weitgehend überbauten Gebiet nicht ohne weiteres davon ausgegangen werden, dass dieses für immer in der Bauzone verbleiben wird. Die Eignung zur Überbauung beurteilt sich seit dem Inkrafttreten der neuen wasserbaulichen Regelungen unter anderem anhand von Gefahrenkarten. Wenn sich daraus ergibt, dass sich das betreffende Gebiet trotz der vorgängigen Zuordnung zur Bauzone wegen der hohen Gefährdung objektiv nicht zur Überbauung eignet, so muss mit raumplanerischen Änderungen gerechnet werden.

Für die Frage, was unter «naher Zukunft» zu verstehen sei, sind die Fristen, mit denen die Planung zu rechnen hat, zu berücksichtigen¹⁶⁰. Nutzungspläne sind grundsätzlich entsprechend dem Planungshorizont für Bauzonen (RPG Art. 15 Bst. b) nach 15 Jahren zu überprüfen und nötigenfalls anzupassen¹⁶¹. Bei wesentlicher Änderung der Verhältnisse ist eine Überprüfung schon vor Ablauf dieser Fristen vorzunehmen¹⁶². Zu dieser Änderung der Verhältnisse zählt auch die seit geraumer Zeit zu beachtende Zunahme der Hochwasserereignisse. Auch die mit dem Rückgang des Permafrosts verbundene grössere Steinschlaggefahr stellt eine Änderung der Verhältnisse dar. *Ergibt sich aufgrund eines Ereignisses oder aufgrund einer Überarbeitung der Gefahrenkarten, dass die Überbaubarkeit nicht mehr ohne weiteres gegeben ist (rote, teilweise auch blaue Zone), so ist mit der Realisierung von Bauvorhaben nicht mehr in naher Zukunft*

¹⁵⁷ BGE 131 II 728 (Wetzikon) E. 2.5; Riva, Kommentar RPG, Art. 5 Rz. 164.

¹⁵⁸ BGE 131 II 728 (Wetzikon) E. 2.5.

¹⁵⁹ Waldmann/Hänni Rz. 55 zu Art. 5 mit Hinweisen.

¹⁶⁰ BGE 131 II 728 (Wetzikon) E. 2.6; Alfred Kuttler, Materielle Enteignung aus der Sicht des Bundesgerichts, in: Festgabe Kuttler, Zürich 2003, S. 123.

¹⁶¹ ZBI 97/1996 S. 36 ff.

¹⁶² BGE 131 II 728 (Wetzikon) E. 2.6.

zu rechnen. Abzustellen ist nach dem in 3.2.2 b) Gesagten auf die tatsächliche Beschaffenheit des Grundstücks zum Zeitpunkt des Inkrafttretens der Eigentumsbeschränkung bzw. der dazugehörigen vorbereitenden Massnahme.

3.3.1.5 Differenzierung nach den Motiven der Schutzmassnahmen

Welcher Hochwasserschutz angemessen ist, ist raumbezogen zu beurteilen und kann nicht starr aus einem naturwissenschaftlichen Kriterium abgeleitet werden. Es bedarf vielmehr einer umfassenden wertenden Betrachtung im Einzelfall, nach Möglichkeit eingebettet in eine grossräumig-strategische Konzeption. In diesem Zusammenhang ist auch daran zu denken, dass die Nutzungspläne für den Nahbereich von Gewässern eine Gestaltungsplanpflicht (detaillierte Überbauungsordnung) vorsehen können. Die Festsetzung einer Gestaltungsplanpflicht ist, falls die Grundstücke – wenn auch erschwert – überbaubar bleiben, nicht als Auszonung zu sehen, sondern als Umzonung, die grundsätzlich keine Entschädigungspflicht auslöst, weil sie die für eine materielle Enteignung notwendige Schwere nicht erreicht.

Besonders knifflig zu beantworten ist die Frage bei der Sicherung bzw. Wiederherstellung von Hochwasserrückhalteflächen. Massnahmen, die in die Fläche gehen, sind nicht nur gewässerökologisch, sondern auch hochwasserschutzmässig notwendig, und zwar mitunter gerade wegen der bereits existierenden, die Räume im Bereich der Gewässer schliessenden Raumplanung. Andererseits ist ein angemessener Hochwasserschutz der Raumplanung immanent und als Teil der nachhaltigen Siedlungsentwicklung anzusehen. Damit ist eine Koordination notwendig. Wie sind nun solche kombinierten Lösungen zu beurteilen?

Meines Erachtens kann nur der Vorher-Nachher-Vergleich von Gefahrenkarten für das einzelne Grundstück schlüssig Auskunft über die aus der Gefährdung entstehende polizeiliche Notwendigkeit geben. Zusätzlich ist zu bedenken, wie sich das Gemeindegebiet bei Nichtstun entwickeln könnte. Mehr Bauten behindern den Abfluss zusätzlich. In der Folge kann sich nicht nur die Gefährdung erhöhen, es ist potenziell auch mit breiteren Gefährdungsbereichen zu rechnen. Umgekehrt ist ein Bauverbot, das auf das gesetzlich gebotene Ausdahlen von Gewässern zurückgeht, dann nicht als entschädigungslos hinzunehmen, wenn das Ausdahlen nicht primär eine Hochwasserschutzfunktion hat, sondern wenn gewässerökologische Aspekte im Vordergrund stehen.

Entschädigungsforderungen sollten jedenfalls keinen Hinderungsgrund darstellen dürfen, den aktiven und den vorsorgenden Hochwasserschutz effektiv voranzubringen. Dazu sind die auf dem Spiel stehenden Schutzgüter von zentraler Bedeutung. Man kann in dieser Hinsicht ähnlich wie bei der erstmaligen Umsetzung einer raumplanerischen Ordnung argumentieren. Es ist nach einer austarierten Entschädigungspraxis zu suchen, in der die materielle Enteignung nur ein Element darstellt, das zudem die Ausnahme bilden sollte. Mit anderen Worten: Es sind auch Massnahmen zu suchen, die einen finanziellen Ausgleich unter den Betroffenen schaffen. Eine solche Massnahme ist beispielsweise die Versicherungspflicht, sie vermag allerdings die Landwertverluste nicht auszugleichen.

3.3.1.6 Massgeblicher Zeitpunkt für die Bemessung der Entschädigung

Es wurde festgestellt, dass für die Beurteilung der Überbauungschancen der Zeitpunkt des Inkrafttretens der provisorischen Bauverbotsmassnahme massgeblich ist. Für die Bemessung der Entschädigung aus *materieller Enteignung* ist auf den Zeitpunkt des Inkrafttretens der Eigentumsbeschränkung abzustellen (z. B. Inkrafttreten der Nutzungsplanrevision).

3.3.2 Bildung von Fallgruppen

3.3.2.1 Unveränderte Umsetzung des Gefahrenbefundes in Bauvorschriften

Es gibt Fälle, in denen die Resultate der in Gefahrenkarten dargestellten Gefahrenanalyse ohne besondere Projektierung 1:1 in raumplanerische Vorschriften umgesetzt werden können. Diese Fallgruppe ist aus Sicht der Entschädigung für Eingriffe am wenigsten problematisch. Wird dabei den Abstufungen gemäss den Empfehlungen des Bundesamtes gefolgt¹⁶³, so entsteht kaum ein entschädigungspflichtiger Sachverhalt, denn die Empfehlungen beschränken Bauverbote auf Gebiete, wo auch im Innern von Gebäuden mit Todesfällen gerechnet werden muss. Allerdings haben solche 1:1-Umsetzungen den Nachteil fehlender räumlicher Abstimmung. Darin kann ein Verstoß gegen die Planungspflicht und das damit verbundene Abwägungsgebot liegen (Art. 2 RPG). Auch gehen sie von einer allzu statischen Raumbewertung aus. Gefahrensituationen verändern sich, das sollte vorbeugend in die Strategie des Schutzes vor Naturgefahren eingebaut werden.

3.3.2.2 Inanspruchnahme von Land für Anlagen zum Schutz vor Naturgefahren

Normalerweise werden die für Schutzbauten und Anlagen notwendigen dinglichen Rechte vom Gemeinwesen erworben oder notfalls enteignet. Es kann dabei zur Überlagerung mit einer materiellen Enteignung kommen (mehr dazu hinten 3.4.1).

Einen Sonderfall stellt die Inanspruchnahme von Kulturland für Überflutungsbereiche dar. Solche werden raumplanerisch als Freihalteflächen ausgewiesen. Damit werden Nutzungseinschränkungen verbunden, die teilweise auch mit Bewirtschaftungsgeboten verknüpft sind. Eine Übertragung des Eigentums an das Gemeinwesen ist nicht notwendig. Da es sich nicht um Bauland handelt erreichen solche Massnahmen normalerweise nicht die für eine materielle Enteignung nötige Schwere. Hingegen werden die Grundeigentümer mit der Pflicht belastet, wiederkehrenden Überschwemmungen bzw. Übersarungen zu dulden. Diese Pflicht kommt einer Grunddienstbarkeit gleich. Sie kann nötigenfalls auf dem Wege der formellen Enteignung zwangsweise durchgesetzt werden (Art 17 WBG).

¹⁶³ Empfehlung Raumplanung und Naturgefahren S. 24 ff.; Hochwasserschutz an Fließgewässern S. 44 ff.; Berücksichtigung der Massenbewegungsgefahren bei raumwirksamen Tätigkeiten S. 33 ff.; Richtlinien zur Berücksichtigung der Lawinengefahr bei raumwirksamen Tätigkeiten S. 18 ff.

3.3.2.3 Freihaltung von ehemaligem Bauland

a) Auszonung von bereits überbautem aber gefährdetem Baugebiet

Dies ist der komplexeste Fall. Die wesentlichen Elemente der Entscheidungsfindung wurden bereits weiter vorne abgehandelt.

1. Verlangt das Projekt, dass auch bestehende Bauten entfernt werden müssen, dann ist wegen der Besitzstandsgarantie hierfür eine formelle Enteignung notwendig. Zu denken ist z. B. an Flächen, die für die Ausweitung der Gewässer benötigt werden und die künftig Teil des Gerinnes bilden sollen (Abflusskorridore). Mit der Eigentumsübertragung ist auch eine Auszonung verbunden. Damit stellt sich die Frage nach der Abgrenzung der materiellen von der formellen Enteignung. Nähere Ausführungen dazu finden sich im Abschnitt über die formelle Enteignung (3.4.1).
2. Für die Beantwortung der Frage nach der allfälligen Entschädigung aus materieller Enteignung muss untersucht werden, welche Motive der Planung sich im Einzelnen erschwerend auf die fragliche Parzelle auswirken (vgl. vorn 3.3.1.2 und 3.3.1.5):
 - *Keine Entschädigung* ist geschuldet wenn die Massnahmen zur Abwendung einer ernsthaften und unmittelbaren Gefährdung auf dem betreffenden Grundstück ergriffen werden (Vorher-Nachher-Vergleich der Gefahrenkarten). Voraussetzung ist ein raumübergreifendes überzeugendes Gesamtkonzept das es erlaubt, die Massnahmen parzellenspezifisch der Situation anzupassen. Denkbar ist u.a. auch die Festlegung einer Gestaltungsplanpflicht.
 - *Entschädigungspflicht* ist gegeben wenn auf dem betreffenden Grundstück nicht der Schutz vor Naturgefahren sondern beispielsweise der gewässerökologische Aspekt im Vordergrund steht. Dies ist kein im engeren Sinne polizeiliches Motiv. Es ist zu prüfen wie schwer der Eingriff wiegt und wer welche Vorteile aus der Massnahme zieht¹⁶⁴.
3. Ob eine Entschädigungspflicht besteht ist sodann in den Kontext des Vertrauens in die Planbeständigkeit zu stellen (vorn 3.2.2): Voraussetzung für eine Plananpassung ist eine erhebliche tatsächliche oder rechtliche Änderung der Verhältnisse. Wenn sich aufgrund der faktischen Gefahrensituation zeigt, dass eine bisher unterschätzte unmittelbare Gefahr für Leib und Leben besteht, muss eingegriffen werden. Als polizeilicher Eingriff im engeren Sinne ist ein solcher Eingriff zwar entschädigungslos zu dulden, doch kann sich die Frage nach einer *Staatshaftung* wegen ursprünglich fehlerhafter Planung stellen (hinten Abschnitt 3.7.2). Dies gilt insbesondere, wenn seit dem Inkrafttreten der bestehenden Nutzungsplanung noch nicht viel Zeit vergangen ist.
4. Der Besitzstand ist so weit zu wahren, als dies mit der Sicherung polizeilicher Schutzgüter noch vereinbar ist (vorn 3.2.1).

¹⁶⁴ Vgl. BGer in ZBI 101/2000 S. 89 ff. (Uster): Angesichts der erheblichen Arealgrösse keine Entschädigung bei Verschiebung einer Gewässerbaulinie um 3 Meter; dies gilt auch wenn durch die Baulinie ein bestehendes Gebäude angeschnitten wird.

5. Beim Umbau und Wiederaufbau vorhandener Bauten kommen die neuen Bestimmungen jedenfalls zum Tragen (vorn 3.2.3).

b) Freihaltung von gefährdetem noch nicht überbautem Baugebiet

Eine besondere mit dieser Fallgruppe verbundene Fragestellung ist folgende: Aus welchen Gründen wird ausgerechnet diese und nicht eine andere Parzelle freigehalten? Wird das Land als potenzielles Entlastungsgebiet (z. B. Abflusskorridor) angesehen, dann wird es vorab zugunsten anderer Eigentümer belastet, um deren Überbaumöglichkeit zu wahren. Aus Billigkeitsgründen würde man eine Entschädigung erwarten.

Die Frage ist aber, ob dieser Umstand für sich allein genügt, um die Massnahme als primär der Allgemeinheit dienend und damit entschädigungspflichtig erscheinen zu lassen. Die Antwort darauf ist m.E. eindeutig: Wenn die Anordnung lediglich deshalb so getroffen wurde, weil sich dieses Land aus der Gesamtprojektierung heraus als freizuhalten notwendig erwiesen hat, so handelt es sich um eine planerisch gerechtfertigte Ungleichheit. Die Freihaltung ist nötig, um dem Schutzauftrag des Gemeinwesens nachzukommen. Ob die Anordnung für den betroffenen Grundeigentümer schwer wiegt, ist unabhängig davon zu beurteilen. Hier ist für die Beurteilung wiederum auf die im Zeitpunkt der Eigentumsbeschränkung bestehende faktische Gefährdung abzustellen, denn diese ist für die Überbaumöglichkeit massgeblich. Handelt es sich um eine aus polizeilichen Gründen notwendige Beschränkung, so besteht kein Grund für eine Entschädigungspflicht, weil die Parzelle faktisch unüberbaubar ist. Das gilt auch dann, wenn der Umstand anderen Grundeigentümern zu Gute kommt: Aus der Tatsache, dass sich aus der Nichtüberbaubarkeit des Grundstücks für andere Gebiete eine sinnvolle Nutzung ergibt, kann keine Entschädigungspflicht wegen Entzugs der (faktisch nicht vorhandenen) Baumöglichkeit abgeleitet werden. Es sind also auch hier einerseits die Motive zu untersuchen, andererseits ist aber in jedem Fall zu fragen, ob die Parzelle in naher Zukunft hätte überbaut werden können (vorn 3.2.2b und 3.3.1.4).

Das Ergebnis ist wichtig für die künftige Strategie im Hochwasserschutz. Es muss akzeptiert werden, dass die heute weit verbreitete Überbauung gewässernaher Flächen kaum reversibel ist, nicht zuletzt vor dem Hintergrund des Bestandsschutzes¹⁶⁵. Umso mehr muss aber bei zunehmendem Gefahrenpotenzial die Möglichkeit der Rückzonung von noch nicht überbautem Baugebiet als Option offen bleiben, soll der Schutzauftrag erfüllbar bleiben. Weil aber gewässernahe Baugebiete regelmässig Höchstpreise erzielen, dürften in der Praxis Auszonungen ohne Entschädigung auf grösste Widerstände treffen. Es ist deshalb dringend zu wünschen, dass die Kantone hier nach kantonalem Recht die Möglichkeit eines Ausgleichs vorsehen (vgl. dazu sogleich Abschnitt 3.3.3). Ansonsten droht die faktische planerische Undurchsetzbarkeit des Schutzauftrags.

¹⁶⁵Reinhardt S. 425.

c) Freihaltung von nur mässig gefährdetem Baugebiet

In diesem Fall dient die Freihaltung zumeist projektbezogen-planerischen oder planerisch-polizeilichen Massnahmen und nicht Massnahmen, die zu den im engeren Sinn polizeilichen zu rechnen sind. Der Fall ist damit vergleichbar mit dem verschiedentlich angesprochenen Fall Aarberg¹⁶⁶ (vgl. insbesondere vorn 3.1.3 Punkt 5). Es ist Entschädigung geschuldet, wenn die übrigen Voraussetzungen der materiellen Enteignung gegeben sind.

3.3.3 Hinweis: Raumplanerisches Gebot des Planungswertausgleichs

Für betroffene Grundeigentümer bedeutet das Verdikt, ihr Land sei aufgrund der faktischen Gefährdungssituation unüberbaubar geworden, oftmals eine finanzielle Katastrophe. Die Hypothekargläubiger werden nicht zögern, ihren Anspruch so bald wie möglich einzufordern. Hiervor schützt auch die Besitzstandsgarantie nicht. Diesen finanziellen Auswirkungen steht kein Nutzen gegenüber, die Grundeigentümer profitieren nicht von den Schutzmassnahmen der Gemeinde.

Auf der anderen Seite weisen Schutzmassnahmen einen engen Bezug zur Raumplanung auf. Art. 5 Abs. 1 RPG verpflichtet die Kantone dazu, Regeln für einen angemessenen Ausgleich für erhebliche planungsbedingte Vor- und Nachteile aufzustellen. Der Artikel wurde geschaffen um die von der Raumplanung erzeugte Ungleichverteilung von Nutzungschancen und Bodenwertsteigerungen zu korrigieren¹⁶⁷. Die Regelung ergänzt die aus Art. 5 Abs. 2 RPG und schon aus der verfassungsrechtlichen Eigentumsgarantie fließende Verpflichtung zur vollen Entschädigung enteignungsähnlich wirkender Massnahmen.

Die Absätze 1 und 2 von Art. 5 RPG bilden eine Einheit. Die kantonale Regelung zum Ausgleich angemessener Vor- und Nachteile von Planungen ist dafür gedacht, im Sinne des gerechten Ausgleichs von Lasten und Begünstigungen die oftmals als unangebracht empfundene «Alles oder Nichts» Regel der materielle Enteignung abzufedern: Die materielle Enteignung verlangt volle Entschädigung, was aber die Schwelle der Enteignungsähnlichkeit nicht erreicht, geht leer aus. Art. 5 Abs. 1 RPG erlaubt es den Kantonen, auf dem Wege der Gesetzgebung diese viel kritisierte Konsequenz zu entschärfen, soweit sie auf raumplanerische Instrumente zurückzuführen ist. Es geht nicht nur darum, den Gegenstand und die Bemessung der Abgabe sowie den Kreis der Abgabepflichtigen festzulegen¹⁶⁸, es sollen auch die Nachteile, die abgegolten werden sollen, bestimmt werden. Dazu gehören die Art und das Mass der Abgeltung und der Kreis der Personen, denen die Abgeltung zukommen soll¹⁶⁹.

Die Kantone sind dem Auftrag in unterschiedlichem Masse nachgekommen. Basel-Stadt und Neuenburg haben den Vorteilsausgleich in der Form einer besonderen Ab-

¹⁶⁶ BGE 106 Ib 336.

¹⁶⁷ Waldmann/Hänni N 7 zu Art. 5 mit Hinweisen.

¹⁶⁸ Riva, Kommentar RPG, Art. 5 Rz. 98.

¹⁶⁹ Riva, Kommentar RPG, Art. 5 Rz. 67 und 99.

gabe verwirklicht¹⁷⁰. Allerdings beschränkt sich in beiden Kantonen die Minderwertentschädigung auf Fälle der materiellen Enteignung. Daneben ist allen Kantonen die Grundstückgewinnsteuer durch das Steuerharmonisierungsgesetz vorgeschrieben¹⁷¹. Auch darin kann eine Form des Vorteilsausgleichs gesehen werden. Aber auch hier fehlt das Gegenstück, der Minderwertsausgleich unterhalb der Schwelle der materiellen Enteignung. Diesen findet man in der Form von Realausgleich bei Landumlegungen und im Rahmen von vertraglichen Abmachungen.

Müssen künftig Bauverbotszonen erweitert werden (als Folge zunehmender Gefährdung durch Naturereignisse), so wäre es hilfreich, wenn die Kantone im Bereich Naturgefahren auf Regelungen für einen Planungswertausgleich zurückgreifen könnten, welche nicht nur eine Mehrwertabschöpfung vorsehen, sondern auch Tatbestände für einen Minderwertsausgleich schaffen, der über die materielle Enteignung hinaus geht.

An dieser Stelle ein weiterer Hinweis: Oftmals werden Grundeigentümer aufgrund von kantonalen Vorschriften zum Bezahlen einer Abgabe verpflichtet, wenn die Hochwasserschutzmassnahmen die Überbaubarkeit ihres Grundstücks erst ermöglichen. Die damit verbundene Werterhaltung oder -steigerung stellt zunächst einen Sondervorteil dar, dem die Kosten des Gemeinwesens für die Errichtung der Anlage (mit Einschluss von Enteignungsentschädigungen) gegenüber stehen. Lassen sich die Kosten gar individuellen Bauten zurechnen, so wurde auch schon von einem Anwendungsfall für das Verursacherprinzip gesprochen (Verursacher ist, wer zu nahe ans Wasser gebaut hat). Im Kanton St. Gallen wurde ein Gesetz über Gewässerunterhalt und Wasserbau, das die Anstösser in diesem Sinne zu einer stärkeren Kostenbeteiligung verpflichten wollte äusserst knapp verworfen¹⁷². Solche Abgaben stellen klassische Infrastrukturbeiträge dar, da sie für Aufwendungen des Gemeinwesens geleistet werden. Sie stellen einen Beitrag an staatliche Leistungen dar, die das Gemeinwesen zu ihrem eigenen Schutz erbringt. Mit einem Planungswertausgleich im Sinne von Art. 5 Abs. 1 RPG hat das nichts zu tun, die Entschädigung ist eine Teilabgeltung für den erbrachten Aufwand.

¹⁷⁰ Riva, Kommentar RPG, Art. 5 Rz. 46 ff.

¹⁷¹ Für Details vgl. Riva, Kommentar RPG, Art. 5 Rz. 50 ff., kritisch bezüglich ihrer Kompatibilität mit Art. 5 Abs. 1 RPG Waldmann/Hännli N 23 zu Art. 5.

¹⁷² Vgl. z. B. Botschaft und Entwurf der Regierung des Kantons St. Gallen vom 20. März 2001 zu einem Gesetz über Gewässerunterhalt und Wasserbau, Amtsblatt des Kt. SG Nr. 18/2001 S. 883 ff.

3.4 Landerwerb / formelle Enteignung

Soweit der Vollzug es erfordert, können die Kantone die notwendigen Eigentumsrechte enteignen oder diese Befugnis Dritten übertragen (Art. 48 Abs. 1 WaG, Art. 17 Abs. 1 WBG). In manchen Fällen genügt die Enteignung von Teilrechten wie die Enteignung des nachbarrechtlichen Anspruchs auf Abwehr von Einwirkungen. Man wird nach Möglichkeit den freien Erwerb anstreben oder Lösungen im Rahmen eines Landumlegeverfahrens bzw. über eine vertragliche Vereinbarung kombiniert mit einer Grunddienstbarkeit suchen.

3.4.1 Verhältnis zur materiellen Enteignung

3.4.1.1 Zeitpunkt der Beurteilung

Es kann sein, dass Land deswegen frei gehalten wird, weil es voraussichtlich in einem später auszuführenden Projekt zur Gewässerverbreiterung benützt wird. Dann kommt es zu einer Kombination von materieller und formeller Enteignung.

Nach ständiger bundesgerichtlicher Rechtsprechung und einhelliger Lehre bemisst sich bei einer materiellen Enteignung die Entschädigung nach dem Minderwert, wie er im Zeitpunkt des Inkrafttretens der Eigentumsbeschränkung entstanden ist¹⁷³. Bei der formellen Enteignung gilt dagegen der Zeitpunkt der Einigungsverhandlung im Schätzungsverfahren als der für die Bemessung der Enteignungsentschädigung massgebliche Termin (Art. 19^{bis} EntG). Fälle, in denen das zu enteignende Recht bereits vor der Einigungsverhandlung in Anspruch genommen wird, sind nach Bundesrecht kaum denkbar, kann doch auch über die vorzeitige Besitzeinweisung frühestens in der Einigungsverhandlung entschieden werden (Art. 76 Abs. 2 EntG)¹⁷⁴. Muss die Unüberbaubarkeit des Landes schon vorher gesichert werden, so geschieht das durch andere, allenfalls im Sinne der materiellen Enteignung enteignungsähnlich wirkenden Massnahmen (Planungszonen, Baulinien usw.).

3.4.1.2 Zweistufenverfahren

Wird das Grundstück nach dem Inkrafttreten einer Eigentumsbeschränkung zusätzlich formell enteignet, so ist die Entschädigung nach Bundesgericht in zwei Schritten zu berechnen: Zunächst erfolgt die Abrechnung gemäss materieller Enteignung, daran schliesst sich dann die formelle Enteignung an, in deren Rahmen nurmehr die Differenz geschuldet ist (sogenanntes Zweistufenverfahren)¹⁷⁵. Somit ist im Rahmen der materiellen Enteignung die Differenz Bauland – Nicht-Bauland zu begleichen, Basis für die anschliessende formelle Enteignung ist dann der Nicht-Baulandpreis¹⁷⁶. Dies gilt nach Waldmann/Hänni für alle Konstellationen, wo die materielle Enteignung von

¹⁷³ BGer 1A.104/2000 (Spreitenbach) E. 4a mit Hinweisen.

¹⁷⁴ Sollte ausnahmsweise doch einmal der Fall sein ist für die formelle Enteignung auf den Zeitpunkt der Inanspruchnahme abzustellen, vgl. dazu BGE 130 II 394 (Flughafen Zürich, Lärmimmissionen).

¹⁷⁵ BGer 1A.104/2000 (Spreitenbach) E. 4a mit zahlreichen Hinweisen.

¹⁷⁶ Riva, Hauptfragen, S. 194 f. mit Hinweisen.

einer formellen Enteignung überlagert wird¹⁷⁷. Die beiden Enteignungsformen sind stets zu trennen, weil sie einen anderen Rechtsgrund haben und die Beurteilung je eigenen Gesetzmässigkeiten folgt. Die Unterscheidung ist auch sachlich gerechtfertigt, greifen doch Nutzungspläne räumlich weiter als das konkrete wald- oder wasserbauliche Werk: Sie erfassen den ganzen Raum, sind auf diverse Bedürfnisse abgestimmt und entstehen von Bundesrechts wegen in einem demokratischen Verfahren mit Mitwirkung der gesamten Bevölkerung.

Etwas anderes kann auch dem «Grundsatz der Einheit der Enteignungsentschädigung» nicht entnommen werden: Dieser bezieht sich nicht auf den Zusammenschluss von materieller und formeller Enteignung sondern nur auf die rechtliche Gesamtheit der formell enteigneten Rechte im Sinne von Art. 5 Abs. 1 EntG bzw. darauf, was nach Art. 19 EntG alles vergütet werden muss¹⁷⁸. Dazu gehören nach Art. 19 Bst. c «alle weitem dem Enteigneten verursachten Nachteile, die sich nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge als Folge der Enteignung voraussehen lassen», gemeint ist weiterer Schaden wie z. B. Inkonvenienzen¹⁷⁹. Es genügt aber nicht, dass zwischen einem nutzungsplanerischen Bauverbot und dem für die Bedürfnisse des öffentlichen Werks benötigten und deshalb zu enteignenden Recht ein Zusammenhang besteht, um automatisch formelles Enteignungsrecht auf die gesamte Entschädigung anzuwenden. Dies ist nur dann der Fall, wenn die Massnahme ohne das Projekt raumbezogen überhaupt keinen Sinn macht. Das ist selten. Ein Beispiel dafür wird unten in 3.4.2 gegeben. Demgegenüber ist ein Bauverbot, das wegen der allgemeinen Gefährdung auch dann ausgesprochen werden müsste, wenn das Projekt gar nicht umgesetzt würde, nicht die Folge, sondern allenfalls die Ursache für die gewählte räumliche Projektvariante.

3.4.1.3 Subventionsrechtliche Unterschiede zwischen den beiden Enteignungsarten

Die Unterscheidung zwischen Entschädigung aus formeller und Entschädigung aus materieller Enteignung ist mit Bezug auf die Subventionierung von einer gewissen Wichtigkeit. Die formelle Enteignung kann mühelos dem Projekt selbst zugeschrieben werden, ist also aus der Naturgefahrengesetzgebung heraus ohne weiteres subventionsberechtigt.

Die materielle Enteignung bildet demgegenüber gewissermassen einen Teil des Planungsaufwands ab. Es kommt nach der hier vertretenen Ansicht allerdings immer nur dann zu einer Entschädigung, wenn die Herabstufung in ein Nichtbaugebiet nicht im engeren Sinne polizeilich motiviert ist. Das bedeutet, dass rein hochwasserschutzbedingte Auszonungen, die auch ohne Projekt deshalb durchgeführt werden sollten, weil die Nutzungsordnung an die Überbaubarkeit der Grundstücke angepasst werden muss, nicht zu einer Entschädigung führen. Die planerische Massnahme hat für sich keine erhebliche Einschränkung der Nutzung zur Folge (diese ergibt sich vielmehr aus der Gefahrensituation). Damit kommt sie auch nicht einer Enteignung gleich.

¹⁷⁷ Waldmann/Hänni Rz. 101 zu Art. 5.

¹⁷⁸ BGE 105 Ib 327 (Zürich, Nationalstrassenbau) E. 1; 83 I 72 (Bahnhof Horgen) E. 3.

¹⁷⁹ BGE 121 II 350 (Genf, Flughafen-Lärmimmissionen) E. 5d, 105 Ib 327 (Zürich, Nationalstrassenbau) E. 1a, vgl. auch Adrian Walpen, Bau und Betrieb von zivilen Flughäfen; unter besonderer Berücksichtigung der Lärmproblematik um den Flughafen Zürich; Diss. Freiburg 2005 S. 376.

Im Bereich Naturgefahren kann es aber dann zu planungsbedingten materiellen Enteignungen kommen, wenn diese nicht durch die Gefahrensituation, sondern erst durch das Projekt ausgelöst werden. Die Ursache ist dann in der Projektplanung zu suchen:

- > Es werden z. B. Renaturierungen vorgenommen oder es werden aus anderen Gründen Flächen freigehalten, z. B. im Interesse des Landschafts- oder des Naturschutzes. Dann sind nach Art. 12 Abs. 1 SuG die entsprechenden Aufwendungen nach den einzelnen beteiligten Interessen aufzuteilen. Nach Wasserbaurecht ist an eine Beteiligung im Rahmen von Art. 7 WBG (Finanzhilfen an Renaturierungen) zu denken.
- > Es wird Land in den Projektperimeter einbezogen und in der Folge umgezont, das nicht einer so intensiven Gefährdung ausgesetzt ist, wie sie im vorangehenden Absatz beschrieben wurde. Es wird z. B. eine in der Bauzone befindliche Parzelle, die «nur» mittlerer Gefährdung ausgesetzt ist, in eine Freihaltezone umgezont.

Art. 6 WBG, der die Abgeltungen an Massnahmen des Hochwasserschutzes umschreibt, spricht (in der neuen Form nach NFA) zwar generell von «Massnahmen, die dazu dienen, Menschen und erhebliche Sachwerte vor den Gefahren des Wassers zu schützen» und die anschliessende Aufzählung nach Abs. 2 der Bestimmung verwendet den Ausdruck «namentlich», ist also nicht abschliessend zu verstehen. In der Praxis beschränken sich die Abgeltungen angesichts der knappen Mittel aber dennoch auf die in Art. 6 Abs. 2 unter «namentlich» genannten Sachverhalte. Im Ergebnis werden rein raumplanerische Massnahmen weder nach Wasserbau- noch nach Waldrecht vom Bund unterstützt.

Daraus ergibt sich eine besondere Schwierigkeit. Man könnte sich auf den Standpunkt stellen, dass Entschädigungen aus materieller Enteignung überhaupt nie einen Subventionstatbestand bilden, sind sie doch stets die Folge von raumplanerischen Festlegungen. Dann wäre nur die Entschädigung für formelle Enteignung anrechenbar und deren Berechnung folgt, der Zweistufentheorie entsprechend, erst nach der materiellen Enteignung. Das hätte zur Konsequenz, dass die finanziell grosse Last – die Entschädigung des Baulandpreises – so oder so bei den Kantonen verbleiben würde.

Eine solche Haltung wird allerdings weder der vom Gesetzgeber gewollten zentralen Stellung von raumplanerischen Massnahmen im Hochwasserschutz gerecht, noch entspricht sie dem realen Vorgehen. Wo ein so enger Zusammenhang zwischen der Planfestsetzung und dem Projekt besteht sind auch allfällige Entschädigungen aus materieller Enteignung als Aufwendungen zu werten, die im Sinne von Art. 6 Abs. 2 WBG (neu[nfa]) für die Erstellung von Schutzbauten und Anlagen getätigt werden und damit – sofern recht- und zweckmässig – subventionsberechtigt sind. Die Reihenfolge Umzonung – formelle Enteignung zeigt einzig den gesetzlich vorgesehenen Weg, wenn ein Projekt auf Widerstände einzelner Grundeigentümer stösst. In den meisten Fällen geht aber der Umzonung ein freihändiger Landerwerb voran oder es wird vorläufig eine (noch nicht entschädigungspflichtige) Planungszone erlassen, die Zeit gibt, die exakte Ausgestaltung der Anlage und die damit verbundene Notwendigkeit einer Auszonung zusammen mit der Entschädigungsfrage zu klären, bevor die Pläne definitiv erlassen werden. So lautet jedenfalls die Empfehlung des Bundesgerichts, lässt sich doch die raumplanerische Pflicht zu einer umfassenden, abgestimmten und für den Grundeigen-

tümer verbindlichen Planung kaum mit einer Bedingung vereinbaren, welche die Planfestsetzung von der Zustimmung zu einem Kreditbegehren abhängig macht¹⁸⁰.

Das alles ändert freilich nichts daran, dass für Parzellen, auf denen ein faktisches Bauverbot lastet, keine Baulandpreise entschädigt werden können, auch wenn sie sich in der Bauzone befinden. Geschuldet ist nur der Verkehrswert, und der entspricht jenen Nutzungsmöglichkeiten, mit denen der Eigentümer am Stichtag hatte rechnen dürfen. Erstes Kriterium bildet hier die Überbaubarkeit.

3.4.2 Entschädigung im Bereich von Überflutungsgebieten

Werden Überflutungsbereiche (Entlastungskorridore, Rückhalte- und Abflussbereiche) so angelegt, dass die gegenwärtige Landnutzung infolge der periodischen Überflutung unmöglich wird, so ist ein Landerwerb durch das Gemeinwesen (allenfalls verbunden mit Realersatz) zumeist die für alle Beteiligten zumutbarste Lösung. Allenfalls kann die Gemeinde dies aufgrund der kantonalen Gesetzgebung im Planverfahren oder im Verfahren betreffend materielle Enteignung auch verlangen («Heimschlagsrecht», «Zugsrecht»).

Wo die Nutzung als Überflutungsgebiet bereits heute von einer landwirtschaftlichen Nutzung überlagert wird kann das Land grundsätzlich auch beim bisherigen Eigentümer verbleiben. Dann wird eine Pflicht zur Duldung von wiederkehrenden Überschwemmungen errichtet. Das entspricht einer Dienstbarkeit zugunsten eines öffentlichen Werks und erfüllt den Tatbestand der formellen Enteignung (Verlust von Abwehransprüchen aus dem Nachbarschaftsrecht). Es ist volle Entschädigung zu leisten¹⁸¹, wozu auch der Minderwert wegen zu erwartender Ernteauffälle usw. gehört.

Man wird ergänzend gewisse Anbaubeschränkungen auferlegen und die Massnahmen mit dem Verbot verbinden müssen, landwirtschaftliche Bauten zu errichten. Soweit hieraus eine zusätzliche Verkehrswerteinbusse resultiert, ist sie direkt an die Pflicht zur Duldung von Überschwemmungen gekoppelt, ohne Duldungspflicht ergeben sie keinen Sinn. Damit bilden sie gleichsam Teil der Dienstbarkeit und sind nach Art. 19 EntG ein im Rahmen der formellen Enteignung abzugeltender Verkehrswertverlust. Es ist aber zu bedenken, dass beispielsweise erosionshemmende Massnahmen auch unabhängig von Wasserbauprojekten aus agrarpolitischen Gründen oder aus solchen des Bodenschutzes veranlasst werden können.

Die gelegentlichen Überschwemmungen können zu Ernteverlusten führen, die Beweidung, Befahrbarkeit und Bearbeitbarkeit kann während und nach Überflutungen behindert sein, der Bodenwasserhaushalt kann sich verändern und es kann zu Stoffein- und -austragen kommen¹⁸². Weil die Häufigkeit und die Folgen von Überflutungen im Detail nicht abgeschätzt werden können, kann es zweckmässig sein, sich anstelle einer

¹⁸⁰ Vgl. BGE 118 Ia 165 E. 3c.

¹⁸¹ Vgl. Häfelin/Müller Rz. 2070, 2086 ff.

¹⁸² Vgl. Freistaat Sachsen, Sächsische Landesanstalt für Landwirtschaft, Veränderte Landnutzungssysteme in hochwassergefährdeten Gebieten, Schriftenreihe der Sächsischen Landesanstalt für Landwirtschaft, 10. Jahrgang, Heft 12, 2005.

Einmalzahlung auf Entschädigungszahlungen im Ereignisfall zu einigen¹⁸³. Nicht zuletzt wegen der Schwierigkeit, das genaue Ausmass der wiederkehrenden Schäden durch Überflutung festzustellen, kann es sich auch als zweckmässig erweisen, das betreffende Land durch das Gemeinwesen zu erwerben, besonders wenn die bisherigen Eigentümer daran interessiert sind, das Land weiter zu bewirtschaften, hingegen das mit den Überschwemmungen verbundene Risiko nicht selber tragen können oder wollen.

3.5 Entschädigung wegen Verlegens von Bauten und Anlagen

3.5.1 Interesse an einer Verlegung

Nach Art. 17 Abs. 1 Bst. f WaV zählt das Verlegen von gefährdeten Bauten und Anlagen an sichere Orte waldrechtlich zu den Massnahmen zur Sicherung von Gefahrengebieten (Art. 19 WaG). Man geht also davon aus, dass diese Massnahme nur ergriffen wird, wo sie Schutzzwecken dient und verhältnismässig ist. Es liegt dem Eingriff also zunächst ein im engeren Sinne polizeiliches Motiv zugrunde.

Soweit dies einzig dem Sicherheitsbedürfnis des Grundeigentümers selbst dient, ist nach dem Gesagten eigentumsrechtlich keine Entschädigung aus materieller Enteignung geschuldet. Zum Schutz der Gebäudebewohner selbst wäre allerdings in den meisten Fällen ein (allenfalls zeitlich z. B. auf das Winterhalbjahr begrenztes) Verbot bestimmter Nutzungen ausreichend. Das Abreissen alter Gebäude geht in aller Regel über das hinaus, was polizeilich unbedingt angeordnet werden müsste. Damit rückt ein anderes Interesse in den Vordergrund.

Massgeblich für die Zweckmässigkeit oder Notwendigkeit einer Verlegung sind

- > hinsichtlich der Gefährdung die anlässlich des Gefahrenpotenzials noch mögliche Nutzung im Rahmen der Bestandesgarantie und
- > aus Sicht des Schutzprojektes der an diesen Orten lokalisierte Flächenbedarf. Man will z. B. die freiwerdende Fläche bestocken um das Schutzwaldareal zu vergrössern. Neben Bestockungen kommen auch andere werkbedingte Vorteile in Frage. Möglich ist auch eine werkseitig provozierte Zunahme der Gefährdung. Solche Verlegungen können insbesondere in Hochwasserschutzprojekten zur Diskussion stehen, dann nämlich, wenn dem Gewässer der nötige Raum zur Verfügung gestellt werden soll. Es geht also um Überschwemmungsgebiete, Entlastungskorridore, Rückhalte- und Auffangräume. Darüber hinaus ist auch an das raumplanerische Ziel der Erhaltung einer dezentralen Besiedlung zu denken (Art. 1 Abs. 2 Bst. c RPG). Das Verlegen kann deshalb auch einem übergeordneten raumordnungspolitischen Interesse entspringen.

¹⁸³ Vgl. für Deutschland die Beispiele Marburg (Einmalzahlung) bzw. Baunatal/Schauenburg (Zahlung im Ereignisfall), erwähnt bei Frerichs et al. S. 123.

3.5.2 Entschädigung für das Verlegen der Baute

Ist die Verlegung von Bauten und Anlagen ins Auge zu fassen, dann ist entschädigungsrechtlich zu unterscheiden, wer einen Vorteil aus der Verlegung zieht (vgl. dazu auch vorn 3.2.5). Das öffentliche Interesse weist in den genannten Fällen über den Schutz der Grundeigentümer hinaus, bleibt aber ein Interesse am Schutz vor Naturgefahren. Das Verlegen ist selbst die Folge der Schutzmassnahme.

Bei der Verkehrswertberechnung ist zu bedenken, dass auch bei grundsätzlich entschädigungslos hinzunehmenden Bauverboten und Nutzungseinschränkungen den Eigentümern aufgrund der Bestandesgarantie in vielen Fällen eine gewisse Nutzungsmöglichkeit verbleibt. Mit der Verlegung erleiden die Eigentümer einen entsprechenden Investitionsverlust und sie sehen sich darüber hinaus gezwungen an einem anderen Ort neu zu investieren. Das Abreissen der Baute ist deshalb eigentumsrechtlich mit dem verbleibenden Verkehrswert zu entschädigen. *Basis für die Entschädigung ist die faktische verbleibende Nutzungsmöglichkeit im für die Bestimmung des Verkehrswerts massgeblichen Zeitpunkt.* Die Entschädigung berechnet sich also nach dem Wert, den das Gebäude im Sinne der geduldeten Besitzstandswahrung noch hat (vorn 3.2.1). Dieses aus der Bestandesgarantie fliessende Nutzungsrecht ist abzugelten. Hinzu kommen die Kosten für das Abreissen, die ebenfalls vom Staat zu übernehmen sind.

3.5.3 Entschädigung für den Untergang von Eigentumsrechten an der Landfläche

Für den Umgang mit der Landfläche selbst sind daran anschliessend verschiedene Konstellationen denkbar: Landabtausch, Übernahme des Grundstücks durch das Gemeinwesen oder Belassen des Grundstücks in den Händen der Eigentümer, was insbesondere beim Verlegen von landwirtschaftlichen Bauten Sinn macht. Die Entschädigung richtet sich nach den weiter vorne ausgearbeiteten Grundsätzen. Danach ist zuerst die Frage einer materiellen Enteignung zu klären. Auch wenn davon ausgegangen wird, dass das Verlegen der Bauten eine im engeren Sinne polizeilich motivierte Massnahme darstellt, ergibt sich für den Landerwerb eine gewisse Schwierigkeit: Wenn die Gebäude stehen bleiben würden hätte das Land wegen der mit der Bestandesgarantie verknüpften Nutzungsmöglichkeit möglicherweise einen höheren Verkehrswert als ohne Gebäude. Welcher Wert ist nun massgeblich?

Es ist meines Erachtens folgendes zu unterscheiden:

1. Wo der Staat werkbedingt eine Eigentumsübertragung des gesamten Grundstücks anstrebt, muss der Wert der Liegenschaft zusammen mit dem Bauwerk und seinen verbleibenden Nutzungsansprüchen als ein Ganzes dem Verkehrswert entsprechend geschätzt werden. Für die Höhe des Landpreises ist die Frage der Überbaubarkeit im massgeblichen Zeitpunkt entscheidend.
2. Bei Konstellationen mit klarer Trennung von Schutzmassnahme und anschliessendem Landerwerb durch das Gemeinwesen ergibt sich folgendes: Der Abriss der be-

Aus Deutschland ist ein Beispiel für die komplette Umsiedlung eines ganzen Ortsteils auf freiwilliger Basis bekannt (Gemeinde Röderau, Bundesland Sachsen). Die Landesregierung erkannte, dass die Siedlung nicht gegen künftige Fluten geschützt werden könne und hat die Kosten für die Verlegung aus einem Sonderfonds finanziert, wobei den Betroffenen freigestellt blieb, ob sie auf eigene Gefahr in den alten Gebäuden verbleiben wollten. Das wurde aber von niemandem in Anspruch genommen¹⁸⁴.

¹⁸⁴ Betroffen waren über 150 Eigentümer, mit denen vertragliche Regelungen zur Neuansiedlung an einem anderen Ort getroffen wurden. Die meisten haben andernorts ein neues Haus errichtet. Die alten Gebäude wurden abgerissen, womit Überflutungsfläche frei wurde (Sächsisches Staatsministerium des Innern, Landesentwicklungsbericht 2006, 1. Kapitel S. 7).

stehenden Gebäude ist direkt mit der Verlegung verbunden, darin liegt die Schutzmassnahme. Dies stellt an sich noch keine Eigentumsübertragung dar.

Der Untergang des Nutzungsrechts an der Baute ist dabei als materielle Enteignung zu werten und entsprechend zu entschädigen, besteht doch nach dem Entfernen der Bauten keine Wiederaufbaumöglichkeit mehr. Entschädigt wird der Verkehrswert der Baute, der wie im vorangehenden Abschnitt beschrieben berechnet wird und vom versicherungstechnischen Zeitwert abweichen kann.

Für das «nackte» Land (Land ohne Gebäude) ist gemäss dem erwähnten Zweistufenverfahren (vorn 3.4.1.2) im Rahmen der formellen Eigentumsübertragung grundsätzlich der Wert von Landwirtschaftsland einzusetzen. Für allfällige Entschädigungen aus materieller Enteignung sind dagegen die näheren Umstände zu beachten. Wird z. B. das Verlegen der Bauten vorab mit regionalen sozioökonomischen Interessen begründet, dann ist eine wasser- bzw. waldbauliche Subventionierung davon abhängig, ob die Lösung zugleich ein günstiges Kosten/Nutzen-Verhältnis aufweist und zweckmässig ist (vgl. hinten 4.2.1). Zugleich ist ein Kostenverteiler nach Art. 12 SuG zu prüfen. Ist z. B. wegen der Vorteile für die Allgemeinheit eine Entschädigung aus materieller Enteignung geschuldet (im Sinne der Argumentation von Riva [vorn 3.1.3 Punkt 6]), so können nicht-waldbauliche bzw. hochwasserschutzfremde Interessen nicht zu Lasten des Kredites für den Schutz vor Naturgefahren subventioniert werden.

In den Fällen nach Ziff. 1 und 2 dürfte sich vor allem die Berechnung des Verkehrswerts schwierig gestalten. Einerseits kann es sich wegen der Lage um ein Liebhaberobjekt handeln, andererseits ist zu bedenken, dass das Gemeinwesen dem Eigentümer ein möglicherweise nur sehr schwer verkäufliches Objekt entschädigt, in das dieser unter Umständen hoch in Objektschutzmassnahmen hätte investieren müssen. Zudem ist die Liegenschaft risikobehaftet, in dem Sinne, als im Schadenfall die Möglichkeit eines Wiederaufbaus ausgeschlossen bliebe.

3.6 Wegspülen oder Abbrechen von Land

Naturgefahren können zu einem plötzlichen Landverlust führen. Das ist insbesondere dann der Fall, wenn sich das Gewässerbett spontan vergrössert und dieser neue Verlauf des Gewässers für die Zukunft beibehalten wird. Bei Bergstürzen und bei Rutschungen können topografische Veränderungen auftreten, die unter Umständen Landmassen zum Verschwinden bringen.

Solche Ereignisse sind grundsätzlich entschädigungslos hinzunehmen. Für den Landverlust selbst besteht in der Regel auch keine Deckung bei einer Elementarschadenversicherung. Diese erstreckt sich auf die Gebäude, das Mobiliar oder auf Schäden an den Kulturen. Geht jedoch die Landfläche in das Eigentum des die Wasserhoheit beanspruchenden Gemeinwesens über, so handelt es sich um eine formelle Abtretung des Eigentums. Der Fall ist analog zu regeln wie die Abtretung von Land für Wasserbauprojekte.

3.7 **Exkurs: Haftung im Schadensfall**

Da bei gefahrenbedingten Auszonungen im Normalfall keine Entschädigung aus materieller Enteignung geschuldet ist, stellt sich umso schärfer die Frage der Amtshaftung wegen vorangegangener fehlerhafter Planung.

3.7.1 **Planungspflicht und Planungsfehler**

Naturereignisse resultieren aus dem Zusammenwirken verschiedener Umstände. Im Hochwasserschutz sind die Ursachen, die zu einem bestimmten Wasserabfluss führen, besonders weiträumig und vielfältig. Wer den Behörden vorwirft, sie hätten im Rahmen der konkreten Umsetzung in die Nutzungsordnung Fehler begangen, sieht sich vor der Schwierigkeit, zu ermitteln, wann der behördlichen Entscheidung objektiv Unsachlichkeit vorgeworfen werden kann.

Die Rechtsgüter Leben und Gesundheit sind nach allgemeinem Rechtsempfinden von überragender Bedeutung. Es muss mit hinreichender Sicherheit gewährleistet werden, dass hier keine untragbaren Risiken entstehen. Hierfür bilden die Empfehlungen der Bundesämter eine Richtschnur, von der nicht ohne Begründung abgewichen werden sollte. Allerdings ist auch ihnen eine gewisse Elastizität eigen. Solange sich die planenden Behörden in ihrem Spielraum bewegen, kann ihnen keine Verletzung von Rechtspflichten vorgeworfen werden.

Davon sind jene Fälle zu unterscheiden, wo die Pläne objektiv fehlerhaft festgesetzt wurden. Das ist dann der Fall, wenn die zuständigen Planungsorgane den Bereich des erlaubten Ermessens verlassen haben. Die Behörden dürfen ihre diesbezügliche Verantwortung nicht auf die leichte Schulter nehmen. Wo das Gemeinwesen Risiken völlig verkennt bzw. die vom Gesetzgeber vorgesehenen Massnahmen ohne stichhaltige Rechtfertigung nicht ergreift und damit in den Bereich der willkürlichen Handlungen vorstösst, kann eine Haftung infolge fehlerhafter Planung nicht von vornherein ausgeschlossen werden.

3.7.2 **Haftung für Planungsfehler**

Das Bundesgericht hat in BGE 106 Ib 339 f. angeführt, es bestünde die Möglichkeit, das Gemeinwesen schadenersatzpflichtig zu machen, wenn die Korrektur eines ursprünglichen Planungsfehlers zu einem Bauverbot aus polizeilichen Gründen führt (vgl. vorn 3.1.3 Punkt 5). Auch im deutschen Recht wird die Möglichkeit einer Amtshaftung nicht ausgeschlossen¹⁸⁵.

Das Hauptproblem der Staatshaftung liegt im Kriterium der Widerrechtlichkeit. Nicht jede Planung, welche die Grundeigentümer einem gewissen Risiko aussetzt, ist widerrechtlich. Vom Gemeinwesen wird nicht verlangt, dass es einen absoluten Schutz gegen alle Beeinträchtigungen und Risiken gewährleistet. Es ist in erster Linie Sache

¹⁸⁵Näheres bei Michael Kern, Hochwasserschutz im Bauplanungsrecht unter besonderer Berücksichtigung des Regierungsentwurfs eines Gesetzes zur Verbesserung des vorbeugenden Hochwasserschutzes vom 3. März 2004, Diss. Regensburg 2005, S. 144 ff.

der einschlägigen Gesetzgebung, die Grenze zwischen einer unerlaubten Gefährdung und einem hinzunehmenden Restrisiko zu definieren¹⁸⁶. Die Frage nach der Tragweite der Schutzpflicht ist auch aus grundrechtlicher Perspektive in der Regel gleichbedeutend mit der Frage nach der richtigen Anwendung des einschlägigen Gesetzesrechts¹⁸⁷. Es muss eine in einem Rechtssatz verankerte konkrete Pflicht der Behörden bestehen, entsprechende Schäden abzuwenden.

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist die Widerrechtlichkeit dann gegeben, wenn eine amtliche Tätigkeit gegen Verbote oder Gebote der Rechtsordnung verstösst, die dem Schutz des verletzten Rechtsguts dienen. Wenn eine Gemeinde trotz erheblicher Gefährdung in die Bauzone einzont, so handelt sie im Sinne dieser Rechtsprechung widerrechtlich¹⁸⁸. Das Gemeinwesen haftet allerdings nur, wenn eine Amtspflicht verletzt wurde. Solange sich die behördliche Handlung innerhalb des ihr zugestandenem Spielraums bewegt ist dies nicht der Fall. Eine Rechtsverletzung ist nur gegeben, wenn ein Ermessensmissbrauch oder eine Ermessensüber- oder -unterschreitung vorliegt. Die Amtsperson muss eine wesentliche Amtspflicht verletzt, einen unentschuldbaren Fehlentscheid getroffen haben¹⁸⁹.

Diese Pflichtverletzung ist bei Planungsentscheiden, die über den Ermessensentscheid hinaus auch eine Gewichtung und Auswahl der Interessen beinhalten, nur schwer nachzuweisen. Es reicht schon, dass die gewählte Lösung sachlich begründbar und im Vergleich zu anderen möglichen Lösungen materiell vertretbar ist¹⁹⁰. Denkbare Haftungsfälle sind nach Nüssle deshalb auf Situationen beschränkt, in denen Land entgegen den naturwissenschaftlich unzweideutigen und bekannten Ergebnissen in die Bauzone eingeteilt wurde bzw. nicht als Gefahrenzone ausgeschieden wurde und dadurch eine spätere Baubewilligung ermöglicht wurde¹⁹¹. Dem ist beizupflichten. Die Erfüllung der Pflicht der Behörden, Naturgefahrenpläne in die Raumplanung zu integrieren, setzt voraus, dass die Behörden überhaupt über das mögliche Bestehen von Gefährdungen ins Bild gesetzt werden. Hierzu dienen heute neben der Erfahrung insbesondere die Gefahrenkarten. Weil sich aber die räumlichen und die klimatischen Bedingungen ändern, können diese Grundlagen veralten. Sie müssen periodisch erneuert werden.

Detailuntersuchungen benötigen Zeit und die Massnahmenplanung ist überdies in die Finanzplanung eingebunden, da sie finanzielle Ressourcen in Anspruch nimmt. Umso wichtiger ist im Interesse der Rechtssicherheit die baldige Erstellung der Gefahrenkarten, auf welche sich die Behörden als naturwissenschaftliche Grundlage bei ihrem Entscheid stützen. Eine Baubewilligung, welche die Gefahrenkarte nicht berücksichtigt bzw. sich über diese hinwegsetzt, dürfte angesichts der auf dem Spiel stehenden Schutzgüter in aller Regel widerrechtlich sein¹⁹².

¹⁸⁶ BGE 126 II 300 (Liestal, Schiesslärm) E. 5b.

¹⁸⁷ BGE 126 II 300 (Liestal) E. 5c.

¹⁸⁸ Alexander Ruch in: Kommentar zum Bundesgesetz über die Raumplanung, Zürich 1999, N. 119 zu Art. 22; Sobotich 117 ff. insbes. 118; Weber-Dürler, ZBl 98/1997, S. 389; Nüssle S. 252 f.

¹⁸⁹ Nüssle S. 253 f.

¹⁹⁰ Nüssle S. 254 mit Hinweis.

¹⁹¹ Nüssle 254 f.

¹⁹² Vgl. auch BGer-Entscheide (strafrechtlicher Kassationshof) 6P.39/2006 E. 8.28–3 sowie 6P.40/2006 E. 9.3.2.

Will man vermeiden, dass in grossem Stil bestehende Gebäude raumplanerisch in eine Zone erheblicher Gefährdung – und damit in eine Bauverbotszone – zu liegen kommen, so ist es unumgänglich, ein entsprechendes Hochwasserschutzprojekt auszuarbeiten. Dieses bezweckt, alle oder eine Anzahl der Parzellen aus der Gefahrenzone zu befreien. Die Projektausarbeitung untersteht, weil raumwirksam, nicht nur den wasserbaulichen, sondern allen zuvor angeführten Anforderungen an eine räumliche Planung, d.h. es muss sich um ein aus wasserbaulicher Sicht zweckmässiges und in die übrige Raumplanung integriertes Projekt handeln und es muss in diesem Sinne ausreichend begründet sein. Solange die Behörden den Schutz erheblicher Sachwerte nach Massgabe ihrer Möglichkeiten mit der nötigen Sorgfalt und unter Beachtung der Rechtsgrundsätze ausüben, können andere Grundeigentümer aus der Tatsache, dass ein Teil der Parzellen von den aktiven Hochwasserschutzmassnahmen profitiert, ihre aber ausgenommen ist, keine eigenen Ansprüche ableiten (vgl. vorn 3.1.2).

Dasselbe gilt, wenn sich, z. B. aufgrund eines aktuellen Ereignisses, wegen neuer Erkenntnisse oder wegen der eingetretenen (vielfach durch private verursachten) räumlichen Entwicklung zeigen sollte, dass die bisherigen Expertenmeinungen und/oder Gefahrenkarten revidiert werden müssen. Auch die Naturgefahrenplanung ist eine sogenannt «rollende Planung», die periodisch überprüft und bei erheblichen Veränderungen revidiert werden muss, ohne dass man deswegen die Behörden für die notwendig werdenden Anpassungen verantwortlich machen könnte. Vielmehr ergibt sich aus der Schutzpflicht, dass die Behörden unabhängig von der planerischen Nutzungsordnung die Baubewilligung aus polizeilichen Gründen dann nicht erteilen dürfen, wenn sich zeigt, dass die bauliche Eignung wegen erheblicher Gefährdung nicht mehr gegeben ist.

3.7.3 Verhältnis von Werkeigentümerhaftung und Haftung für Planungsfehler

Die Werkeigentümerhaftung nach Art. 58 OR knüpft an einen Werkmangel an, der zudem im Rechtssinne als kausale Ursache für den entstandenen Schaden zu gelten hat. Ein Werkmangel liegt vor, wenn zur Gewährleistung der Sicherheit bei der Erstellung oder dem Unterhalt des Werks besondere Massnahmen angezeigt gewesen wären. Dabei muss der Werkeigentümer jene Vorkehrungen treffen, die vernünftigerweise von ihm erwartet werden dürfen, wobei der Wahrscheinlichkeit, dass ein Schadenereignis eintritt und dessen Schwere einerseits sowie den technischen Möglichkeiten und den Kosten der in Frage stehenden Massnahmen andererseits Rechnung zu tragen ist¹⁹³. Massgebend sind stets die Umstände des Einzelfalls¹⁹⁴. Hat das Gemeinwesen alle nötigen und zumutbaren Schutzmassnahmen ergriffen, so liegt kein Werkmangel vor¹⁹⁵.

¹⁹³ BGE-Entscheid 4C.45/2005 (Strasse Täsch-Zermatt) E. 2.2 Lawinengefahr für Strasse.

¹⁹⁴ BGE-Entscheid 4C.45/2005 (Strasse Täsch-Zermatt) E. 2.3.; vgl. auch Michael Bütler/Patrick Sutter, Verkehrssicherungspflichten gegen Steinschlag auf Strassen: Überlegungen mit Blick auf jüngste Ereignisse auf der Gotthard-Autobahn, ZBl 108/2007 S.469 ff. und da die Beispiele für mögliche Werkmängel beim Schutz von Strassen gegen Steinschlag (S. 481).

¹⁹⁵ Bütler/Sutter S. 484.

Zu Recht beanstanden Gauch und Sinniger die unreflektierte Übernahme der Expertenmeinung durch das Gericht¹⁹⁶. Die Mängelfreiheit eines Werkes müsse als Rechtsfrage für jede konkrete Anlage besonders beurteilt werden, es bedürfe einer Kosten-Nutzen-Abwägung nach Massgabe der bedrohten Rechtsgüter.

Die Klage wurde in der Folge zwar abgewiesen, aber nur deshalb, weil der Schadenseintritt und seine Auswirkungen auch bei richtigem Unterhalt nicht hätten verhindert werden können. Damit entsteht der Eindruck, der Werkeigentümer hätte es sich andernfalls als einen Fehler im Unterhalt anrechnen zu lassen, wenn er sich auf den Unterhalt der bestehenden Bauten beschränkt, es aber versäumt, den Hochwasserschutz auch an die laufende räumliche Entwicklung anzupassen. Dazu folgendes:

Nach dem bisher geltenden Art. 8 WBG leistet der Bund im Rahmen der bewilligten Kredite Abgeltungen für die Wiederherstellung wichtiger Bauten und Anlagen «die trotz sorgsamem Unterhalts ihren Zweck nicht mehr erfüllen oder bei einem Naturereignis zerstört würden». Der Wortlaut der Bestimmung wurde zwar durch die Revision im Zuge der NFA abgeändert, war aber im Jahre 1996, als der zitierte Entscheid erging, geltendes Recht. Es ist bemerkenswert, dass das einschlägige Verwaltungsrecht offensichtlich zwischen unzureichendem «Unterhalt» und unzureichender «Zweckerfüllung» unterschieden hat. Die Verantwortlichkeit stellt sich dadurch in einem anderen Licht dar. Meines Erachtens hätte hier auch das Zivilrecht auf den verwaltungsrechtlichen Begriff abstellen müssen, und zwar aus folgenden Gründen: Wenn Gemeinde und Bevölkerung entgegen dem Planungsauftrag sich nicht darum kümmern, inwiefern ihre Aktivitäten den Wasserhaushalt beeinflussen – konkret wurde eine Melioration durchgeführt und es wurden im Einzugsgebiet in grösserem Ausmass Böden versiegelt – und wenn sich hieraus eine wachsende Gefährdung einstellt, so ist es nicht im Sinne der Abstimmung raumbezogener Aufgaben, unter dem Titel «Unterhaltspflicht» einfach vom Wasserbauwerkeigentümer eine Verstärkung der Verbauung zu fordern. Eine solche Haltung vernachlässigt, dass im Zuge der Melioration wesentliche weitere öffentliche Interessen zu beachten gewesen wären, wie insbesondere die landschaftsökologischen Aspekte und jene des Gesamtwasserhaushalts. Ist eine Planung in dieser Hinsicht fehlerhaft und ergibt sich daraus eine Reduktion der Wirkung von Schutzbauten *so muss man sich vertieft mit Fragen der fehlerhaften Planung (nicht des Wasserbauprojekts, sondern der Melioration und der Siedlungsplanung), des Selbstverschuldens der Betroffenen, der Grenze der Unterhaltspflicht und damit mit der Frage auseinandersetzen, welches Verhalten nun adäquat kausal zum Schaden geführt hat.*

Damit soll keineswegs die Unterhaltspflicht und die damit verbundene Pflicht zur Erhaltung des vorhandenen Hochwasserschutzes bestritten werden. *Die Behörden sollen aber nicht einer unzumutbaren Raumbewirtschaftung Vorschub leisten dürfen, ohne die Konsequenzen auf den Hochwasserschutz zu bedenken.* Die Folgen privaten und politischen Handelns unbesehen aufgrund seiner Unterhaltspflicht dem Werkeigentümer anzulasten, ist alles andere als passend. Der Fall zeigt vielmehr, dass die wasserbauliche Situation ein bei jeder Planung zu berücksichtigendes Element darstellt.

Der Entscheid BGE 122 III 229 gibt Anlass zu einigen Bemerkungen, die das Verhältnis der Werkeigentümergehaftung zur Schutzpflicht des Staates im Zusammenhang mit einem wasserbaulichen Werk betreffen.

Das Bundesgericht hatte eine Klage gegen den Kanton Waadt in dessen Eigenschaft als Eigentümer des verbauten Flusses Nozon in der Region Orbe zu beurteilen. Verlangt wurde Schadenersatz wegen der Zerstörung von Kulturen und Installationen als Folge einer Überschwemmung. Sachverhaltlich war man sich einig, dass die Verstärkung des Einzugsgebietes des Flusses für die Erhöhung der Wassermenge zwar mitverantwortlich war, dieser Einfluss bei Hochwasser allerdings eher gering sei. Wesentlich mehr beigetragen habe die drainagebedingte Absenkung der Ebene. Insgesamt hat sich das Gelände um immerhin 1 bis 1,5 m gesenkt – und mit ihm auch die Dämme.

¹⁹⁶ Peter Gauch/Richard Sinniger, Das Urteil: Vom Nozon, der über die Ufer trat... und wie das Bundesgericht die Haftungsfrage entschied, Baurecht/Droit de la construction (BR/DC) [Mitteilungen Seminar für Schweizerisches Baurecht] Heft 2/1997, S. 42 ff.

Solche Überlegungen werden sich jedenfalls auf die Subventionsfähigkeit der Massnahmen im Sinne von Art. 6 Abs. 2 Bst. a WBG (neu[nfa]) auswirken. Danach werden neu der Ersatz und die Instandstellung von Schutzbauten unterstützt. Die Bestimmung ersetzt den vorerwähnten Art. 8 WBG (alt). An Unterhaltsarbeiten werden aber nach wie vor keine Abgeltungen gewährt (Art. 6 Abs. 3 WBG). Voraussetzung einer solchen Abgeltung ist wie stets die Zweckmässigkeit der zugrunde liegenden Planung (Art. 9 Abs. 1 WBG (neu[nfa])) und eine nachträgliche Zweckentfremdung kann nach Art. 8 WBV (neu[nfa]) eine Rückforderung der Subventionen auslösen.

Bezogen auf den oben geschilderten Fall heisst das alles nicht, dass Meliorationen im Hochwasserschutzbereich unterbleiben müssen. Heute muss man sich bei der Projektierung von Meliorationen aber die Frage stellen, ob der Hochwasserschutz ausreicht. Das kann den Weg über eine Subventionierung nach Landwirtschaftsrecht öffnen.

3.7.4 Verhältnis zur Versicherungspflicht

Schadensversicherungen gegen Hochwasser- und andere Elementarschäden sind in beinahe allen Kantonen obligatorisch. Wo dies der Fall ist, sollen baurechtliche Anforderungen und Anforderungen der Gebäudeversicherungen ein kohärentes Ganzes bilden.

Auf der einen Seite dürfen die Anforderungen der Versicherungen an die Objektsicherheit sich nicht derart stark von den baurechtlichen Anforderungen unterscheiden, dass zwar kein rechtliches, wohl aber ein faktisches Bauverbot entsteht, weil die Baubewilligung voraussetzt, dass eine Versicherung abgeschlossen wird, eine solche aber gar nicht oder nur gegen völlig unverhältnismässige Prämien abgeschlossen werden kann. Die Versicherungen sollen nicht über ihre Versicherungsbedingungen für den Kanton «die Kastanien aus dem Feuer holen».

Auf der anderen Seite bildet die Versicherungspflicht das ideale Mittel, um die Eigenverantwortung der Grundeigentümer in die Schadenserledigung einzubeziehen (vgl. vorn 2.4.1.3 c). Die Pflichten des Staates im Rahmen der Schadenbewältigung und die Pflicht der Versicherungen zur Erbringung der vertraglich geschuldeten Leistungen ergänzen sich wie folgt:

1. Schäden an Privateigentum werden grundsätzlich durch die Versicherungen gedeckt. Die Verordnung über die Beaufsichtigung von privaten Versicherungsunternehmen (Aufsichtsverordnung, AVO) regelt, gestützt auf Art. 33 Abs. 2 des Versicherungsaufsichtsgesetzes (VAG), Deckungsumfang und Prämientarife der Elementarschadenversicherung für alle Privatversicherer in der Schweiz einheitlich und verbindlich. Die obere Grenze der Haftung aller Versicherer zusammen genommen beträgt zurzeit 1 Milliarde Franken pro Ereignis für Gebäudeschäden (Art. 176 Abs. 2 und 3 AVO). Für nicht versicherbare Elementarschäden besteht in Form einer Stiftung ein privater gesamtschweizerischer Fonds.
2. Bund, Kantone und Gemeinde haben für Schäden an jenen Gebäuden und Anlagen aufzukommen, die der öffentlichen Hand gehören. Die Anstrengungen der Kantone

Das Gericht hat dem Kanton als Werkeigentümer vorgeworfen, er hätte das erforderliche Sicherheitsniveau durch entsprechende Arbeiten an der Verbauung beibehalten müssen. Im Wesentlichen wurde wie folgt argumentiert: Um zu beurteilen, ob das Werk mangelhaft ist, sei es massgeblich, zu welchem Zweck es errichtet worden sei. Die Unterhaltspflicht des Eigentümers sei umso ernster zu nehmen, je grösser das Risiko und je geringer der Kostenaufwand ist, ihm zu begegnen. Der Hochwasserschutz hätte aber nicht jede denkbare Gefahr zu eliminieren. Die notwendigen Ausgaben müssten in einem vernünftigen Verhältnis zum Zweck der Massnahmen und zu den Interessen der Nutzniesser stehen; immerhin müsse das Werk den Effekt erzielen, den man vernünftigerweise von ihm erwarten könne. Das Gericht ging, gestützt auf die Aussagen eines Experten, davon aus, Verbauungen hätten im Landwirtschaftsgebiet grundsätzlich einer Jährlichkeit der Hochwasser von rund 30 Jahren standzuhalten.

werden teilweise vom Bund subventioniert. Rechtsgrundlagen dazu finden sich im Wasserbaugesetz, im Waldgesetz, im Landwirtschaftsgesetz, im Eisenbahngesetz, im Nationalstrassengesetz und im Bundesgesetz über die Verwendung der zweckgebundenen Mineralölsteuer.

3. Bestehen allenfalls Haftpflichtansprüche gegenüber dem Staat, so können diese aufgrund der anwendbaren regressrechtlichen Regelungen auf die Versicherer übergehen. Die gesetzlichen Regressbestimmungen werden diesfalls analog angewendet¹⁹⁷. Bei privaten Versicherungsgesellschaften richtet sich der Rückgriff auf andere Haftpflichtige nach Art. 72 des Versicherungsvertragsgesetzes (VVG). Danach gehen auf den Versicherer jene Ersatzansprüche über, die einem Geschädigten gegenüber Dritten aus unerlaubter Handlung zustehen und insoweit, als der Versicherer Entschädigung geleistet hat.
4. 19 Kantone kennen eigene Gebäudeversicherungen mit Monopolstatus. Sie haben die Rechtsform einer öffentlich-rechtlichen Anstalt mit eigener Rechtspersönlichkeit. Sie unterstehen nicht dem Versicherungsvertragsgesetz. Damit ist Art. 72 VVG nicht anzuwenden. Stattdessen greifen die kantonalen Abtretungsregeln des jeweiligen Gesetzes über die Gebäudeversicherung. Diese dürfen nach Lehre und Rechtsprechung die Rechtsstellung der Haftpflichtigen gegenüber dem Zivilrecht nicht schwächen. Sie dürfen insbesondere Art. 51 OR nicht unterlaufen. Die Rückgriffsregeln sind entsprechend der Kaskade nach Art. 51 OR anzuwenden. Im Wesentlichen entspricht diese Lösung wiederum jener nach Art. 72 VVG. Vorbehalten bleiben aber jene kantonalen Vorschriften, die den Rückgriff erschweren.¹⁹⁸

3.7.5 Verhältnis zu Schäden in Entlastungskorridoren, Rückhalte- und Auffangräumen

Soll-Überflutungsbereiche werden raumplanerisch als Freihalteflächen oder Flächen zur Regelung des Wasserabflusses ausgewiesen und mit entsprechenden Nutzungseinschränkungen und allenfalls Bewirtschaftungsgeboten verknüpft. Die Grundeigentümer sind verpflichtet, die wiederkehrenden Überschwemmungen bzw. Übersarungen zu dulden. Der dabei entstehende Schaden ist als wirtschaftlicher Nachteil zu werten, der aus der Projektrealisierung entsteht. Er ist deshalb im Rahmen des Verfahrens der formellen Enteignung von Nachbarrechten festzulegen. Näheres dazu vorn 3.4.2.

¹⁹⁷ Alexander Müller, Regress im Schadensausgleichsrecht unter besonderer Berücksichtigung des Privatversicherers, Diss. St. Gallen 2006, S. 28 mit Hinweisen.

¹⁹⁸ Näheres bei Alexander Müller S. 122 mit Hinweisen.

3.8

Fazit

Die bestehende eigentumsrechtliche Regelung hat für die betroffenen Grundeigentümer unter Umständen schwerwiegende finanzielle Folgen. Weil Schäden an Gebäuden in aller Regel versichert sind und unbeschädigte Gebäude im Rahmen der Besitzstandswahrung weiter genutzt werden dürfen, konzentriert sich die Problematik auf den Landwert. Hier kann es zu Härtefällen kommen, vorausgesetzt, das Gemeinwesen kann nicht wegen fehlerhafter Planung haftbar gemacht werden. Tabelle 2 zeigt den restriktiven Charakter der eigentumsrechtlichen Regelung. Es handelt sich um eine Typisierung. *Vorbehalten bleiben immer die besonderen Umstände im Einzelfall, die allenfalls zu einer anderen Beurteilung im Sinne der oben vorgenommenen, sich in der Tabelle nicht im Detail widerspiegelnden Differenzierung führen können.*

Auch wenn die entschädigungsrechtlichen Folgen der Umsetzung des Hochwasserschutzes im Einzelfall gravierend sein können, so rechtfertigt es sich nicht, die gefestigte Rechtsprechung zur materiellen Enteignung deswegen zu ändern. Weil bei polizeilich begründeten Auszonungen faktisch gar kein Rechtsverlust vorliegt – die Überbaubarkeit des Terrains ist nicht gegeben – hätte eine Praxisänderung nicht abschätzbare Rechtsunsicherheiten zur Folge. Betroffen wären alle Fälle, wo nicht baureife Grundstücke ausgezont werden, ist doch Unüberbaubarkeit infolge Naturgefahr entschädigungsrechtlich nicht grundsätzlich anders zu behandeln, als z. B. Unüberbaubarkeit wegen fehlender Erschliessung oder ungeeigneter Parzellengrösse. Zudem besteht die Gefahr, dass wegen der Kosten Bauzonen auch dann nicht zurückgezont würden, wenn die Gefährdungssituation dies an sich verlangen würde. Dies widerspricht sowohl dem Ziel der Gefahrenprävention wie auch dem Gebot, Nutzungspläne bei einer Änderung der Verhältnisse nötigenfalls anzupassen (Art. 21 Abs. 2 RPG).

Trotzdem sollte man nicht die Augen davor verschliessen, dass das Gemeinwesen für die sich neu ergebende Situation insofern mitverantwortlich ist, als der Grundeigentümer auf die Risikoangepasstheit der Planung vertraut. Das Gemeinwesen schafft den Rahmennutzungsplan, der vom Grundeigentümer verwirklicht wird, wenn er ein Gebäude errichtet. Wenn sich nun zeigt, dass die Risiken wegen neuer Entwicklungen im Zusammenhang mit der Klimaveränderung bisher unterschätzt wurden, ergibt dies eine Grundkonstellation, wie man sie auch aus dem Altlastenrecht kennt: Die eigentlichen Verursacher können nicht gefasst werden.

Art. 5 Abs. 1 RPG weist die Kantone an, einen Ausgleich zwischen planungsbedingten Vor- und Nachteilen regeln. Es ist grundsätzlich auch denkbar, in sehr entfernter Anlehnung an die Altlastenregelung im Bereich Naturgefahren für raumbezogene Sanierungen Sonderbestimmungen zu erlassen, welche die Besonderheiten der Problemkonstellation aufnehmen. Die Bezugnahme auf das Eigentumsrecht jedoch bleibt unbehelflich. Deshalb ist nach geltendem Recht auch eine Subventionierung durch den Bund ausgeschlossen. Das ist sachlich durchaus gerechtfertigt: Der Bodenpreis knüpft an die nutzungsplanerische Zonenausscheidung an. Für diese tragen die Gemeinden und allenfalls die Kantone die Verantwortung.

Tab. 2 > Bemessungsgrundlage für die Subventionierung von Landerwerb und Umsiedlungen*typisiert, besonderer Umstände bleiben vorbehalten*

Situation	Zone gemäss aktuellem Nutzungsplan	Gefährungsgrad aufgrund neuer Erkenntnisse	Konsequenzen	Entschädigung für materielle Enteignung	Bemessungsgrundlage bei Landerwerb
1. Gebäude zerstört	Bauland	erheblich (rot)	Wiederaufbau nicht zulässig (baupolizeiliches Verbot) Massnahmen: Auszonung in Nichtbauzone mit nutzungsplanerischen Auflagen entsprechend dem Gefährungsgrad oder aktive Schutzmassnahme	nein	Nicht-Bauland
2. Gebäude nicht zerstört	Bauland	erheblich (rot)	Weiternutzung im Rahmen der Besitzstandswahrung soweit vertretbar, ev. Teilnutzungsverbot. Ausbau- und Wiederaufbauverbot. Massnahmen wie unter 1., zusätzlich Objektschutz soweit verhältnismässig angesichts reduzierter Nutzbarkeit.	nein	Gebäude: Verkehrswert gemäss den verbleibenden Nutzungsmöglichkeiten Land: Nicht-Bauland
3. Gebäude teilzerstört	Bauland	erheblich (rot)	Soweit noch nutzbar Instandstellung mit Objektschutzaufgaben. Nutzungsänderungen nur zulässig wenn Gefährdung geringer wird. Massnahmen wie unter 2.	nein	Wie unter 2. bezogen auf den erhalten gebliebenen Teil des Gebäudes (Verkehrswert = Wert des Besitzstands, d.h. Wert des erhalten gebliebenen Teils zuzüglich Wert des Rechts auf Instandstellung)
4. Industriebaute mit hohem Schadenpotenzial	Industriezone	mässig (blau)	Schadenpotenzial abklären, Ergänzend zu den üblichen Massnahmen gemäss Empfehlungen ist Art. 10 USG anzuwenden, was bedeuten kann, dass gewisse Nutzungen aus umweltschutzrechtlichen Gründen nicht weiter zuzulassen sind.	Auszonung: im Einzelfall abklären. Bei Umzonungen mit lediglich reduzierter baulicher Nutzbarkeit grundsätzlich nein	Verkehrswert für verbleibende Nutzungsmöglichkeit abzüglich Kosten für materielle Enteignung
5. Umsiedlung von Gebäuden	Bauland oder Nichtbauland	erheblich (rot)	Abbruch mit anschliessendem Wiederaufbau eines Wohnhauses in der Bauzone beurteilt sich grundsätzlich nach 2. Aktive Umsiedlung als Massnahme ist für spezielle Situationen reserviert. Bsp: <ul style="list-style-type: none"> • Wiederansiedlung von nicht länger tolerierbaren Nutzungen, die besondere Zonen benötigen (z. B. Campingplätze) • Verlegung auf eigenem Land im Rahmen landwirtschaftlicher Bodenverbesserungen • ev. bei Landumlegungen 	Nein, ev. Realersatz nach besonderen Regeln (Landumlegungsverfahren). Bemessungsgrundlage ist auch hier die polizeilich verbleibende Nutzbarkeit.	Grundsätzlich wie 2, aber spezielle Situation beachten.

4 > Ergänzende Bemerkungen zur Subventionierung von Schutzmassnahmen

4.1 Neugestaltung des Finanzausgleichs und der Aufgabenteilung (NFA)

Die NFA hat relativ grosse Änderungen im Bereich der Subventionen gebracht. Bisher wurde die Subventionierung stets von der Finanzkraft der Kantone abhängig gemacht (vgl. Art. 9 Abs. 2 Bst. d und Art. 10 Abs. 2 Bst. b SuG (alt)). Dies ist nun weggefallen. *Finanzausgleich und Subventionierungen wurden konsequent voneinander getrennt.*

Der zweite Hauptpunkt betrifft die Einführung von *Programmvereinbarungen* (vgl. nunmehr Art. 9 Abs. 2 Bst. d, Art. 10 Abs. 2 Bst. b, Art. 16 Abs. 1^{bis} und Art. 20a SuG neu[nfa]). Abgeltungen werden neu entweder global nach den Programmvereinbarungen (Art. 36 Abs. 1 WaG neu[nfa] sowie Art. 8 Abs. 1 WBG neu[nfa]) oder – bei besonders aufwändigen Projekten – nach Massgabe der Gefährdung durch Naturereignisse, den Kosten und der Wirksamkeit der Massnahmen ausgerichtet (Art. 36 Abs. 2 und 3 neu[nfa] WaG, Art. 8 Abs. 2 und Art. 9 WBG neu[nfa] in Verbindung mit Art. 2 WBV neu[nfa]). Diese Einzelfallbeurteilung betrifft Projekte mit einem Kostenaufwand von >1 Mio Franken (Art. 40 Abs. 2 WaV, Art. 3 Abs. 3 WBV)

Die bisherige Festlegung von Subventionshöchstsätzen auf Gesetzesstufe wurde fallen gelassen. Nach den revidierten Artikeln 23 WBV und 40 WaV gilt für die einzeln abgegoltene Projekte nunmehr ein einheitlicher Prozentsatz. Der Bund hat ausserdem den Umstand, dass der Gesetzgeber die Einzelheiten der Voraussetzungen an den Bundesrat delegiert hat, dazu ausgenützt, die Subventionshöhe von der *Planungsqualität der Massnahmen* abhängig zu machen, sowie bei den einzeln beurteilten Projekten von der Umsetzung einer *umfassenden Risikobetrachtung* (Art. 1 und 2 WBV neu[nfa] sowie Art. 40 WaV neu[nfa]). Damit wurde der *integrale Gefahrenschutz auf die Ebene der Rechtsetzung des Bundes getragen.*

4.2 Tragweite der Subventionsgrundsätze im Naturgefahrenschutz

Das Subventionsgesetz enthält Grundsätze die bei allen Subventionen zu beachten sind. In unserem Zusammenhang sind folgende Bestimmungen von besonderem Interesse:

- > Anforderungen an die Wirtschaftlichkeit der Aufgabenerfüllung nach Art. 10 Abs. 1 Bst. a SuG,
- > Grundsätze für die Programmvereinbarungen und
- > Grundsätze für die Prioritätenordnung.

4.2.1 Grundsätze für Abgeltungen (Art. 10 Abs. 1 Bst. a SuG)

Art. 10 Abs. 1 Bst. a SuG verlangt, dass die Aufgabe zweckmässig, kostengünstig und mit einem minimalen administrativen Aufwand erfüllt werden kann. Die Zweckmässigkeit der Aufgabenerfüllung darf nicht mit kostengünstiger Erledigung gleichgestellt werden. Das eine ist ein inhaltliches, das andere ein zusätzliches finanzwirtschaftliches Kriterium.

4.2.1.1 Zweckmässige Aufgabenerfüllung

Art. 10 SuG und auch Art. 14 Abs. 1 SuG erlauben im Bereich der Subventionierung über die reine Rechtskontrolle hinaus auch eine Zweckmässigkeitskontrolle der Aufgabenerfüllung. Dadurch wird die Abwägungsfreiheit der Kantone im Vollzug eingeschränkt: Kantonale Lösungen, die sich zwar als rechtmässig aber nicht als zweckmässig erweisen, sind rechtlich zwar zulässig, sie sind aber nicht subventionsfähig. Zweckmässig muss nach Wasserbaurecht insbesondere die Massnahmenplanung sein (Art. 9 Abs. 1 WBG neu[nfa]). Das Subventionsgesetz legt ebenfalls fest, dass nur solche Aufwendungen anrechenbar sind, die für die zweckmässige Erfüllung der Aufgabe unbedingt erforderlich sind (Art. 14 Abs. 1 SuG).

Indem auch das Wasserbaurecht den Begriff der Zweckmässigkeit aufnimmt und in Verbindung mit der Massnahmenplanung stellt, wird bekräftigt, dass Zweckmässigkeit im Sinne der Hochwasserschutzgesetzgebung zu verstehen ist. Das beinhaltet auch auf die Raumintegration der Massnahmen. Angesprochen ist insbesondere der Raumbedarf der Gewässer (Art. 21 Abs. 2 WBV), aber nicht nur, geht doch das planerische Abstimmungsgebot darüber hinaus. Es darf und soll im Zuge der Subventionierung überprüft werden ob die räumliche Dimension ausreichend Beachtung findet. Das braucht sachgerechte Grundlagen. Sie sind (noch) nicht in allen Kantonen ausreichend vorhanden. Das betrifft nicht nur die Gefahrenkarten sondern auch andere zu deren Erstellung oder zur Beurteilung der Zweckmässigkeit notwendige Beurteilungsgrundlagen wie z. B. genügende Bodeninformationen¹⁹⁹, Raumentwicklungskonzepte usw. Wenn die Bedürfnisse der Zweckmässigkeitsprüfung nicht hinreichend befriedigt werden können, sind die Voraussetzungen für eine Subventionierung nicht gegeben.

Man darf nicht übersehen, dass das Festlegen von Massnahmen gerade im Bereich Naturgefahren stark bedürfnis- und ereignisgetrieben ist. Es ist deshalb wichtig die Planungsgrundlagen rechtzeitig zu beschaffen. Im Anschluss an ein Naturgefahrenereignis kann dies innert nützlicher Frist kaum nachgeholt werden. Die geänderten Bestimmungen der Wasserbauverordnung machen keinen Unterschied mehr zwischen den Anforderungen an ordentliche Gesuche und jenen an dringliche Massnahmen (Art. 2 WBV (neu[nfa]) im Vergleich zu Art. 3 WBV (alt)). Daher sind künftig dieselben Anforderungen zu stellen. Die Kantone sind gut beraten, wenn sie allfällige Grundlagendefizite entsprechend zügig beheben (vgl. auch vorn 2.4.1.2 am Ende).

¹⁹⁹ Dazu näheres bei Claude Lüscher (2004), Leitfaden Bodenkartierung: Bodendaten – ein Werkzeug für Planung, Nutzung und Schutz des Lebensraumes Boden, Projekt Bodeninformation Schweiz BI-CH/Teilprojekt 3, S. 37/38.

4.2.1.2 Verhältnis von zweckmässiger und kostengünstiger Aufgabenerfüllung

Es kann sein, dass das zweckmässigste Projekt nicht das kostengünstigste ist und umgekehrt. Daraus entsteht ein Spannungsfeld zwischen den beiden Anforderungen. Die Kantone haben hier ein gewisses Auswahlmessen. Zur Schaffung von Rechtssicherheit hat der Bund aber festzuhalten, wann ein Vorhaben als kostengünstig zu bewerten ist und er soll sich auch dazu äussern, wann ein Projekt im Sinne der Naturgefahrenschutzplanung als zweckmässig anzusehen ist. Das erfordert grundsätzlich neben dem Zusammenwirken der direkt in das integrale Risikomanagement involvierten Stellen auch eine *frühzeitige Zusammenarbeit mit den potenziell in die Planung involvierten Bereichen*, insbesondere jenen des Gewässerschutzes, der Fischerei, der Landwirtschaft, des Natur- und Heimatschutzes, der Konzessionierung und des Baus von Verkehrswegen und sogenannter Lifelines (Gas, Wasser, Elektrizität, Kanalisation). Eine besonders enge Zusammenarbeit ist mit den für die Raumplanung und Siedlungsentwicklung zuständigen Behörden zu suchen, zumal Subventionen wie erwähnt als raumwirksame Tätigkeit anzusehen sind²⁰⁰.

4.2.2 Grundsätze für Programmvereinbarungen (Art. 20a Abs. 1 SuG)

Nach Art. 20a Abs. 1 SuG legen die Programmvereinbarungen die gemeinsam zu erreichenden strategischen Programmziele fest und regeln die Beitragsleistung des Bundes sowie, im Einvernehmen mit der Eidgenössischen Finanzkontrolle, die Einzelheiten der Finanzaufsicht.

Bei der hier zu behandelnden Fragestellung interessiert vor allem das Festlegen der strategischen Programmziele. Nach den fachspezifischen Erläuterungen zur Programmvereinbarung im Bereich Schutzbauten und Gefahrengrundlagen stellt der Bund Mindestanforderungen an die Projekte. Sie nehmen Bezug auf eine zu errichtende Schutzzielmatrix und berücksichtigen das Schadenpotenzial sowie das individuelle Todesfallrisiko. Qualitätsanforderungen betreffen die Punkte Wirtschaftlichkeit und Risikoreduktion, Umsetzung des integralen Risikomanagements, Projekt-Qualität (insbesondere technische) sowie die ökologische Qualität. Regionale Aspekte und Synergien sollen über eine öffentliche Projektauflage berücksichtigt werden. Sodann sind als Rahmenbedingung alle einschlägigen gesetzlichen Grundlagen des Bundes zu berücksichtigen.

Diese Ausgestaltung der Anforderungen erscheint plausibel. Ob aber alle Aspekte der Zweckmässigkeit abgedeckt werden ist zumindest ungewiss²⁰¹. Unklarheiten betreffen

²⁰⁰ Vgl. BGE 114 Ib 224 E. 7/e (betreffend ein Meliorationsverfahren): ... «muss einmal mehr betont werden, dass bei Unternehmen, die mehrere Gesetzgebungen betreffen, eben von Anfang an zu koordinieren ist. Von Beginn an kann erwogen werden, was für Bewilligungen, Zustimmungen usw. erforderlich sind. Die entsprechenden Verfahren können dann unverzüglich und möglichst frühzeitig, allenfalls gar gleichzeitig eingeleitet werden. Raumplanungs- bzw. baurechtlich ist es möglich, schon in einem frühen Zeitpunkt, sogar ohne definitives Projekt, um einen Vorentscheid nachzusehen. Die Forderung nach einem sachlich umfassenden, ganzheitlichen Denken darf nicht an der historisch gewachsenen Aufteilung in verschiedene Verfahren scheitern. Mit einem derartig koordinierten Vorgehen wird dem Anliegen des BLW Rechnung getragen, das Subventionsverfahren nicht mit Fragen zu belasten, die es nicht beantworten kann.»

²⁰¹ Allgemein zur Problematik der Wirkung von Programmvereinbarungen siehe Werner Bussmann, Wirkungsorientierte Subventionierung: das Beispiel der Programmvereinbarungen, LeGes 2007/2 S. 239 ff., insbes. S. 251 ff.

insbesondere die Frage, wann raumplanerische Massnahmen ausreichen, welche Anforderungen an ihre Ausgestaltung zu richten sind und wann Schutzbauten an ihre Stelle treten sollen. Darauf wird im Folgenden kurz eingegangen. Die Überlegungen gelten für Pauschalvereinbarungen ebenso wie für Einzelverfügungen.

4.2.3 Koordinationsbedarf

Im Bericht «Naturgefahren und Alpenkonvention» wird festgehalten, dass heute das Schadenpotenzial vor allem als Folge der immer intensiveren Nutzung von gefährdeten Gebieten und der damit verbundenen Wertsteigerung kontinuierlich zunimmt. Das bezieht sich auch auf die Zunahme des Verkehrsaufkommens²⁰². Der Naturgefahrenschutz aber zielt mit seinen Massnahmen auf eine Reduktion des Schadenpotenzials ab.

Die erwähnten Mindestanforderungen an Projekte knüpfen an bestehende Gefährdungen an und sie verlangen ausserdem, dass planerische Massnahmen in der kommunalen Raumplanung umgesetzt werden. Zusätzlich verlangen sie, wie bereits erwähnt und was an sich selbstverständlich ist, auch die Berücksichtigung des übrigen relevanten Bundesrechts. Aus juristischer Perspektive ergibt sich daraus eine weitere Schwierigkeit: Die zu berücksichtigenden Rechtsgrundlagen enthalten ihrerseits teilweise Zielnormen. Auch für sie existieren qualitative Anforderungen an die zu wählende Lösung. Implizit sind damit auch diese zu erfüllen.

Möglicherweise genügt es hierfür auf die bestehenden (passiven) Mitberichts- und Mitwirkungsverfahren abzustellen. Dies gilt namentlich dann, wenn die räumlichen Auswirkungen der getroffenen Massnahmen begrenzt sind. Es mag sein, dass dies bei den von Programmvereinbarungen betroffenen Massnahmen der Fall ist.

Die Massnahmen der Raumplanung sind von ihrer Definition her auf künftige räumliche Entwicklungen ausgerichtet. Sie sollten so auf die übrigen Massnahmen abgestimmt werden, dass auch Prognosen über die *Entwicklung des Schadenpotenzials* bzw. über die Steuerwirkung der raumplanerischen Massnahmen einfließen. Bei Massnahmen mit grösseren räumlichen Auswirkungen ist es unumgänglich, die entsprechenden Abklärungen bei Bund, Kanton und Gemeinden bereits in der Phase der Projektvorbereitung aktiv voranzutreiben. Sie sollen *rechtzeitig (und das heisst möglichst frühzeitig²⁰³) in der Planung berücksichtigt* werden. Den Empfehlungen des Bundes zufolge sollten deshalb Schutzkonzepte grössere Raumeinheiten wie Talschaften oder ganze Einzugsgebiete umfassen. Es brauche so grosse Einheiten um eine integrale Gebietsbewirtschaftung, die allen Bedürfnissen Rechnung trägt, umzusetzen²⁰⁴.

²⁰² Bundesamt für Raumentwicklung (ARE)/Eidg. Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (UVEK) [Hrsg.], Naturgefahren und Alpenkonvention – Ereignisanalyse und Empfehlungen, BBL Bern 2003 S. 32 ff.

²⁰³ Vgl. vorn 4.2.1.2.

²⁰⁴ ARE/UVEK, Naturgefahren und Alpenkonvention, S. 37.

5 > Schlussfolgerungen

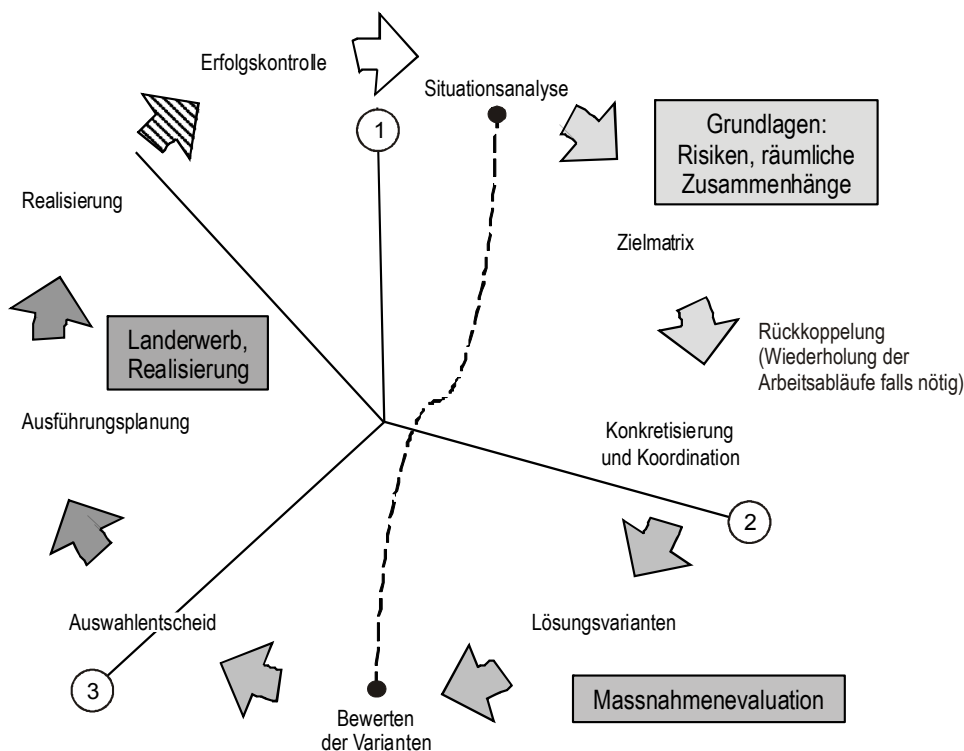
5.1 Klare Trennung zwischen Grundlagenerarbeitung, raumplanerischer Festlegung und Realisierung

Die Umsetzung des Schutzes vor Naturgefahren lässt sich vom rechtlichen her in verschiedene Schritte aufteilen, die von einer je anderen Fragestellung dominiert werden. Raumplanerische Festlegungen und anlagebedingte Schutzmassnahmen sind zwar eng miteinander verbunden, sie haben aber unterschiedliche Zielsetzungen und sie haben andere Konsequenzen in Bezug auf die Subventionierung. Die einzelnen Phasen der Umsetzung sind deshalb aus rechtlicher Optik klar voneinander zu trennen. Diese Strukturierung ist auch nützlich für das bessere Verständnis, wo ein allfälliger Harmonisierungsbedarf anzusetzen hat.

5.1.1 Schritte der Umsetzung

In der Planungsmethodik gliedert man die Planungsprozesse in verschiedene Phasen auf.

Abb. 1 > Schritte der Umsetzung



Die mit 1, 2 und 3 beschrifteten Linien zeigen den Beginn einer rechtlich wichtigen neuen Prozessphase an. Wohl können sich die einzelnen Phasen zeitlich gesehen teilweise überlagern. Für die Beurteilung der rechtlichen Anforderungen und Konsequenzen ist jedoch eine Trennung unumgänglich; die einzelnen Phasen geben Antwort auf jeweils unterschiedliche Rechtsfragen.

Zu 1:

Auslöser für eine Gefahrenschutzplanung bzw. deren Revision können sein:

- Ereignisse
- Rechtsänderungen
- erhebliche Veränderungen der tatsächlichen Situation
- Ergebnisse der Erfolgskontrolle

Das Erarbeiten der materiellen Grundlagen ist auch bei Planrevisionen eine notwendige Phase. Änderungen der Gefahrensituation müssen in ihrem räumlichen Zusammenhang überprüft werden. Der Zeitdruck, der nach Ereignissen herrscht, lässt dies nur bedingt zu. Wichtig ist deshalb die periodische Überprüfung, ob die Gefahrenschutzplanung noch den geänderten Verhältnissen entspricht. Das Risikomanagement im Bereich Naturgefahren unterscheidet sich hier nicht von anderen Planungen. Weil und soweit Änderungen der Gefahrenschutzpläne den Inhalt von Richt- und Nutzungsplänen mitbestimmen, sind bezüglich des Revisionsbedarfs die Artikel 9 Abs. 3 und 21 Abs. 2 RPG anwendbar.

Zu 2:

Jede Massnahmenplanung setzt eine Gefahrenanalyse voraus. Der vorgesehene Weg führt über Gefahrenkarten. Gefahrenkarten gehören zur Grundlagenbeschaffung. Sie sollten im Zeitpunkt ② vorliegen. Sie geben Auskunft über die Schutzpflicht der Behörden. Im Ereignisfall ist dies *haftpflichtrechtlich* von Relevanz. Gefahrenkarten geben sodann Anlass zu baupolizeilichen Interventionen. An die Vollständigkeit und Qualität dieser Grundlagen sind entsprechend hohe Anforderungen zu stellen.

Die anschliessende Phase der Massnahmenevaluation hat die Auswahl, die räumliche Lokalisierung und die Dimensionierung der Schutzmassnahmen zum Inhalt. Das Ergebnis verändert die Gefahrensituation, weshalb Rückkoppelungsschlaufen unumgänglich sind. Als planungsbedürftige raumwirksame Tätigkeit unterliegt aber diese Phase – anders als die Feststellung der Schutzpflicht – nicht nur den Bestimmungen zum Schutz vor Naturgefahren, sondern namentlich auch den Anforderungen des RPG. Wenn für die Schutzpflicht die Gefährdung massgeblich ist, so ist für die Wahl der Schutzmassnahmen die auf andere raumwirksame Tätigkeiten abgestimmte *Integration in die Raumplanung* massgeblich. Entschieden wird in einem Planungsprozess. In dieser Phase sind daher auch die planerischen Voraussetzungen für eine Projektverwirklichung zu schaffen. Während der Phase ist mit provisorischen Massnahmen (z. B. Planungszonen) negativen, präjudizierenden Entwicklungen vorzubeugen.

Zu 3:

Die Realisierung des Projekts bedingt, dass alle notwendigen Voraussetzungen vorliegen. Zu diesem Zeitpunkt sollten daher auch die notwendigen nutzungsplanerischen Entscheidungen bereits gefallen sein. Die vorangehende Phase wird im Zeitpunkt ③ mit einer *Planfestsetzung* betreffend die räumliche Nutzung des Gebiets abgeschlossen. Damit wird über die Aufteilung in aktive und passive Schutzmassnahmen entschieden. Mit der Planfestsetzung sind denn auch die nötigen Um- und/oder Auszonungen verbunden. Entschädigungsrechtlich sind die Planfestsetzungen mit der Frage nach einer allfälligen *materiellen Enteignung* verbunden. Das ist deshalb von Bedeutung, weil bei der Planfestsetzung auch Motive, die ausserhalb des Schutzes vor Naturgefahren zu suchen sind, eine Rolle spielen. Es ist wichtig diese zu kennen. Nützt ein Projekt vorab Anliegen, die nicht in der Zielrichtung des Wasserbau- oder Waldrechts liegen, so kann es nicht oder nur anteilswise mit Mitteln aus den für diese Aufgaben bewilligten Krediten finanziert werden.

Soweit für das Projekt *Land erworben* werden muss, bilden der Kauf bzw. die formelle Enteignung Teil der Projektausführung. Der Landerwerb ist damit klar der Phase der Realisierung von aktiven Schutzmassnahmen zuzurechnen, findet also rechtlich gesehen nach dem Entscheid über die Massnahmenwahl und die zugehörige Planfestsetzung statt. Faktisch kann es durchaus sein, dass der freihändige Landerwerb früher stattfindet. Solche Fälle sind jedoch bezüglich der Frage, ob und in welcher Höhe die entstandenen Kosten subventionsfähig sind, nicht anders zu behandeln.

5.1.2 Massnahmenwahl und Koordination

Die skizzierte rechtliche Konstruktion hat Auswirkungen auf die Umsetzung. Die Massnahmen sollen einem raumplanerischen Abwägungsprozess folgen. Damit sind alle wichtigen räumlichen Zusammenhänge einzubeziehen.

Weil gegenüber den potenziell Betroffenen eine Schutzpflicht besteht, haben diese einen Anspruch auf ein Tätigwerden des Staates. Sind die Gefahrenkarten erst einmal erstellt, so müssen die Erkenntnisse daraus auch umgesetzt werden. Wo eine erhebliche Gefährdung für Leib und Leben besteht muss bis zum Vorliegen eines entsprechenden Massnahmenplans baupolizeilich interveniert werden.

Die Massnahmen selbst sollen mit Bezug auf den konkreten Raum im Rahmen einer Planung gesamthaft und in ihrer Wechselwirkung mit der Raumentwicklung aufeinander abgestimmt werden. Die Schutzmassnahmen, aktive wie passive, können und sollen sich dabei am Ziel eines integralen Risikomanagements orientieren. Die Verknüpfung mit der Raumplanung steht dem nicht entgegen, sie verlangt gegenteils noch mehr. Die Massnahmen sind nicht nur unter sich, sondern auch auf die anderen raumwirksamen Tätigkeiten abzustimmen. Das deutet alles auf einen gebietsbezogenen kantonalen «Fachplan Gefahrenprävention» hin, für dessen Koordination mit anderen raumwirksamen Tätigkeiten der Richtplan verbindliche Hinweise liefern soll; die Art und Weise, wie koordiniert wird und wie der bundesrechtliche Auftrag in zeitlicher

Hinsicht umgesetzt wird, muss als Mindestinhalt im Richtplantext zum Ausdruck kommen (Art. 8 RPG). Dies ist umso wichtiger, als die Schutzmassnahmenplanung namentlich im Hochwasserschutz regelmässig von überkommunaler Bedeutung ist. Das passt schlecht zur Planungshoheit der Gemeinden. Stattdessen wird eine interkommunale Massnahmenplanung notwendig.

Beim Risikomanagement ist klarzustellen, dass ein rein auf Kosteneffizienz ausgerichtetes Denken (wo bringt der investierte Franken am meisten) rechtlich nicht haltbar ist. Die Schutzpflicht besteht schweizweit überall wo Menschen und erhebliche Sachwerte bedroht sind. Deshalb ist auch ein gesamtschweizerisch gleich hohes Sicherheitsniveau anzustreben. Indem die Bundesgesetzgebung raumplanerische Massnahmen bevorzugt, wird für die Kostengünstigkeit der Massnahmen die Frage der Entschädigung für Nutzungsrestriktionen bedeutsam.

Die besondere Herausforderung der Massnahmenplanung liegt in der Berücksichtigung möglicher künftiger Entwicklungen. Dies ist besonders im überbauten Gebiet wesentlich. Schutzmassnahmen sollen nicht nur gefahrenbezogen die höchstzulässige Nutzung definieren, sie sollen auch Rechtssicherheit schaffen. Deshalb ist der möglichen Baugebietsentwicklung als Ganzer und insbesondere dem künftig noch zulässigen Versiegelungsgrad Rechnung zu tragen, kurz: Es sind planerisch Vorkehrungen zu treffen, die eine künftige Erhöhung des Schadenpotenzials verhindern. Damit können Rückzonungen und die damit verbundenen Entschädigungsprobleme wenn nicht heute, so doch für die Zukunft vermieden werden. Raum- und Umweltbeobachtung liefern wertvolle Hinweise betreffend den künftigen Anpassungsbedarf von räumlichen Planungen.

Solche Anforderungen gehen deutlich über die schematische Umsetzung der bestehenden Empfehlungen der Bundesbehörden hinaus. Die Raumentwicklung ist nicht nur bei der Gefahrenschutzplanung zu berücksichtigen, die Auswirkungen auf die Gefährdungssituation sind umgekehrt auch bei allen anderen raumwirksamen Tätigkeiten einzubeziehen, und zwar möglichst frühzeitig. Der Einfluss auf Naturgefahren ist damit ein Thema, das potenziell in jeder räumlich-planerischen Tätigkeit reflektiert werden sollte. Das bedingt eine dauerhafte enge raumorientierte Zusammenarbeit unter den Behörden bereits auf der Stufe von Planungen. Eine spätere Korrektur ist im Rahmen der Bewilligung oft nicht mehr möglich. Meines Erachtens besteht hier noch ein grosser Nachholbedarf. Die heute zur Verfügung stehenden technischen Hilfsmittel machen den Koordinationsbedarf sichtbar (Stichwort thematische Karten auf GIS).

Die Koordinationspflicht macht vor den Bundesbehörden nicht halt. Sie können im Rahmen ihrer Zuständigkeiten bei Stellungnahmen zu und bei der Subventionierung von raumwirksamen Vorhaben *aller Art* und insbesondere bei der Genehmigung der Richtpläne auf die Integration der Naturgefahren in raumrelevante Pläne hinweisen. Die mit dem Koordinationsgebot verbundene Begründungspflicht eignet sich nicht zuletzt dazu, auf eine Harmonisierung der Anforderungen an naturgefahrenrelevante Entscheidungen hinzuwirken. Es kann sich daraus eine gewisse Konkretisierung des Ermessensspielraums der Kantone in Bezug auf die Auswahl der Massnahmen ergeben.

5.2 Zweckmässigkeit und Wirtschaftlichkeit von Massnahmen

5.2.1 Kosten/Nutzen-Verhältnis

Die Kosten des Schutzes vor Naturgefahren führen in der Praxis tendenziell dazu, dass Lösungen, die zu nicht subventionsfähigen Kosten führen, ausser Betracht fallen, auch wenn sie sich bei einer raumorientierten Betrachtung als optimal ausweisen sollten. Das erschwert die Durchsetzung einer gesamträumlichen Betrachtungsweise, die auch Interessen ausserhalb des Schutzauftrags einbezieht. Wohl sind Vorhaben nur subventionierbar wenn das gesamte Bundesrecht eingehalten wird, und damit insbesondere die raumbezogene Interessenabwägung sachgemäss erfolgt. Die dabei zur Verfügung stehenden weiten Spielräume geben allerdings wenig Hoffnung, dass die Debatte nicht von finanziellen Erwägungen dominiert wird.

Was insbesondere das Kosten/Nutzen-Verhältnis von Massnahmen im Bereich Naturgefahren betrifft, so ist zu differenzieren:

- > Da wo Leib und Leben erheblich gefährdet sind, besteht ein Schutzanspruch seitens der Bevölkerung. Daraus kann aber kein unbedingter Anspruch auf aktive Schutzmassnahmen abgeleitet werden. Es können auch raumplanerische oder organisatorische Massnahmen ergriffen werden. Weil sowohl aktive wie auch passive Schutzmassnahmen die Gefährdung herabsetzen, ist ihr Nutzen *in Bezug auf den Schutz von Menschenleben* grundsätzlich gleich zu beurteilen. Für den Vergleich der finanziellen Effizienz genügt deshalb hier ein einfacher Vergleich der Kosten der verschiedenen Massnahmen bezogen auf den Schutz eines einzelnen Menschen.
- > Anderes gilt für die Sicherung der Sachwerte (Gebäude, Lifelines, Infrastruktur, Erhaltung von Bau- und Kulturland). Nach dem soeben Gesagten reicht es aber aus, wenn allein diese als variabler Nutzen in die Kosten-Nutzen-Analyse von aktiven Schutzmassnahmen einfliessen. Damit entfällt die schwierige Beurteilung des Wertes von Menschenleben im Rahmen der Kosten/Nutzen-Betrachtung. Die Kosten/Nutzen-Betrachtung ist aber auch bei Sachwerten nicht allein entscheidend. Neben die Wirtschaftlichkeitsbetrachtung tritt jene der Zweckmässigkeit.

5.2.2 Zweckmässigkeit

Beides, sowohl der Schutz von Menschen als auch der Schutz von erheblichen Sachwerten ist Bestandteil der schutzzielbezogenen Zweckmässigkeit einer Massnahme. Diese Schutzziele sind als solche nicht verhandelbar. Die Massnahmenplanung kann aber im Sinne eines integralen Risikomanagements mit verschiedenen aufeinander abgestimmten Massnahmen (zu denen auch organisatorische gehören) diese Ziele erreichen. Im Siedlungsgebiet ist dies besonders wichtig, ist doch aufgrund der sachlichen, zeitlichen, räumlichen, finanziellen und persönlichen Angemessenheit zu entscheiden, ob aktive oder passive Schutzmassnahmen ergriffen werden sollen.

Auch Interessen ausserhalb des Schutzes vor Naturgefahren können für Schutzmassnahmen sprechen, wenn sich dies aus der Interessenabwägung so ergibt. Das können zum Beispiel raumplanerische Interessen sein (wie etwa die Sicherung von Wohn- und Arbeitsmöglichkeiten vor Ort im Interesse der dezentralen Besiedlung des Landes). Überwiegt allerdings das nicht-wasserbauliche bzw. das nicht-waldbauliche Interesse, dann können solche Massnahmen (z. B. Umsiedlungen) nicht aus Geldern subventioniert werden, die für den Gefahrenschutz gesprochen wurden.

5.2.3 Förderung der Raumintegration

Projekte, die den Schutz vor Naturgefahren optimal mit anderen Anliegen verbinden, sind aus der Perspektive der Raumintegration zu befürworten und sie sind im Rahmen der Zweckmässigkeitsprüfung als qualitativ hochstehend zu betrachten. In der Aufsichtspraxis aber dürfte die einzelprojektbezogene Beurteilung weiterhin im Vordergrund stehen. Das ist im Allgemeinen zu spät für wesentliche Korrekturen. Eine integrale Betrachtung kann kaum mehr nachgeholt werden.

Zurzeit fehlt auf Bundesebene ein geeignetes Instrumentarium, das den Raumintegrationsprozess und das integrale Risikomanagement sicherstellt. Subventionen allein sind als Steuerungsinstrument wohl unzureichend. Der Umstand, dass selbst bundesintern die Koordination zwischen den Ämtern in der Subventionspraxis als schwierig und zeitaufwändig beurteilt wird²⁰⁵ weist in dieselbe Richtung.

Es ist zu prüfen, ob nicht in Zukunft Subventionierungen vom Vorhandensein einer Naturgefahrenplanung abhängig zu machen sind, die auf die künftige Raumentwicklung ganzer Talschaften abgestimmt ist. Soll diese Form von zweckmässiger Raumbewirtschaftung stärker gefördert werden, so könnte es sich empfehlen, in einer Anschubphase spezielle Fonds mit entsprechender Zweckbestimmung zu schaffen, denn subventionsfähig sind nach geltendem Recht die Massnahmen nur, wenn der Schutz vor Naturgefahren klar im Vordergrund steht. Es ist aber zu bedenken, dass manch andere der ebenfalls berührten Bereiche ihrerseits globale Beitragsleistungen kennen, die mit Programmvereinbarungen verbunden werden. Ein Abstimmen der zur Anwendung kommenden strategischen Programmziele kann Synergien nutzbar machen. Als Grundlage für einen konzertierten Einsatz der Bundesmittel bietet sich die nachhaltige Entwicklung an.

²⁰⁵ Vgl. Evaluation zum Umgang des Bundes mit Naturgefahren, PVK-Bericht, S. 35.

5.3 Subventionierung von Eigentumseingriffen im Besonderen

Die raumplanerische Ausrichtung insbesondere des Hochwasserschutzes rückt Nutzungsbeschränkungen als Schutzmassnahmen in den Vordergrund. Solche Massnahmen führen nur dann zu einer materiellen Enteignung, wenn der Eingriff besonders schwer wiegt und die weiteren vom Bundesgericht formulierten Voraussetzungen vorliegen. Dabei hat sich die Überbaubarkeit als zentrales Element herausgeschält.

Im Sinne der oben wiedergegebenen Aufteilung des Umsetzungsprozesses in verschiedene Phasen führt die Massnahmenplanung zunächst dazu, dass das Vorliegen einer materiellen Enteignung zu beurteilen ist. Das Beurteilen der Kosten für den Landerwerb gehört dagegen zur Realisierungsphase, für die rechtlich eine vorangegangene Massnahmenplanung Voraussetzung ist. Deshalb ist in Übereinstimmung mit Waldmann/Hänni davon auszugehen, dass die beiden Entschädigungsformen getrennt voneinander zu beurteilen sind, wobei die Frage der materiellen Enteignung stets voran geht und der Preis für den Landerwerb aufgrund des Verkehrswerts *nach* der materiellen Enteignung zu bemessen ist.

Dass es bei aktiven Schutzmassnahmen Gewinner und Verlierer gibt, ist angesichts der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur materiellen Enteignung nicht zu vermeiden. Daraus ergibt sich ein sozialer Druck auf die Verantwortlichen: Wo soll Land eingezont bleiben und wo nicht? Wer soll Gewinner sein, wer Verlierer? Will man vermeiden, dass raumplanerisch begrüssenswerte Lösungen an solchen Überlegungen scheitern, so ist daran zu erinnern, dass die Kantone seit längerem den raumplanungsrechtlichen Auftrag haben, neben der beschränkten Tragweite der materiellen Enteignung einen weiter gehenden *Ausgleich für Vor- und Nachteile aus der Planung* zu schaffen. Es ist *prima vista* nicht ausgeschlossen auf dieser Basis einen Beitrag zur Milderung der Auswirkungen zu schaffen.

Schlussbemerkung

Das vorliegende Gutachten versucht einen Bogen über die Zusammenhänge zwischen Schutzpflicht, Raumbedürfnissen und Eigentumsinteressen zu spannen. Es konnten angesichts der Komplexität der Spannungsfelder notgedrungen nicht alle wichtigen Punkte angesprochen werden. Es hat sich aber gezeigt, dass der hauptsächlichste Anpassungsbedarf die Kooperation von Raumplanung und integrierter Gefahrenschutzplanung betrifft. Sie kann im Siedlungsgebiet nicht von der Frage des Ausgleichs von Vor- und Nachteilen unter den Betroffenen losgelöst werden.