

gesichert ist. Weil eine hinreichende Erschliessung der bestehenden *und* der geplanten Überbauung nicht nur tatsächlich genügen, sondern auch rechtlich gesichert sein muss, kann die strassenmässige Erschliessung des Baugrundstückes für die 20 zusätzlich geplanten Wohneinheiten derzeit nicht als hinreichend gesichert bezeichnet werden. Eine hinreichende Zufahrt würde voraussetzen, dass die Eigentümer auch der bestehenden Bauten im Quartier rechtlich nicht von der Mitbenutzung der künftig auch für sie notwendigen Ausweichstelle ausgeschlossen sind; mit anderen Worten es hätte auch ihnen (und ihren Rechtsnachfolgern) die Mitbenutzung der Ausweichstelle durch eine auf den Bewilligungszeitpunkt im Grundbuch eingetragene Dienstbarkeit gestattet werden müssen.

3.3 Dieser rechtliche Mangel (fehlende dingliche Sicherung der Zufahrt über die Ausweichstelle *für alle* betroffenen Anstösser) ist nach Art. 22 Abs. 2 lit. b RPG und Art. 95 Abs. 3 lit. a BauG für die Bewilligungsfähigkeit des Bauvorhabens von grundlegender Bedeutung. Die Bauherrschaft kann diesen Mangel weder aus eigener Kraft zu Lasten des Eigentümers der Parzelle 1292 beheben noch wurde sie vom Gemeinwesen je in Anwendung von Art. 66 oder 67 BauG dazu ermächtigt. Die Bauherrschaft ist deshalb auf den Goodwill des betreffenden Eigentümers angewiesen. In Anbetracht der insoweit ungenutzt verstrichenen Nachfrist ist völlig ungewiss, ob die Beschwerdegegner je die zugunsten der übrigen Anstösser erforderliche Dienstbarkeit werden erlangen können. Unter diesen Umständen kann die Baubewilligung auch nicht unter der Bedingung gewährt werden, dass dieser rechtliche Mangel nachträglich zu beheben sei. Aus diesem Grund ist die Beschwerde gutzuheissen.

VGer 23.02.2005

2255

Wasserbau. Eigentum an Flüssen und Bächen, namentlich wenn diese eingedolt sind und wieder offen gelegt werden sollen.

Infolge wiederholter Überschwemmungen sieht ein Wasserbauprojekt die Offenlegung des eingedolten Büelenbaches und zugleich eine Vergrösserung des Abflussquerschnittes vor. Die davon betroffenen

Anstösser und Grundeigentümer erheben Einsprache und Beschwerde im Wesentlichen mit der Begründung, für die Offenlegung fehle es an einem überwiegenden öffentlichen Interesse. Durch die Offenlegung werde anstelle einer privaten Leitung ein öffentliches Gewässer geschaffen. Weil gegenüber dem geltenden Quartierplan dadurch ein auf 10m vergrösserter Gewässerabstand einzuhalten sein werde, gehe Bauland und bei der Ausnutzungsberechnung anrechenbare Landfläche verloren. Diese privaten Interessen stünden der Offenlegung überwiegend entgegen. Weil der Quartierplan die bestehende Meteorwasserleitung als Eindolung bezeichnet habe, hätten sie auch nicht mit einer Ausdolung rechnen müssen. Die Offenlegung und Verlegung des Baches setze im Übrigen eine formelle Enteignung voraus.

Aus den Erwägungen:

4. Zwischen den Parteien war zunächst umstritten, ob es sich beim Büelenbach, welcher das Grundstück der Beschwerdeführerinnen von Südwesten nach Nordosten quert, um ein öffentliches Gewässer im Sinne von Art. 199 Abs. 1 EG zum ZGB handelt. In ihrer Replik anerkennen die Beschwerdeführerinnen nun immerhin, dass es sich um ein öffentliches Gewässer im Rechtssinne handle, soweit der Büelenbach oberhalb und unterhalb ihres Grundstückes als oberirdisches Gewässer in Erscheinung tritt. Hingegen halten sie daran fest, dass es sich im Bereich der bisherigen Eindolung nicht um ein öffentliches Gewässer bzw. eine öffentliche Anlage handle.

4.1 Die Kantone sind nach Lehre und Rechtsprechung zu Art. 664 ZGB zu bestimmen berechtigt, welche Gewässer in ihrem Eigentum stehen (vgl. AR GVP 1988, Nr. 1089). Der Kanton Appenzell A.Rh. hat von dieser Befugnis in Art. 199 Abs. 3 EG zum ZGB vom 29. April 1969 Gebrauch gemacht und bestimmt, dass Flüsse und Bäche, einschliesslich der Schutzbauten, im Eigentum und Verfügungsrecht des Kantons stehen. Als Bach gilt jedes fliessende Gewässer von solcher Mächtigkeit, dass es ein natürliches Bett gebildet hat oder bilden würde, wenn sein Lauf nicht künstlich ausgebaut wäre (Art. 199 Abs. 2). Für die Abgrenzung von den anstossenden Ufergrundstücken ist die Linie massgebend, bis zu welcher der Boden regelmässig überflutet wird (Art. 199 Abs. 4). Dass der Büelenbach jedenfalls oberhalb der Parzelle der Beschwerdeführerinnen ein natürliches Bett aufweist und auch offenkundig ganzjährig Wasser führt, hat sich am Augen-

schein bestätigt und wird von den Beschwerdeführerinnen nun nicht mehr bestritten. Somit handelt es sich beim Büelenbach um ein Gewässer, das zumindest oberhalb (und unterhalb) der Eindolung als öffentlich gilt und im Eigentum des Kantons Appenzell A.Rh. steht.

Art. 206 EG zum ZGB gewährleistet den Gemeingebrauch an öffentlichen Gewässern. Demnach kann ein Bach von jedermann zum Baden, Wassers schöpfen, Tränken, Waschen, Befahren, Schwemmen und dgl. benutzt werden. Eine Eindolung eines öffentlichen Gewässers bedeutet deshalb stets eine Einschränkung des Gemeingebrauchs. Da die bisherige Eindolung diesen Gemeingebrauch ausschliesst, konnte diese rechtmässig seit 1969 (mit Inkrafttreten des EG zum ZGB) nur noch im Rahmen einer Konzession des Regierungsrates errichtet werden und nicht mehr ersessen werden (Art. 208 Abs. 1 und 2 EG zum ZGB). Vorbehalten bleibt, dass eine entsprechende Sondernutzung schon vorher nach damaligem Recht begründet (Art. 208 Abs. 3) oder eine solche Nutzung seit unvordenklicher Zeit unangefochten ausgeübt wurde (Art. 208 Abs. 4).

Entsprechend dieser gesetzlichen Ausgangslage besteht an Flüssen und Bächen privates Eigentum nach Art. 198 Abs. 3 EG zum ZGB nur, wenn ein Erwerbstitel oder die Ausübung des Eigentums seit unvordenklicher Zeit nachgewiesen ist. Keinen Erwerbstitel bildet die Einbeziehung in die Fläche der Ufergrundstücke bei der Vermarchung oder Vermessung (Art. 198 Abs. 3 EG zum ZGB). Daher ist weiterhin davon auszugehen, dass eine Vermutung zu Gunsten der Öffentlichkeit eines Gewässers besteht, wie dies das Obergericht seit jeher angenommen hat (vgl. Bericht und Antrag zur Totalrevision des EG ZGB an den Kantonsrat vom 2.1.1968, S. 46f.). Diese Vermutung gilt auch für die Eindolung des Büelenbaches, zumal dieses Fliessgewässer oberhalb der Eindolung klar und nun auch unbestritten als öffentliches Gewässer in Erscheinung tritt und als solches im Eigentum des Kantons steht. Einen Rechtstitel, sei es eine Konzession oder ein dingliches Recht, welcher diese Vermutung umstossen könnte, haben die nachweispflichtigen Beschwerdeführerinnen nicht dargetan und ein solcher ist auch nicht ersichtlich. Daran ändert Art. 198 Abs. 4 EG zum ZGB nichts. Demnach stehen zwar namentlich künstlich geschaffene Wasserleitungs- und Fassungsanlagen im privaten Eigentum, doch richtet sich die Nutzung des Wassers, das (zu deren Speisung) aus öffentlichen Gewässern abgeleitet wird, dennoch nach dem öffentlichen Recht (Art. 198 Abs. 4 zweiter Halbsatz). Dieser Abs. 4

steht ferner unter dem Vorbehalt des oben zitierten Art. 198 Abs. 1 und Abs. 3 sowie des Art. 199 Abs. 3 EG zum ZGB, wonach eben weder an Bach- und Flussquellen noch an Flüssen oder Bächen (einschliesslich der Schutzbauten) privates Eigentum bestehen kann, wenn dafür kein Rechtstitel nachgewiesen ist. Dies gilt auch dann, wenn eine künstliche Wasserleitung nicht bloss Wasser aus einem öffentlichen Gewässer ableitet, sondern ein öffentlicher Bach (wie vorliegend der Büelenbach) als Ganzes in einer Eindolung bzw. in einer Schutzbaute gefasst wird und das so gefasste Wasser später wieder in das angestammte Bachbett zurückgeleitet wird.

4.2 Mangels eines für die Eindolung nachgewiesenen privaten Erwerbstitels hat diese gesetzliche Ausgangslage beim Büelenbach ohne weiteres zur Folge, dass dieser auch im Bereich seiner Eindolung ein öffentliches Gewässer im Eigentum des Kantons geblieben ist, und zwar bis zur Linie, bis zu welcher der Boden vorher regelmässig überflutet wurde (Art. 199 Abs. 4) bzw. bis zu welcher der Boden ohne die künstliche Eindolung auch weiterhin regelmässig überflutet würde (Art. 199 Abs. 2 sinngemäss). Daran konnte die Einbeziehung des eingedolten Gewässers in die Fläche der Parzelle Nr. 1693 nichts ändern (Art. 198 Abs. 3 EG zum ZGB). Bis zur besagten Überflutungslinie reklamieren die Beschwerdeführerinnen deshalb völlig zu Unrecht, die Bachoffenlegung beanspruche ihr privates Grundeigentum. Selbst soweit sie geltend machen, durch die Ausdolung gehe ihnen zustehende anrechenbare Landfläche verloren, übersehen sie, dass die Anrechnung an die Ausnützungsziffer ihr Eigentum am betreffenden Boden voraussetzen würde. Dazu kommt, dass Gewässer sowohl durch das alte Baureglement der Gemeinde Heiden (vom 7.2.1984, Art. 15 Abs. 3) und nunmehr durch Art. 1 Abs. 4 der kantonalen Bauverordnung (BauV, bGS 721.11) generell von einer Anrechnung ausgeschlossen sind. Weil der offenzulegende Bachlauf auf Parzelle 1693 überwiegend der bestehenden Eindolung des Büelenbaches folgt und insoweit auf dessen angestammten Überflutungs- und Uferbereich zu liegen kommt, ergibt sich, dass das Projekt insofern ausschliesslich Boden im Eigentum des Kantons beansprucht. Diesem flächenmässig gewichtigen Teil des Vorhabens stehen deshalb von vornherein weder die Eigentumsgarantie noch private Interessen der Beschwerdeführerinnen entgegen. Diesbezüglich ist der angefochtene Entscheid und die vorinstanzliche Interessenabwägung keinesfalls zu beanstanden.

Daran ändert nichts, dass der Quartierplan vom 10. März 1992 den Büelenbach in der Planlegende lediglich als "bestehende Meteorwasserleitung" bezeichnet. Dieser Quartierplan mit Sonderbauvorschriften bestimmt zwar Baulinien für die geplante Erschliessungsstrasse, legt aber weder eine Gewässerabstandslinie noch sonst einen (verminderten) Gewässerabstand oder dergleichen fest. In dessen Sonderbauvorschriften wurde für die besagte Meteorwasserleitung denn auch keinerlei Rechtswirkung bestimmt. Weil die Meteorwasserleitung auch nicht etwa als "privat" bezeichnet wurde, handelt es sich dabei lediglich um einen Hinweis auf den tatsächlichen Bestand dieser Leitung, welcher keinesfalls zur Annahme berechtigen kann, es handle sich um eine private Leitung. Dieser Hinweis steht dem rechtlichen Bestand des Büelenbaches als öffentliches Gewässer auch im Bereich der Eindolung nicht entgegen. Die Beschwerdeführerinnen müssen zur Kenntnis nehmen, dass Art. 199 EG zum ZGB Grundstücke mit Gewässeranstoss von Gesetzes wegen mit einer Eigentumsbeschränkung belastet, ohne dass dies im Grundbuch oder in einem Nutzungsplan erkennbar zu sein braucht. Da sie vom tatsächlichen Verlauf der Meteorwasserleitung spätestens durch den Quartierplan Kenntnis erhalten haben, und die Eindolung des Büelenbaches wenn nicht ohne ihre, so sicher nicht ohne Kenntnis ihrer Rechtsvorgänger erfolgt sein kann, wurden die Beschwerdeführerinnen nicht vom Gemeinwesen, sondern bestenfalls von diesen Rechtsvorgängern treuwidrig zur falschen Annahme verleitet, ihr Grundstück sei ungeachtet des Büelenbaches als eingedoltes öffentliches Gewässer überbaubar. Da der Vertrauensgrundsatz nur vor behördlichem Fehlverhalten schützen kann, können sie auch daraus nicht ableiten, beim eingedolten Büelenbach müsse es sich durchgehend um ihr Privateigentum handeln. Sie müssen zur Kenntnis nehmen, dass der eingedolte Büelenbach bis und mit seiner früheren Überflutungslinie im Eigentum des Kantons steht und ferner, dass ihr Grundstück dadurch in zwei separate Teile getrennt und flächenmässig entsprechend beschnitten wird.

4.3 Die Beschwerdeführerinnen übersehen ferner, dass gegenüber eingedolten Gewässern seit 1986 von Gesetzes wegen ein Gewässerabstand einzuhalten ist, den im Einzelfall die Baudirektion und nunmehr das Tiefbauamt bestimmt (Art. 79 Abs. 2 EG zum RPG vom 28. 4.1985, abgelöst durch den gleichlautenden Art. 114 Abs. 3 des am 1.1.2004 in Kraft getretenen BauG, bGS 721.1). Weil im Quartierplan von 1992 der Gewässerabstand nicht näher bestimmt wurde,

ergibt sich, dass die Baudirektion bzw. nun das Tiefbauamt berechtigt blieb, den Abstand für Bauten und Anlagen gegenüber dem eingedolten Büelenbach im Einzelfall und damit auch erst in einem späteren Baubewilligungsverfahren zu bestimmen. Weder das inzwischen aufgehobene EG zum RPG noch das geltende BauG verpflichtete die Behörde, den Gewässerabstand in einem Quartierplan zu bestimmen. Deshalb durften die Beschwerdeführerinnen bzw. ihre Rechtsvorgänger nicht gestützt auf den Quartierplan damit rechnen, die zuständige Behörde bzw. der Kanton als Eigentümer des eingedolten Büelenbaches habe auf die einzelfallweise Festlegung des Gewässerabstandes verzichtet. Nachdem für Fliessgewässer alt- wie neuerechtlich ein gesetzlicher Regelabstand von 6 m ab der oben erwähnten Überflutungslinie gilt, mussten sie im Gegenteil bei pflichtgemässer Aufmerksamkeit damit rechnen, dass der Kanton (als Eigentümer) oder das Tiefbauamt (als zuständige Behörde) auf beiden Seiten der Eindolung in entsprechendem Umfang dereinst auf einem Gewässerabstand bestehen werden. Die Beschwerdeführerinnen gehen deshalb auch fehl in der Annahme, dass der beidseits der Eindolung bzw. beidseits der früheren Überflutungslinie einzuhaltenden Abstandsbereich ohne weiteres mit privaten Bauten und Anlagen überbaubar und anrechenbar sei und sie nun insofern durch die Ausdolung *zusätzlich* in eigenen privaten Eigentumsrechten und Interessen tangiert seien. Die Beschwerdeführerinnen übersehen, dass ihr Grundstück durch den beidseits der Eindolung im Einzelfall zu bestimmenden Gewässerabstand schon seit längerem durch eine öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkung belastet ist. Weil sowohl gegenüber eingedolten als auch dem ausgedolten Gewässer von Gesetzes wegen ein Gewässerabstand einzuhalten ist, ändert sich daran durch das Wasserbauvorhaben für ihr Grundstück grundsätzlich nichts. Die Beschwerdeführerinnen erleiden im Umfang des beidseitigen Gewässerabstandes durch die Offenlegung des eingedolten Gewässers keine zusätzliche Eigentumsbeschränkung, weshalb sie dem Vorhaben auch die Einhaltung des Gewässerabstandes nicht als privates Interesse entgegenhalten können. Vorliegend stehen somit weder der Bestand des Büelenbaches noch das Einhalten des gegenüber eingedolten und offenen Gewässern vorgeschriebenen Gewässerabstandes zur Disposition.

Einzig soweit das Vorhaben durch eine geänderte Linienführung eine zusätzliche Bau- oder Ausnützungsbeschränkung des erst ab der

angestammten Überflutungslinie im privaten Eigentum liegenden Grundstückes zur Folge hätte, könnte dies dem Vorhaben entgegengehalten werden. Aus den Projektplänen ergibt sich jedoch, dass die Ausdolung überwiegend der Meteorwasserleitung folgt und einzig an zwei Stellen im Ausmass von maximal rund 7m bzw. maximal rund 5m davon nach Süden bzw. nach Norden abweicht. Durch diese Verlegung, welche den ordentlichen Gewässerabstand von 6m nur punktuell überschreitet, werden die neu in den Abstandsbereich fallenden privaten Flächen jedoch durch etwa gleich grosse, daraus entlassene private Flächen kompensiert. Deshalb wird die Überbaubarkeit der betroffenen Parzelle durch die etwas geänderte Linienführung insgesamt nicht zusätzlich eingeschränkt. Insbesondere bleibt auch der kleinere südliche Parzellenteil überbaubar, und zwar namentlich weil sich die Ausdolung dort auf der ganzen Länge stärker an die im Quartierplan vorgesehene Erschliessungsstrasse anlehnt und die Überbaubarkeit durch die dort geplante Auffüllung eher noch erleichtert wird. Insgesamt ergibt sich, dass aus der geänderten Linienführung keine zusätzliche Eigentumsbeschränkung resultieren wird. Da auch sonst keine zusätzlichen Bau- oder Ausnutzungsbeschränkungen dargetan oder ersichtlich sind, steht fest, dass dem hauptsächlich auf einer bereits im Eigentum des Kantons befindlichen Gewässerfläche projektierten Vorhaben keine gewichtigen privaten Interessen entgegenstehen. Weil die den Bach querenden privaten Zufahrten somit Eigentum des Kantons beanspruchen, ändert daran auch nichts, dass diese allenfalls ganz auf Kosten der betroffenen Miteigentümerinnen erstellt werden müssen, zumal diese auch einzig in deren Interesse erstellt werden. Dass an der Offenlegung des eingedolten Büelenbaches aus Gründen des Hochwasserschutzes, aber auch aus ökologischen Gründen ein erhebliches öffentliches Interesse besteht, hat die Vorinstanz unter Hinweis auf Art. 37 und 38 Abs. 2 GschG bereits einlässlich und zutreffend dargelegt. Darauf kann verwiesen werden. Damit steht fest, dass die Interessenabwägung der Vorinstanz nicht zu beanstanden ist. Für die Offenlegung auch im Bereich der Parzelle 1693 besteht offenkundig ein die privaten Interessen überwiegendes öffentliches Interesse, so dass die Offenlegung auch keineswegs als unverhältnismässig bezeichnet werden kann.

4.4 (Dass die Vorinstanz sich widersprüchlich verhalten haben soll, wenn sie einerseits eine Ausnahme gestützt auf Art. 38 Abs. 2 lit. e GschG und andererseits eine Ausnahme gestützt auf Art. 37 Abs. 3

GschG verweigert hat, lässt sich namentlich aufgrund der Feststellungen am Augenschein nicht bestätigen)

4.5 Weil sich die Ausdolung in ihrer Linienführung stärker an die im Quartierplan geplante Erschliessungstrasse anlehnt, als dies die im Quartierplan als bestehend bezeichnete Meteorwasserleitung tut, verletzt das Wasserbauvorhaben auch nicht die Koordinationspflicht in Art. 25a RPG und Art. 21 und 27 der Wasserbauverordnung (SR 721.100.1). Durch die Anlehnung an die teils bestehende und im übrigen durch Baulinien im Quartierplan bestimmte Erschliessungstrasse kann das Vorhaben als plankonform gelten, weshalb auch eine Anpassung des Quartierplanes nicht erforderlich ist. Weil der Quartierplan in Art. 6 der Sonderbauvorschriften auch ausdrücklich vorsieht, dass private Zufahrten senkrecht zur geplanten Erschliessungstrasse realisiert werden können, sind auch die den Beschwerdeführerinnen zugesicherten zwei Übergänge über den offengelegten Büelenbach mit dem Quartierplan zu vereinbaren. Dass die Kosten der Zufahrt noch nicht genau bestimmt und verlegt sind, verletzt die Koordinationspflicht nicht, da die diesbezüglichen Begehren im nachfolgenden Perimeterverfahren geltend gemacht werden können und müssen.

5. Zusammenfassend steht damit fest, dass die Beschwerde abzuweisen ist, soweit darauf eingetreten werden kann.

VGer 27.04.2005

2256

Submission. Ausschluss vom Vergabeverfahren bei Vorbefassung (Art. 5 VöB)

Sachverhalt:

Im Verlaufe des Jahres 2004 hat der Gemeinderat beschlossen, am ehemaligen Dorfschulhaus eine Fassadensanierung durchzuführen. Teil der Sanierungsarbeiten war das Ersetzen der Holzfenster. Der Gemeinderat hat am 3. August 2004 vier Unternehmungen zur Offertstellung eingeladen. Nach Eingang der Angebote hat der Gemeinderat das Vergabeverfahren unterbrochen und abgeklärt, ob allenfalls die Migros Interesse am Erwerb des Hauses hätte. Dies war nicht der Fall. Das Vergabeverfahren wurde daher wieder aufgenom-