



AR GVP 32/2020 Nr. 3777

Öffentliches Sachenrecht. Feststellung der Rechtsnatur eines Gewässers. Die Öffentlichkeit eines Gewässers bestimmt sich nach kantonalem Recht. Ein dauernd oder periodisch Wasser führendes Gerinne, welches ein natürliches Bett gebildet hat oder ohne Überdeckung bilden würde, ist als öffentliches Gewässer zu qualifizieren, sofern daran kein Privateigentum nachgewiesen ist.

Urteil des Obergerichts, 4. Abteilung, 21.04.2020, O4V 19 45

Aus den Erwägungen:

4. Gemäss Art. 76 Abs. 1 BV sorgt der Bund im Rahmen seiner Zuständigkeiten für die haushälterische Nutzung und den Schutz der Wasservorkommen sowie für die Abwehr schädigender Einwirkungen des Wassers. Nach Art. 664 Abs. 1 ZGB stehen die herrenlosen und öffentlichen Sachen unter der Hoheit des Staates, in dessen Gebiet sie sich befinden. Die öffentlichen Gewässer sind öffentliche Sachen im Sinne von Art. 664 ZGB (REY/STEBEL in: Basler Kommentar, ZGB, 6. Aufl. 2019, N. 28 ff. zu Art. 664 ZGB). Nach Art. 76 Abs. 4 BV verfügen die Kantone über die Wasservorkommen. Diese Bestimmung stellt klar, dass die Gesetzgebungsaufträge an den Bund nicht an der Gewässerhoheit der Kantone rütteln (CALUORI/GRIFFEL in: Basler Kommentar, BV, 2015, N. 45 zu Art. 76 BV). Der Kreis der öffentlichen Gewässer wird nicht durch den Bundesgesetzgeber umschrieben. Vielmehr ist den Kantonen überlassen, zu bestimmen, von welcher Grösse an ein Gewässer als öffentlich gilt. Macht der Kanton von dieser Regelungskompetenz Gebrauch, so wird die Öffentlichkeit des Gewässers durch den kantonalen Gesetzgeber begründet (REY/STEBEL, a.a.O., N. 28 ff. zu Art. 664 ZGB). Gewässer werden nicht aufgrund ihrer natürlichen Beschaffenheit zu öffentlichen; insofern gibt es keine bundesrechtlichen Kriterien wie eine minimale Wasserführung und dergleichen. Die Kantone sind frei, den jeweiligen örtlichen Gegebenheiten und Besonderheiten angepasste Kriterien zu formulieren (Urteil des Bundesgerichts 2C_622/2010 vom 20. Dezember 2010 E. 3.2).

Als Erstes ist festzuhalten, dass die vorliegend strittige Frage der Rechtsnatur eines Gewässers bzw. der rechtlichen Herrschaft über ein Gewässer Gegenstand des öffentlichen Sachenrechts und nicht Gegenstand des Gewässerschutzrechtes bildet. Die Gewässerschutzgesetzgebung des Bundes und ihre Ausführungsbestimmungen sind daher nicht anwendbar, soweit das kantonale Recht bestimmt, wann ein Gewässer als öffentlich gilt. Der Kanton Appenzell Ausserrhoden hat von dieser Rechtsetzungsbefugnis in Art. 3 des Wasserbaugesetzes (WBauG, bGS 741.1) Gebrauch gemacht.

5. Gemäss Art. 3 Abs. 1 WBauG gelten Gewässer als öffentlich, wenn sie dauernd oder periodisch Wasser führen. Dies gilt auch für stehende Gewässer, welche von einem Fliessgewässer durchflossen werden. Öffentlich sind auch Grundwasservorkommen, die ausgedehnte zusammenhängende fliessende (Grundwasserströme) oder stehende (Grundwasserbecken) Gewässer bilden. Vom Grundsatz ausgenommen sind Gewässer, an denen privates Eigentum nachgewiesen ist. Diese gelten als private Gewässer. Nach Art. 3 Abs. 2 WBauG sind private Gewässer insbesondere Quellen mit Ausnahme der Bach- und Flussquellen. Teiche, Kanäle, Staubecken und andere künstlich geschaffene Wasserableitungen und Wasserfassungsanlagen stehen in der Regel im privaten Eigentum. Die Nutzung des Wassers, das aus öffentlichen Gewässern abgeleitet ist, richtet sich nach dem öffentlichen Recht. Gemäss Art. 4 Abs. 1 WBauG unterliegen die öffentlichen Gewässer,

einschliesslich deren Schutzbauten, der Hoheit und dem Verfügungsrecht des Kantons. Gemäss Art. 1 Abs. 1 der Wasserbauverordnung (WBauV, bGS 741.11) bildet der Gewässerkataster den Verlauf der öffentlichen Gewässer ab; die Darstellung entspricht jener in den Grundbuchplänen. Im Gewässerkataster enthaltene Gewässer gelten, soweit die Rechtsnatur noch nicht rechtskräftig festgelegt worden ist, vermutungsweise als öffentliche Gewässer. Ist die Rechtsnatur eines Gewässers umstritten, können betroffene Grundeigentümerinnen und Grundeigentümer vom Departement Bau und Volkswirtschaft einen Entscheid verlangen (Art. 1 Abs. 2 WBauV).

5.1 Bäche werden in Art. 3 Abs. 1 WBauG zwar nicht explizit erwähnt, doch werden in Abs. 2 ausdrücklich Bachquellen vom privaten Herrschaftsbereich ausgenommen. Quellen, die von Anfang an einen Wasserlauf bilden, werden als Teil des von ihnen gebildeten Wasserlaufs betrachtet und teilen demnach deren rechtliches Schicksal (BGE 122 III 49 E. 2a). Weil Bachquellen und deren Abfluss demzufolge eine rechtliche Einheit bilden, sind Bäche als öffentliche Gewässer zu betrachten. Da im WBauG nicht definiert ist, ab wann ein Gerinne als Bach gilt, kann auf die Definition von alt. Art. 199 Abs. 2 des Gesetzes zur Einführung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (EG zum ZGB, bGS 211.1) abgestellt werden. Diese Norm wurde zwar durch den Erlass des Wasserbaugesetzes im Jahre 2006 aufgehoben, entspricht jedoch immer noch der herrschenden Lehre (REY/STOBEL, a.a.O., N. 8 zu Art. 704 ZGB). Demzufolge gilt als Bach jedes fließende Gewässer von solcher Mächtigkeit, dass es ein natürliches Bett gebildet hat oder bilden würde, wenn sein Lauf nicht künstlich ausgebaut wäre. Nach Art. 2 WBauG findet das Gesetz im Weiteren Anwendung bei *allen öffentlichen Gewässern*, ob stehend, frei fließend oder *eingedolt*. Mangels anderslautender Bestimmung sind damit auch eingedolte oder überdeckte Bäche als öffentliche Gewässer zu betrachten. Aus Art. 3 Abs. 1 und 2 WBauG und Art. 2 WBauG ergibt sich damit, dass jedes dauernd oder periodisch Wasser führende Gerinne, welches ein natürliches Bett gebildet hat oder ohne Eindolung/Überdeckung bilden würde, als Bach und damit als öffentliches Gewässer zu qualifizieren ist, sofern daran kein privates Eigentum nachgewiesen ist.

5.2 Der B. weist in seinem Oberlauf, wo er teilweise freiliegt, ein natürliches Bett auf und führt darin ganzjährig Wasser, womit er in diesem Bereich als öffentliches Gewässer im Sinne von Art. 3 Abs. 1 WBauG in Erscheinung tritt. Dies wird auch von den Vorinstanzen nicht in Frage gestellt, wird doch dieser Teil von ihnen selbst als öffentliches Gewässer bezeichnet. Dass der B. früher auch im eingedolten Bereich ein natürliches Bett gebildet hat, lässt sich aus den alten Landeskarten und aus der in den Geländeplänen „Höhenkurven“ und „Relief“ des kantonalen Geoportals ersichtlichen Geländetopografie im Bereich seines ursprünglich offenen Verlaufs ableiten. Vergleicht man diese Pläne mit dem generellen Entwässerungsprojekt aus dem Jahr 1960 (GPK) und dem Übersichtsplan Entwässerungskonzept vom 30. September 1997 (GEP) ergibt sich im Weiteren, dass der Verlauf des B.kanals weitgehend dem ursprünglich offenen Verlauf des B. entspricht. In diesem Bereich bildete der B. den natürlichen Vorfluter. Bis zur unmittelbaren Ableitung in die ARA 37 m vor der G.mündung handelt es sich damit beim eingedolten B./B.kanal um den ursprünglich natürlichen Wasserkreislauf mit eigenem hydrologischen Einzugsgebiet, in welchem immer noch sämtliches Niederschlagswasser gesammelt und als Bachwasser abgeleitet wird und welcher bei Hochwasser nach wie vor bei seinem ursprünglichen Einlauf zusammen mit dem J. in die G. einmündet (vgl. dazu auch den von der Beschwerdeführerin eingereichten Plan mit den Einzugsgebieten; act. 2.2). Da in Art. 3 WBauG kein Wasserführungsminimum als Merkmal der Gerinnebildung oder eine bestimmte Funktion des Gewässers vorausgesetzt wird, ändert der Umstand nichts, dass in den B.kanal/B. auch (unverschmutztes und verschmutztes) Abwasser eingeleitet wird, selbst wenn dessen Anteil in der Trockenzeit höher als das Gerinne des Oberlaufs ist. Weil das Abwasser in den ursprünglich offenen Bach einfließt (und nicht umgekehrt) kann beim B.kanal/B. nicht von einer blossen Kanalisationsleitung gesprochen werden, welche bloss zum Zweck der Abwasserbeseitigung erstellt wurde (vgl. dazu auch HANS W. STUTZ, Schweizerisches Abwasserrecht, 2008, S. 69).

[...]

5.5 Art. 3 Abs. 1 Satz 4 WBauG bestimmt ausdrücklich, dass privates Eigentum nachzuweisen ist, womit im Sinne einer Generalklausel eine Vermutung zugunsten der Öffentlichkeit eines Gewässers besteht (vgl. dazu auch S. 3 des erläuternden Berichts zum Wasserbaugesetz vom 15. November 2005). An dieser gesetzlichen Vermutung vermag auch die fehlende Aufnahme eines Baches in den Gewässerkataster nichts zu ändern, zumal dieser nach Art. 1 Abs. 2 WSV ausdrücklich unter dem Vorbehalt der rechtskräftigen Festlegung der Rechtsnatur eines Gewässers steht. Nach konstanter Praxis des ehemaligen Verwaltungsgerichts und nunmehr Obergerichts gilt die gesetzliche Vermutung zugunsten der Öffentlichkeit auch für den eingedolten Bereich eines Baches, womit ein Rechtstitel, sei es eine Konzession oder ein dingliches Recht, vorhanden sein müsste, welcher diese Vermutung umstossen könnte (Urteil des Verwaltungsgerichts II 01 6 vom 27. April 2005 E.4.1; abgedruckt in AR GVP 17/2005 Nr. 2255). Einen solchen privaten Rechtstitel haben die nachweispflichtigen Vorinstanzen, welche die Öffentlichkeit des B.kanals verneinen, nicht dargetan und ein solcher ist auch nicht ersichtlich.

5.6 Zusammenfassend ergibt sich damit, dass der B.kanal zusammen mit dem bereits als B. festgelegten Oberlauf als öffentliches Gewässer im Sinne von Art. 3 Abs. 1 WBauG zu betrachten ist.