

derungen zu informieren, die die Nutzung von Wohnungen beeinflussen können. Bei Zuwiderhandlung soll ein *Benutzungsverbot* ausgesprochen und die betreffende *Wohnung versiegelt* werden können. Schliesslich wird auch die Einführung einer *Wartefrist für die Eintragung einer Eigentumsübertragung im Grundbuch* zur Diskussion gestellt, um die rechtmässige Nutzung der betreffenden Wohnung vorgängig zu prüfen. Es ist bereits absehbar, dass die Frist für Gesetzgebung und Inkraftsetzung bis zum 12.3.2014 nicht eingehalten werden kann. Damit ist Art. 197 Ziff. 9 Abs. 1 BV anwendbar. Der Bundesrat wird daher auf März 2014 eine *ergänzte Übergangsverordnung* zur Thematik des *Verkaufs von Zweitwohnungen* beschliessen müssen, nachdem die geltende Übergangsverordnung dazu nichts aussagt.

2. Änderungen an altrechtlichen Zweitwohnungen im Besonderen

Altrechtliche Wohnungen im Zusammenhang mit der Zweitwohnungsinitiative sind Wohnungen, die am 11.3.2012 bestanden oder rechtskräftig bewilligt waren. In Art. 12 des Entwurfes zum künftigen Ausführungsgesetz regelt der Bundesrat bauliche und nutzungsmässige Änderungen an bestehenden Zweitwohnungen und stellt gleich *zwei Varianten* vor. Die *erste Variante* orientiert sich an der Regelung der geltenden Übergangsverordnung. Demnach können bestehende Erst- oder Zweitwohnungen grund-

sätzlich auch künftig umgenutzt, d.h. frei als Erst- oder Zweitwohnungen genutzt, verkauft oder vererbt werden. Das soll auch künftig so sein. Geringfügige Erweiterungen sollen dabei zugelassen sein, wobei gemäss Verordnungsentwurf zum Ausführungsgesetz diese Erweiterungen maximal 30 Prozent, höchstens aber 30 m² betragen dürfen. Zusätzlich werden die Kantone verpflichtet, die nötigen Massnahmen zu ergreifen, um *Missbräuche und unerwünschte Entwicklungen zu vermeiden* (Art. 13 Entwurf). Missbräuchlich ist es beispielsweise, die eigene Erstwohnung als Zweitwohnung zu verkaufen und gleichzeitig eine neue Erstwohnung auf bisher noch unüberbautem Bauland in der Gemeinde oder in der Nachbargemeinde zu erstellen oder zu erwerben. Die *zweite Variante* sieht dagegen einschränkend vor, dass altrechtliche Wohnungen nur im Rahmen der bestehenden Hauptnutzungsfläche geändert werden dürfen und dass Umnutzungen nur dann zulässig sind, wenn sie durch *besondere Gründe* wie *beispielsweise* Todesfall, Zivilstandsänderung oder Arbeitsplatzwechsel an einen weit entfernten Ort oder ähnliche Gründe bedingt sind. Bei allem anbahnenden Wandel in den betroffenen Bergregionen ist bereits heute festzustellen, dass *einerseits* jetzt die Zeit für innovative Betriebskonzepte im Bereich der Hotellerie und Parahotellerie gekommen ist und dass *andererseits* die Suche und weitere Entwicklung jener Gemeinden, die noch unterhalb des 20%-Grenzwerts liegen, begonnen hat.

IVHB – EIN WERKSTATTBERICHT AUS DEM KANTON AARGAU

PETER HEER

Dr. Rechtsanwalt, Fachanwalt SAV Bau- und Immobilienrecht

CHRISTIAN MUNZ

Rechtsanwalt

beide VOSER RECHTSANWÄLTE, Baden¹

Stichworte: IVHB, Vereinheitlichung, natürlich gewachsenes Terrain, kantonales Recht

I. Einleitung

Im Kanton Aargau treten zurzeit die ersten kommunalen Nutzungspläne in Kraft, welche die Begriffe und Messweisen gemäss IVHB² übernehmen. Unsere Kanzlei beschäftigt sich stark mit Bau- und Planungsrecht³. Die Harmonisierung der Baubegriffe haben wir begrüsst. Die IVHB-Begriffe bereiten uns aber teils Mühe. Sind die Begriffe praxistauglich? Wir zeigen die Problematik nachstehend am Begriff des «natürlich gewachsenen Geländeverlaufs» auf.

- 1 Herzlichen Dank an Herrn Tim Salz, Zeiningen/St. Gallen, Student an der Universität St. Gallen, für die wertvolle Mithilfe.
- 2 Interkantonale Vereinbarung über die Harmonisierung der Baubegriffe (IVHB).
- 3 VOSER RECHTSANWÄLTE in Baden beschäftigt 18 Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte, wovon ein Teil auch als Notare und Steuerexperten tätig sind; fünf Rechtsanwälte sind im Bau- und Planungsrecht tätig (www.voser.ch).

II. Ziele der IVHB

Die IVHB vereinheitlicht die Baubegriffe und Messweisen unter den Konkordatskantonen (Vereinheitlichung). Angestrebt wurden Definitionen mit möglichst geringem Interpretationsspielraum (Rechtssicherheit).⁴ Das Planungs- und Baurecht soll für die Wirtschaft und die Bevölkerung vereinfacht werden (Vereinfachung). Damit werden auch ein volkswirtschaftlicher Nutzen und ein kostengünstigeres Bauen bezweckt (Kostensparnis).⁵ Nebenbei sollen mit der IVHB auch Nachteile im internationalen Standortwettbewerb bekämpft werden (internationaler Standortwettbewerb); ein Investor soll beispielsweise die Eignung eines Grundstückes für seine Projekte ohne beträchtlichen Aufwand beurteilen können.⁶ Schliesslich soll mit der IVHB einem Bundesbaugesetz zuvorgekommen werden (Schutz des Föderalismus).⁷

III. Umsetzung durch die Kantone

Bis heute sind dem Konkordat 14 Kantone⁸ beigetreten (Stand 24.9.2013). Sie haben die IVHB in ihr kantonales Recht zu überführen.⁹ Der Kanton Aargau hat seinen Beitritt 2009 beschlossen.¹⁰ Er überführte die Konkordatsbestimmungen mit der revidierten kantonalen Bauverordnung vom 1. September 2011 ins kantonale Recht (§ 16 BauV¹¹). Die Gemeinden sind verpflichtet, die IVHB-Begriffe bis spätestens 1.9.2021 in ihre Bau- und Nutzungsordnungen zu übernehmen (§ 64 Abs. 2 BauV)¹². Soweit die IVHB-Begriffe ergänzende Regelungen verlangen, wurden diese in den §§ 17 bis 31 BauV getroffen.

IV. Massgebendes Terrain

1. Bedeutung des massgebenden Terrains

Das Terrain oder der Geländeverlauf ist eine zentrale Grösse im öffentlichen Baurecht. In der IVHB dient der «natürlich gewachsene Geländeverlauf» als Referenzgrösse zur Bestimmung wichtiger Gebäudeparameter. So ist der «natürlich gewachsene Geländeverlauf» unerlässlich für die Begriffe «Unterirdische Bauten» (Ziff. 2.4) und «Unterniveaubauten» (Ziff. 2.5), für die Bestimmung der «Fassadenflucht» (Ziff. 3.1), der «Fassadenlinie» (Ziff. 3.2), der «Gesamthöhe» (Ziff. 5.1) und der «Fassadenhöhe» (Ziff. 5.2), für die Begriffe der «Untergeschosse» (Ziff. 6.2) und der «Bau-massenziffer» (Ziff. 8.3) sowie – indirekt – für die Begriffe der «Kleinbauten» (Ziff. 2.2) und der «Anbauten» (Ziff. 2.3).

Es hängt somit wesentlich vom massgebenden Terrain ab, was darauf errichtet werden darf. Erwünscht wäre eine Regelung, mit welcher das massgebende Terrain einfach bestimmbar ist, beispielsweise weil sein Verlauf offensichtlich oder einfach überprüfbar ist. Das massgebende Terrain muss rasch bestimmbar sein, denn ein Kaufinteressent muss sofort abschätzen können, ob es beispielsweise die Erweiterung des bestehenden Einfamilienhauses erlaubt, andernfalls ein anderer Interessent ihm das Objekt wegschnappen könnte. Hypothekarbanken müssen zuverlässig abschätzen können, welche bauliche Nutzung auf einem Baugrundstück möglich ist. Der Bau-

herr und sein Architekt müssen sich sicher sein, welches das massgebende Terrain ist, andernfalls sie unnütze Planungskosten riskieren. Der von einem Bauvorhaben betroffene Nachbar möchte genau wissen, wie hoch die Nachbarbaute werden darf, andernfalls er zumindest vorsorglich ein Rechtsmittel einlegt. Die Baubewilligungsbehörde ist darauf angewiesen, das massgebende Terrain zu kennen, damit sie ein Bauvorhaben auf die Vereinbarkeit mit den Bauvorschriften prüfen kann.

2. Bisherige kantonale Regelungen¹³

Der *Kanton Aargau* stellt seit dem 1.4.1994¹⁴ einheitlich auf den «bei Einreichung des Baugesuches bestehenden Verlauf des Bodens» ab (§ 13 Abs. 1 ABauV). Auf frühere Verhältnisse ist nur zurückzugreifen, wenn das Terrain im Hinblick auf das Bauvorhaben verändert worden ist (§ 13 Abs. 2 ABauV). Eine ähnliche Regelung kennt der *Kanton Zürich*: Auch er stellt auf den bei Einreichung des Baugesuches bestehenden Verlauf des Bodens ab (§ 5 Abs. 1 ABV¹⁵). Auf frühere Verhältnisse ist zurückzugreifen, wenn der Boden a) innert eines Zeitraums von zehn Jahren vor der Baueingabe in einem im Zeitpunkt der Ausführung der Bewilligungspflicht unterliegenden Ausmass aufgeschüttet und das neue Terrain in der baurechtlichen Bewilligung oder in einem förmlichen Planungs- oder Projektgenehmigungsverfahren nicht ausdrücklich als künftig gewachse-

4 Institut für Raumentwicklung irap, IVHB – Interkantonale Vereinbarung über die Harmonisierung der Baubegriffe, Rapperswil, Mai 2011, S. 2.

5 IOHB (Interkantonales Organ über die Harmonisierung der Baubegriffe), Interkantonale Vereinbarung über die Harmonisierung der Baubegriffe IVHB, Faktenblatt vom 17.8.2012. Der Beitritt der Kantone zur IVHB wurde stets auch mit den volkswirtschaftlich hohen Kosten begründet, die mit den früher heterogenen kantonalen bzw. kommunalen Bau- und Planungsordnungen einhergingen.

6 Vgl. <http://www.so.ch/fileadmin/internet/regierungsrat/vla/pdf/2011/baubegriffe.pdf>.

7 IOHB, Interkantonale Vereinbarung über die Harmonisierung der Baubegriffe IVHB, Faktenblatt vom 17.8.2012.

8 AG, BE, BL, FR, GR, LU (in Kraft ab Anfang 2014), NE, OW, SH, SO, SZ, TG, UR, ZG (in Kraft ab Anfang 2015). BPUK, Faktenblatt, 24.9.2013.

9 Art. 2 Abs. 1 und Abs. 3 IVHB.

10 Beschluss des Grossen Rats des Kantons Aargau vom 15.9.2009 (Art. Nr. 2009-0238), Botschaft des Regierungsrats des Kantons Aargau an den Grossen Rat vom 24.6.2009 (Geschäfts Nr.09.202).

11 § 16 BauV mit dem Titel «IVHB» lautet wie folgt: «Es gelten die Baubegriffe und Messweisen der Interkantonalen Vereinbarung über die Harmonisierung der Baubegriffe (IVHB) vom 22. September 2005. Sie sind als Anhang 1 (Begriffe und Messweisen) und Anhang 2 (Skizzen) dieser Verordnung aufgeführt. Ergänzungen des kantonalen Rechts zur IVHB sind in den nachfolgenden Bestimmungen dieses Titels enthalten.»

12 Solange eine Anpassung nicht erfolgt ist, gelten anstelle der IVHB-Bestimmungen die bisherigen kantonalen Regelungen, wie sie in Anhang 3 zur BauV enthalten sind (§ 64 Abs. 1 Satz 2 BauV).

13 Die Aufzählung ist beispielhaft.

14 Inkrafttreten der Allgemeinen Verordnung zum Baugesetz (ABauV) vom 23. Februar 1994, siehe § 47 Abs. 1 ABauV.

15 Verordnung über die nähere Umschreibung der Begriffe und Inhalte der baurechtlichen Institute sowie über die Mess- und Berechnungsweisen (Allgemeine Bauverordnung), LS 700.2.

ner Boden erklärt worden ist und b) im Hinblick auf die beabsichtigte Nutzung des Grundstückes oder zur Umgehung von Bauvorschriften umgestaltet worden ist (§ 5 Abs. 2 ABV). Der *Kanton Nidwalden* hat eine dem Kanton Zürich vergleichbare Lösung gewählt (Art. 46 Abs. 1 BauV¹⁶), ein Rückgriff auf frühere Verhältnisse ist aber nicht auf die letzten zehn Jahre beschränkt.¹⁷

3. IVHB-Regelung: der «natürlich gewachsene Geländeverlauf»

Als massgebendes Terrain wird in der IVHB der «natürlich gewachsene Geländeverlauf» bestimmt (Ziff. 1.1 Anhang 1 zur IVHB). Darunter ist gemäss den vom IOHB zur Verfügung gestellten Erläuterungen zur IVHB der Geländeverlauf zu verstehen, der durch Prozesse wie die Erdfaltung, aufgrund von Erosion oder anderen vergleichbaren Naturereignissen, ohne Zutun des Menschen, entstanden ist.¹⁸ Massgebend ist derjenige Geländeverlauf, der seit Menschengedenken unberührt von künstlichen Eingriffen entstanden ist.¹⁹

4. Ermittlung des «natürlich gewachsenen Terrainverlaufs»

Der «natürlich gewachsene Geländeverlauf» lässt sich auf bisher unüberbauten Grundstücken meist leicht feststellen, ebenso in dünn besiedelten Gebieten. Massgebend ist der vorhandene Verlauf des Bodens, sofern keine Anzeichen dafür bestehen, dass dieser durch Menschenhand eine Veränderung erfahren hat.

Schwierig wird es innerhalb des dicht bebauten Siedlungsgebietes und vor allem an Hängen, wo das Terrain im Verlauf der Zeit meist stark und teils auch schon mehrfach künstlich gestaltet worden ist.

Aufschluss über den natürlich gewachsenen Geländeverlauf können im Einzelfall Sondierschlitz geben, mit welchen die Bodenverhältnisse ermittelt werden können. Das dürfte insbesondere bei Aufschüttungen dienlich sein, entfällt aber bei Abgrabungen. Gute Anhaltspunkte vermitteln können auch ein alter Baubestand (z. B. Kulturobjekte), unter Umständen auch Naturobjekte (alte Bäume) auf dem Baugrundstück.

Soweit nicht aus den tatsächlichen Verhältnissen mit genügender Bestimmtheit auf den natürlich gewachsenen Geländeverlauf geschlossen werden kann, sind Dokumente beizuziehen. Helfen können bei der Ermittlung des «natürlich gewachsenen Terrainverlaufs» alte Landkarten, Geometerpläne, Erschliessungspläne etc. Dienlich sind auch Angaben in früheren Strassenbauprojekten oder Baugesuchsakten betreffend die Bauparzelle (Angabe des «gewachsenen Terrains» in den Plänen). Im Weiteren können auch ältere Fotografien oder Ortsansichten (z. B. Stiche) nützlich sein.

5. Auffangregelung: Geländeverlauf der Umgebung

Kann der natürlich gewachsene Geländeverlauf auf dem Baugrundstück nicht festgestellt werden, ist gemäss Ziff. 1.1 Anhang 1 zur IVHB vom natürlichen Geländeverlauf der Umgebung auszugehen. Was als «Umgebung» im Sinne

dieser Bestimmung gilt, muss von Fall zu Fall beurteilt werden. Als «Umgebung» kann ein Grundstück zumindest nur dann gelten, wenn dessen natürlicher Geländeverlauf aufgrund der Nähe zur Bauparzelle und einer vergleichbaren Topografie Rückschlüsse auf den Geländeverlauf auf der Bauparzelle erlaubt.

Für die Bestimmung des natürlich gewachsenen Geländeverlaufs dienen wiederum die bereits oben erwähnten (tatsächlichen und dokumentarischen) Hilfsmittel, wobei jetzt auch Dokumente über die Grundstücke in der Umgebung beizuziehen sind (Baugesuchsakten betreffend die Nachbarparzellen, alte Bausubstanz in der Nachbarschaft etc.).

6. Behördliche Festlegung des «natürlich gewachsenen Geländeverlaufs»

Lässt sich der «natürlich gewachsene Geländeverlauf» weder auf der Bauparzelle noch aufgrund der Umgebung der Bauparzelle mit genügender Bestimmtheit ermitteln, ist ein behördlicher Entscheid nötig. Die IVHB enthält dazu keine Regelung. Solche Regelungen sind Sache des kantonalen Rechts.

In diesen Fällen wäre es erstrebenswert, wenn der natürlich gewachsene Geländeverlauf für ein grösseres Gebiet bereits rechtskräftig bestimmt ist, bevor erste Bauvorhaben anstehen. Das Instrument hierfür könnte die Sondernutzungsplanung sein. Gegenstand des betreffenden Sondernutzungsplans wäre nicht die Gestaltung einer Überbauung oder die Erschliessung eines Gebietes, sondern – ausschliesslich oder kombiniert mit andern Inhalten – die Festsetzung des natürlich gewachsenen Geländeverlaufs. Hierfür wäre eine gesetzliche Grundlage zu schaffen.

Im Übrigen muss die Baubehörde²⁰ auf Gesuch hin den natürlich gewachsenen Terrainverlauf ermitteln bzw. festlegen. Dies geschieht mit dem Entscheid über das Baugesuch. Da es sich um eine wichtige Frage handelt, kann sie auch Gegenstand eines Vorentscheidverfahrens sein.²¹ Im Rahmen eines Baubewilligungs- oder Vorentscheidverfahrens hat die Behörde die Pflicht, das massgebende Terrain von Amtes wegen zu ermitteln.²² In der Praxis hat jedoch vorab diejenige Partei, die einen bestimmten Terrainverlauf behauptet, diesen zu beweisen. Es ist also

¹⁶ Vollziehungsverordnung zum Gesetz über die Raumplanung und das öffentliche Baurecht (Bauverordnung) vom 3. Juli 1996 (Gesetzessammlung Nidwalden 611.11).

¹⁷ Art. 46 Abs. 2 BauV NW: «Wurde der Boden im Hinblick auf die beabsichtigte Nutzung des Grundstückes oder zur Umgehung von Bauvorschriften umgestaltet, ist auf frühere Verhältnisse zurückzugreifen.»

¹⁸ RUEDI MUGGLI und LÉO BIÉTRY, IVHB-Erläuterungen, Stand 3. 9. 2013, S. 2. (<http://www.bpuk.ch/Konkordate/IVHB.aspx>).

¹⁹ RUEDI MUGGLI und LÉO BIÉTRY, IVHB-Erläuterungen, Stand 3. 9. 2013 S. 2; vgl. FRITSCH/BÖSCH/WIPF, Zürcher Planungs- und Baurecht, Zürich 2011, Ziff. 16.2; Verwaltungsgericht St. Gallen, Urteil vom 20. 3. 2012, B 2011/77, E 4.4.2.

²⁰ Im Kanton Aargau ist das die kommunale Exekutive, der Gemeinderat.

²¹ § 62 BauG AG.

²² § 17 VRPG AG; § 323 f. PBG ZH.

an der Bauherrschaft bzw. ihrem Architekten resp. am Nachbarn, die Nachweise (Gutachten) und Dokumente zu besorgen, welche ihre Auffassung über den natürlich gewachsenen Geländeverlauf stützen. Das kann sehr aufwendig sein. Sie sind dabei auf die Unterstützung durch die Behörden angewiesen.

Gegen die Festlegung des natürlich gewachsenen Geländeverlaufs sowohl mit der Sondernutzungsplanung wie auch im Baubewilligungs- oder Vorentscheidverfahren haben die betroffenen Grundeigentümer und Nachbarn Rechtsmittelmöglichkeiten. Das kann den rechtskräftigen Entscheid über den natürlich gewachsenen Geländeverlauf erheblich hinauszögern.

7. **Abweichung aus planerischen und erschliessungstechnischen Gründen**

Aus planerischen oder erschliessungstechnischen Gründen kann das massgebende Terrain in einem Planungs- oder Baubewilligungsverfahren abweichend festgelegt werden (Ziff. 1.1 Anhang 1 zur IVHB). Als Gründe, die eine abweichende Festlegung des massgebenden Terrains verlangen, werden der Hochwasserschutz, eine vernünftige, mit vertretbaren Steigungen arbeitende Erschliessung, Terrainveränderungen aus Gründen des Lärmschutzes oder eine bessere Einordnung ins Ortsbild genannt.²³

Eine solche Festlegung des «abweichenden Terrains» in der Nutzungs- oder Sondernutzungsplanung dürfte unproblematisch sein. Kritisch ist dies im Baubewilligungsverfahren: Die vom natürlich gewachsenen Geländeverlauf abweichende Festsetzung des Terrains erfolgt im Sinne einer Ausnahme. Der Gesetzgeber hat die Voraussetzungen für diese Ausnahme in Ziff. 1.1 Anhang 1 zur IVHB definiert. Deshalb bleibt unseres Erachtens kein Raum für die Anwendung der generellen Ausnahmebestimmung des kantonalen Baurechts.²⁴

V. Würdigung

Die Definition des Terrains gemäss Ziff. 1.1 Anhang 1 zur IVHB führt in denjenigen Kantonen, die bisher den Terrainverlauf bei Einreichung des Baugesuchs für massgebend erklärt hatten, zu einer wesentlichen Veränderung. Das Abstellen auf den bei Einreichung des Baugesuchs vorhandenen (gestalteten) Terrainverlauf war leicht verständlich, schnell feststellbar, erprobt, recht exakt und damit rechtsicher. Mit einer Regelung wie im Kanton Zürich, die Terrainveränderungen aus der Vergangenheit und mit einem bestimmten Ausmass als unbeachtlich erklärte, konnte die wohl wesentlichste Schwäche dieses «massgebenden Terrains» etwas gemildert werden. Die IVHB-Regelung hat den Vorteil, dass einheitlich auf den natürlich gewachsenen Geländeverlauf abgestellt wird, was Bevorzungen zufolge früher gestalteter Terrainverläufe verhindert.

Andere Vorteile der IVHB-Regelung sind jedoch nicht ersichtlich. In dicht bebauten Siedlungsgebieten, speziell in den Ballungszentren oder an den in der Schweiz weit verbreiteten Hanglagen, hat die IVHB-Regelung gegenüber den bisherigen kantonalen Bestimmungen wesent-

liche Nachteile. Ihre Anwendung ist in diesen Gebieten aufwendiger, man ist auf Dokumente und Fachleute angewiesen, die Regelung ist weniger genau und weniger rechtssicher. Die Ungenauigkeit bietet Ermessen für die Behörden, lässt aber auch Spielraum für Auseinandersetzungen über den natürlich gewachsenen Geländeverlauf. Wo das Terrain erhöht worden ist, jetzt aber gemäss IVHB auf den tiefer liegenden natürlich gewachsenen Geländeverlauf abgestellt werden muss, sind entsprechende Abgrabungen (im Sinne einer Wiederherstellung des natürlich gewachsenen Terrains) zuzulassen, selbst wenn (grosse oder unnötige) Terrainveränderungen von Rechts wegen zu vermeiden sind. Ein weiteres Rechtsproblem ist, dass bestehende Bauten zufolge der Rechtsänderung rechtswidrig werden können und nur noch nach den Regeln der Besitzstandsgarantie verändert werden dürfen.

Mit der Definition des massgebenden Terrains durch die IVHB wird dieser zentrale Baubegriff interkantonal vereinheitlicht, und das ist ein wesentliches und begrüßenswertes Ziel der IVHB. Allerdings führt die vereinheitlichte Lösung in Kantonen mit einer anderen bestehenden Regelung zu vermehrtem Aufwand. Einfacher wird es nicht, das massgebende Terrain festzustellen, weder für die Bevölkerung noch für die Behörden. Insbesondere wird das Ziel, aus Gründen der Rechtssicherheit eine Definition mit möglichst geringem Interpretationsspielraum zu finden, nicht erreicht, weshalb aus dieser IVHB-Regelung weder ein volkswirtschaftlicher Nutzen noch ein kostengünstigeres Bauen resultieren. Zudem schafft die IVHB-Bestimmung in den betroffenen Kantonen eine Rechtsungleichheit, denn sie führt einen neuen Massstab ein: Bisher war das gestaltete Terrain massgebend, neu wird auf den natürlich gewachsenen Geländeverlauf abgestellt.

VI. Lösungsansätze

Das massgebende Terrain ist für das Bauen von zentraler Bedeutung. Es gilt zu vermeiden, dass das Bauen mit der IVHB-Regelung erschwert wird. Es sind folglich Massnahmen zu treffen, um innerhalb der Bauzonen den natürlich gewachsenen Geländeverlauf möglichst rasch und flächendeckend zu bestimmen.

Die Baubewilligungsbehörden sind aufgerufen, alle vorhandenen Daten, die auf den natürlich gewachsenen Geländeverlauf schliessen lassen, zu sammeln und daraus möglichst genaue Aufzeichnungen über diesen Geländeverlauf zu machen.

Die Datensammlung ist zu erweitern, und zwar auch für die Zukunft. Das bedeutet, dass in allen Sondernutzungsplänen der natürlich gewachsene Geländeverlauf im gesamten Planungssperimeter zu erfassen ist. Dasselbe gilt

²³ RUEDI MUGGLI und LÉO BIÉTRY, IVHB-Erläuterungen, Stand 3. 9. 2013, S. 2.

²⁴ § 67 BauG AG. Anderer Meinung: RUEDI MUGGLI und LÉO BIÉTRY, IVHB-Erläuterungen, Stand 3. 9. 2013, S. 2.

für die Baugesuche: Eine Bauherrschaft hat den natürlich gewachsenen Geländeverlauf nicht nur für das konkrete Bauvorhaben (also innerhalb des Grundrisses), sondern für die gesamte Bauparzelle zu erheben. Hierfür sind die gesetzlichen Grundlagen zu schaffen.

Die Verfahren zur Festlegung des natürlich gewachsenen Terrains stehen zur Verfügung: Sondernutzungsplanung und Baubewilligungs- resp. Vorentscheidverfahren.

Sie müssen teilweise nur noch entsprechend rechtlich ausgestaltet werden. Die Möglichkeit für ein separates und vereinfachtes Terrainhöhenfeststellungsverfahren sehen wir nicht, da der Rechtsschutz²⁵ gewahrt bleiben muss.

25 Insbesondere Art. 4 RPG, Art. 26 RPG und Art. 33 f. RPG.

AU FIL DE L'EAU

JACQUES FOURNIER

Dr en droit, Avocat spécialiste FSA droit de la construction et de l'immobilier, Notaire à Sion

Mots-clés: eau, cours d'eau, concessions, renaturation, hydroélectricité, assainissement

I. Introduction

A l'image des innombrables besoins naturels et humains que satisfait le cours d'eau, la législation qui s'y applique est foisonnante. Même le juriste coutumier de cette matière s'y perd et découvre sans cesse de nouvelles normes. Le Tribunal fédéral a rendu récemment plusieurs arrêts de principe sur le thème de l'eau. Il nous est dès lors apparu justifié de suivre le cours de ses réflexions, en débutant par un retour aux sources sous forme de présentation des principes dans le domaine (I) pour nous arrêter ensuite sur la question de l'espace dédié aux cours d'eau (II) et terminer enfin par l'assainissement des prélèvements existants (III).

II. Quelques principes

1. L'eau: pas forcément un objet de droit réel

Savoir à qui appartient le cours ou l'étendue d'eau et où s'arrête le domaine public n'est pas tâche aisée¹. Dans des arrêts déjà anciens, le Tribunal fédéral a précisé quelles eaux font partie du domaine public et quelles eaux demeurent celles du propriétaire du fonds sur lequel elles font résurgence. Précisément, les sources de ruisseau ou de rivière, soit les sources d'une certaine importance qui donnent immédiatement naissance à un cours d'eau, ne sont pas des objets de droit réels et donc pas des sources au sens de l'art. 704 al. 1 CC. Elles font au contraire partie du domaine public². Une fois acquis ce rattachement au domaine public, le droit cantonal définit qui, du canton ou de la commune (voire de plusieurs communes intéressées), est le titulaire du droit d'utiliser la force des cours d'eau publics (art. 2 al. 1 LFH³). Si le droit cantonal fixe le niveau des eaux qui sert à délimiter l'étendue du domaine public par rapport à la rive⁴, le Registre foncier délimite

pratiquement où s'arrête le domaine public et où commence la propriété privée.

L'aménagement du territoire protège les cours d'eau et les eaux souterraines contre les atteintes susceptibles de les polluer, les restrictions d'utilisation touchant du reste tant le domaine public (en particulier le domaine public naturel) que les biens-fonds privés (art. 19 et suivants LEaux⁵). L'aménagement du territoire réserve aussi aux cours d'eau l'espace qui leur est nécessaire pour remplir leurs différentes fonctions et impose en sus les restrictions d'utilisation des fonds voisins censées empêcher les atteintes aux biens et aux personnes en cas de crues (art. 36a et suivants LEaux)⁶.

2. La concession d'usage privatif

Une fois sur le domaine public, l'utilisation privative du cours d'eau ou de l'étendue d'eau oblige le particulier à obtenir la délivrance d'une concession d'utilisation du domaine public par l'autorité administrative compétente

1 Cf. de manière générale les considérations apportées sur le sujet par MÉROT S., Les sources et les eaux souterraines, thèse, Lausanne 1996, pp 19 ss; STEINAUER P.-H., Les droits réels, T. II, Berne 2012, Nos 1530 ss.

2 ATF 122 III 49 consid. 2a; ATF 106 II 311 consid. II.2.a; ATF 97 II 333 consid. 1.

3 Loi fédérale sur l'utilisation des forces hydrauliques (RS 721.80).

4 A défaut de prescription cantonale, la limite des eaux publiques correspond en droit genevois au niveau des hautes eaux moyennes (ATF 133 I 149 consid. 3.2 et les réf. citées).

5 Loi fédérale sur la protection des eaux (RS 814.20).

6 JANSEN L., Renaturation et adaptation du droit cantonal aux nouvelles dispositions de la législation fédérale sur la protection des eaux, DEP 2012 pp 126 ss, en particulier pp 131 ss.