

Obergericht Appenzell Ausserrhoden

4. Abteilung

Zirkulations-Urteil vom 21. April 2020

Mitwirkende	Obergerichtspräsident E. Zingg Oberrichterinnen D. Cadosch Autolitano, M. Gasser Aebischer Oberrichter E. Graf, P. Louis Obergerichtsschreiber D. Hofmann
Verfahren Nr.	O4V 19 45
Beschwerdeführerin	A. _____ vertreten durch: AA. _____
Vorinstanz	Regierungsrat Appenzell Ausserrhoden , Regierungsgebäude, 9100 Herisau vertreten durch: Rechtsdienst der Kantonskanzlei, Regierungsge- bäude, 9102 Herisau
Vorvorinstanz	Departement Bau und Volkswirtschaft , Kasernenstrasse 17a, 9102 Herisau
Gegenstand	Wasserrecht; Feststellung der Rechtsnatur eines Gewässers Beschwerde gegen den Rekursentscheid des Regierungsrates vom 24. September 2019

Rechtsbegehren

a) der Beschwerdeführerin:

1. Der Rekursentscheid des Regierungsrates des Kantons Appenzell A.Rh. vom 24. September 2019 betreffend Feststellung der Rechtsnatur des B. _____ sei aufzuheben.
2. Es sei festzustellen, dass es sich auch bei der C. _____ um ein öffentliches Gewässer im Sinne von Art. 3 Abs. 1 WBauG handelt, mit den sich daraus für den Kanton Appenzell A.Rh. und die A. _____ ergebenden Rechten und Pflichten.
3. Die C. _____ in D. _____ sei auf der gesamten Länge, soweit das noch nicht der Fall ist, als öffentliches Gewässer im Sinne von Art. 3 Abs. 1 WBauG in den Gewässerkataster des Kantons Appenzell A.Rh. aufzunehmen.
4. Eventualiter sei für den B. _____ parallel zur C. _____ ein eigenes Gerinne für das Wasser aus dem Oberlauf des B. _____ sowie das nicht verschmutzte Wasser und Abwasser aus seinem Einzugsgebiet im Dorf D. _____ auszuscheiden, als öffentliches Gewässer zu klassieren und in den Gewässerkataster des Kantons Appenzell A.Rh. aufzunehmen.
5. Subeventualiter sei die Angelegenheit zur Neubeurteilung im Sinne der Erwägungen des Obergerichts an den Regierungsrat des Kantons Appenzell A.Rh. zurückzuweisen.
6. Die Kosten des vorliegenden Verfahrens seien nach dem Gesetz zu verlegen.

b) der Vorinstanz:

Die Beschwerde sei abzuweisen.

Sachverhalt

- A. In der Gemeinde D. _____ besteht ein ursprünglich ganzheitlich offen liegendes Fliessgewässer, welches das Gemeindegebiet vom östlichen Bauzonenrand im Gebiet E. _____ bis zum nordwestlichen Bauzonenrand bei der F. _____ durchfliesst und in die G. _____ einmündet bzw. einmündete (vgl. dazu die alten Landeskarten; act. 6.9). Das Gewässer liegt im Abschnitt „E. _____“ (Parz. Nr. 0004) bis zum Gebiet „H. _____“ (Parz. Nr. 0001) teilweise offen. In diesem Bereich ist es im kantonalen Gewässerkataster (act. 6.8) als öffentliches Gewässer abgebildet und wird darin als B. _____ bezeichnet. Ab dem Abschnitt H. _____, (Parzelle Nr. 0001), Kontrollschacht 0003 bis zur G. _____ wird es im

kantonalen Gewässerkataster nicht mehr als öffentliches Gewässer aufgeführt. In jenem Bereich, in welchem es nahezu vollständig eingedolt ist, bildet das Gewässer (auch) Teil der kommunalen Siedlungsentwässerung, wobei in dieses sowohl verschmutztes als auch unverschmutztes Abwasser eingeleitet wird. Das generelle Entwässerungsprojekt aus dem Jahr 1960 (GPK, act. 9.1) sah vor, dass der B. _____ in diesem Abschnitt als Mischwasserkanal zu führen ist. Mit der Inbetriebnahme der Abwasseranlage I. _____ wurde das Gewässer mit einem Zulaufkanal ca. 37 m vor der ursprünglichen G. _____ einmündung in die Abwasseranlage (ARA) umgeleitet. Der ursprüngliche Einlauf auf der Parzelle Nr. 0003 in die G. _____, über welchen auch der als öffentliches Gewässer ausgeschiedene J. _____ in die G. _____ einmündet, blieb bestehen und dient heute der Hochwasserentlastung. Der B. _____ wird seither im eingedolten Bereich als B. _____ kanal bzw. C. _____ bezeichnet (GPK 1977; act. 9.2; Übersichtsplan Entwässerungskonzept vom 30. September 1997 (GEP); act. 9.3/3). Gemäss der vom Regierungsrat am 15. April 2008 erlassenen Naturgefahrenkarte Wasser liegt das Areal entlang des B. _____ kanals zu einem grossen Teil im Gefährdungsbereich (act. 9.3/7).

- B. Mit Eingabe vom 26. Oktober 2017 (act. 6.11) beantragte die A. _____, vertreten durch AA. _____, beim Departement Bau und Volkswirtschaft, es sei festzustellen, dass es sich beim B. _____ in D. _____ sowohl beim offen geführten Teil des Baches als auch bei der C. _____ um ein öffentliches Gewässer handle. Zudem sei der B. _____ auf der gesamten Länge als öffentliches Gewässer in den Gewässerkataster aufzunehmen.
- C. Mit Entscheid vom 28. Februar 2018 (act. 5.1/2) entschied das Departement Bau und Volkswirtschaft, dass der B. _____ im Abschnitt H. _____, Parz. Nr. 0001, Abwasserschacht 0003, bis E. _____, Parzelle Nr. 0004, als öffentliches Gewässer festgelegt werde. Jedoch werde der B. _____ kanal im Abschnitt F. _____ ab der Einleitstelle der Hochwasserentlastung bis H. _____, Parzelle Nr. 0001, Abwasserschacht 0003, nicht als öffentliches Gewässer festgelegt.
- D. Gegen diesen Entscheid erhob die A. _____, vertreten durch AA. _____, mit Eingabe vom 19. März 2018 (act. 5.1/1) beim Regierungsrat von Appenzell Ausserrhoden Rekurs u.a. mit dem Antrag, den Entscheid aufzuheben. Im Weiteren sei festzustellen, dass es sich beim gesamten B. _____ um ein öffentliches Gewässer handle. Dieser sei auf der gesamten Länge als öffentliches Gewässer in den Gewässerkataster aufzunehmen.
- E. Mit Entscheid vom 24. September 2019 (act. 2.1) wies der Regierungsrat den Rekurs ab, soweit er darauf eintrat.

- F. Gegen diesen Entscheid liess die A. _____ (im Folgenden: Beschwerdeführerin), vertreten durch AA. _____, mit Eingabe vom 24. Oktober 2019 beim Obergericht Beschwerde erheben, wobei sie die eingangs erwähnten Rechtsbegehren stellte. Mit Schreiben vom 25. November 2019 (act. 4) beantragte der Regierungsrat (im Folgenden: Vorinstanz), vertreten durch den Rechtsdienst der Kantonskanzlei, die Beschwerde abzuweisen. Mit Eingabe vom 16. Januar 2020 (act. 8) reichte die Beschwerdeführerin weitere Akten ein, worauf die Vorinstanz mit Schreiben vom 28. Januar 2020 (act. 12) auf eine Stellungnahme verzichtete.
- G. Auf die Begründung der gestellten Anträge wird - soweit erforderlich - in den Erwägungen näher eingegangen.

Erwägungen

1.

1.1 Gestützt auf Art. 2 der Verordnung über COVID-19-Massnahmen: Gerichte (bGS 113.2) kann das Obergericht zur Bewältigung der aktuell ausserordentlichen Lage in allen Fällen auf dem Zirkularweg entscheiden, wenn das Gesetz keine Verhandlung vorschreibt. Zirkularbeschlüsse bedürfen der Einstimmigkeit (Art. 52 Abs. 2 JG). Da im vorliegenden Verfahren keine Durchführung einer Verhandlung vorgeschrieben ist und die Parteien auf die Durchführung einer solchen verzichteten, hat das Obergericht das vorliegende Urteil mittels Zirkularbeschluss gefällt.

1.2 Die von Amtes wegen vorzunehmende Prüfung der prozessualen Voraussetzungen ergibt, dass das Obergericht nach Art. 54 Abs. 1 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG, bGS 143.1) zur Behandlung der Beschwerde gegen den Rekursentscheid der Vorinstanz zuständig ist und die Form- und Fristenfordernisse erfüllt sind.

1.3 Zur Erhebung einer Beschwerde ist berechtigt, wer an der Änderung oder Aufhebung der Verfügung ein eigenes schutzwürdiges Interesse dartut. Zur Wahrung eigener öffentlicher Interessen steht das Beschwerderecht auch den Gemeinden zu (Art. 59 i.V.m. Art. 32 Abs. 2 VRPG). Die vorliegend strittige Qualifikation des B. _____kanals könnte Auswirkungen auf die Zuständigkeit und die Kostenverteilung bei allfälligen Sanierungsmassnahmen zugunsten oder zulasten der Beschwerdeführerin haben (vgl. dazu Art. 59 des Gesetzes über die Einführung der Bundesgesetze über den Umweltschutz und über den Schutz der Gewässer (Umwelt- und Gewässerschutzgesetz, UGsG, BGS 814.0 und Art. 15 ff. des Gesetzes über den Wasserbau und die Gewässernutzung, WBauG, bGS 741.1), womit sich die Feststellung der Rechtsnatur des Gewässers auf ihren Hoheitsbereich auswirkt. Die Beschwerdeführerin ist zudem Eigentümerin von mehreren Grundstücken im Einzugsgebiet des B. _____kanals. Wie sie nachvollziehbar dargelegt hat, ist sie damit durch die wasserrechtliche Qualifikation des B. _____kanals sowohl in ihrem Autonomiebereich als auch in Bezug auf ihr Grundeigentum durch den angefochtenen Rekursentscheid betroffen und daher zur Beschwerde legitimiert. Auf die Beschwerde ist daher einzutreten, soweit diese die wasserrechtliche Qualifikation des B. _____ zum Gegenstand hat. Nicht einzutreten ist jedoch auf die Beschwerde, soweit die Beschwerdeführerin darüber hinaus die Feststellung der sich dadurch für den Kanton Appenzell A.Rh. und die A. _____ ergebenden Rechten und Pflichten beantragt, da dieser Antrag nicht substantiiert ist und die entsprechenden Rechte und Pflichten im Rahmen eines konkreten Verfahrens/Sanierungsprojekts separat zu klären sind.

2. Bei der Beurteilung der hier vorliegenden Beschwerde ist die Kognition des Obergerichts gemäss Art. 56 Abs. 1 VRPG darauf beschränkt, den angefochtenen Entscheid hinsichtlich allfälliger Rechtsverletzungen zu überprüfen, wozu auch eine rechtsfehlerhafte Ausübung des Ermessens zählt. Im Weiteren kann beurteilt werden, ob die Vorinstanzen den Sachverhalt unrichtig oder unvollständig festgestellt haben. Die Überprüfung der Angemessenheit ist dem Obergericht jedoch verwehrt (Art. 56 Abs. 1 VRPG e contrario). Rechtsfragen unterstehen dem Grundsatz der Rechtsanwendung von Amtes wegen (*iura novit curia*), welcher bedeutet, dass das Gericht an die Rechtsauffassungen der Verfahrensbeteiligten nicht gebunden ist; auch nicht an die von ihnen nach Massgabe des kantonalen Verfahrensrechts form- und fristgerecht vorgetragenen Rechtsbehauptungen (BGE 133 V 196 E.1.4). Die Entscheidbehörde ist im Rahmen der Rechtsanwendung dazu verpflichtet, auf den festgestellten Sachverhalt jenen Rechtsatz anzuwenden, den sie als den zutreffenden ansieht, und ihm die Auslegung zu geben, von der sie - unter Berücksichtigung von Rechtsprechung und Lehre - überzeugt ist (KASPAR PLÜSS IN: Alain Griffel (Hrsg.), Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 3. Aufl. 2014, N. 166 zu § 7 VRG; BGE 130 V 253 E. 3.5).
- 3.
- 3.1 Die Vorinstanz kommt im angefochtenen Entscheid zum Schluss, dass die Gewässereigenschaft im Sinne des Bundesgesetzes über den Schutz der Gewässer (Gewässerschutzgesetz, GSchG, SR 814.20) dort zu verneinen sei, wo das Wasser aus dem natürlichen Wasserkreislauf austrete und abgesondert werde, wie dies bei Abwässern der Fall sei, die in Kanalisationen oder Kläranlagen geleitet würden, um die natürlichen Verhältnisse des Wasserhaushaltes vor Verunreinigungen zu schützen bzw. jene Verhältnisse durch besondere Behandlung des abgesonderten Wassers wieder herzustellen. Daher sei gebrauchtes und durch Gebrauch geändertes Wasser, das der Reinigung bedürfe, dann nicht als Gewässer zu betrachten, wenn es der Reinigung zugeführt werde (BGE 120 IV 300 E. 3; 107 IV 63 E. 2). Alleine durch die Eindolung gingen die Eigenschaften eines oberirdischen Gewässers im Sinne von Art. 4 lit. a GSchG nicht gänzlich verloren, auch wenn eingedolte Gewässer verschiedene Funktionen eines solchen Gewässers nicht mehr erfüllen könnten. Für die Beurteilung zu beachten sei jedoch der GEP. Bei diesem handle es sich um das zentrale Führungsinstrument für die Gemeindebehörde. Bereits im revidierten GKP der Gemeinde D. _____ von 1976 (act. 9.2.1) sei der B. _____ als „bestehender Gemeindekanal“ und nicht als Gewässer qualifiziert. Im GEP von 1997 (act. 9.2.3) sei der B. _____kanal ebenfalls nicht als Gewässer gekennzeichnet. Im Zustandsbericht Kanalisation (act. 6.2/2d) werde festgehalten, dass der B. _____kanal der wichtigste Abwasserkanal von D. _____ sei, der einen grossen Teil des Dorfzentrums im Mischsystem entwässere. Letztlich ausschlaggebend sei aber, dass das Abwasser des B. _____kanals grundsätzlich – d.h. abgesehen von einer bestimmten Menge bei

Hochwasser – zur Reinigung der ARA zugeführt werde. Zum Abwasser gehöre nicht nur das durch Gebrauch veränderte Wasser, sondern auch das in der Kanalisation stetig damit abfließende Wasser sowie das von bebauten oder befestigten Flächen abfließende Niederschlagswasser. Es sei somit nicht von Bedeutung, dass im B. _____kanal Wasser mitgeführt werde, das aus dem B. _____ stamme. Weil das Abwasser aus dem B. _____kanal der Reinigung zugeführt werde, könne es sich bei diesem nicht um ein Gewässer handeln. Deshalb sei es auch nicht entscheidend, wie hoch der Anteil des Wassers des B. _____ an der gesamten Zuflussmenge der ARA Bachwis sei, zumal das Wasser aus dem B. _____ nicht den überwiegenden Anteil der gesamten Zuflussmenge der ARA I, _____ ausmache. An der fehlenden Gewässereigenschaft vermöge auch nichts zu ändern, das bei starkem Regen ein Teil des Wassers nicht der ARA zugeführt, sondern über die Hochwasserentlastung in die G. _____ geleitet werde. Diese gehöre zu einem Kanalisationssystem. Neu zu beurteilen sei die Situation jedoch dann, wenn die vorgesehene Trennung von sauberem und verschmutzten Wasser realisiert werde.

- 3.2 Die Beschwerdeführerin macht dagegen geltend, dass sie ab 1973 durch Massnahmen zur Aufrechterhaltung der Funktionsfähigkeit und der Dichtigkeit der B. _____ eindolung die Verantwortung für die sichere Ableitung des mit dem Bachwasser abfließenden Schmutzwassers übernommen habe. Gleichzeitig erfülle der B. _____ aber sehr wichtige Gewässerfunktionen, wie das Ableiten von Regenwasser aus seinem natürlichen Einzugsgebiet sowie die Sicherstellung der Hochwassersicherheit im Talboden von D. _____. Die aktive Gewässerfunktion des B. _____ zeige sich gerade bei mittleren und grösseren Niederschlagsereignissen als Folge seines natürlichen Einzugsgebiets. Die Hauptfunktion des B. _____ als Gewässer auf seiner ganzen Länge ergebe sich allein schon aus seinem gegenüber der Siedlungsentwässerung topografisch grösseren Einzugsgebiet, der grösseren Dimensionierungswassermengen und der natürlich entstandenen Linienführung entlang des Talbodens. Der Kanton Appenzell A. Rh. habe seine gesetzlichen Pflichten mit Bezug auf die B. _____ eindolung zur Sicherstellung des Hochwasserschutzes während längerer Zeit vernachlässigt. Weil das eingeleitete Schmutzwasser das gesamte Wasser des B. _____ verschmutze, werde derzeit bei Niederwasserführung, aber nur dann, das gesamte Wasser des Baches vor der Einleitung in die G. _____ der Abwasserreinigungsanlage zugeführt. Der Umstand, dass das Gewässer zuerst verunreinigt und dann gereinigt werde, mache es nicht zu einem Bestandteil der Kanalisation, überwiege doch bei der C. _____ mit Bezug auf die Menge des abgeleiteten Wassers und die Art der Wasserführung der Charakter als Gewässer. Deshalb sei der B. _____ nach wie vor in den natürlichen Wasserkreislauf eingebunden, bei Hochwasser direkt und bei Niedrigwasser über die Abwasserreinigungsanlage. Dem natürlichen Wasserkreislauf werde das Wasser des B. _____ erst ab jener Stelle entzogen, ab welcher es die B. _____ eindolung verlasse und zur Kläranlage weitergeleitet werde. Vorher handle es sich um ein durch Abwasser verschmutztes

öffentliches Gewässer. In sämtlichen Gefahren- und Massnahmenkarten betreffend Hochwassersicherheit werde der B. _____ als Gewässer und nicht als Kanalisationsleitung behandelt. Bei Trockenwetter möge der Anteil Bachwasser aus dem „oberen B. _____“ gering sein. Bei einem Dimensionierungsregen für Gewässer falle allein aus diesem kleinen Gebiet eine abzuleitende Wassermenge von bis zu 3000 Liter Bachwasser pro Sekunde an. Im natürlichen Einzugsgebiet der B. _____ einmündung befänden sich zudem noch weitere massgebende Flächen, welche durch die Siedlungsentwässerung nicht erschlossen würden und deren Wassermengen bei stärkeren Niederschlagsereignissen ebenfalls durch das dortige Gewässer „im Talboden“ sicher aufgenommen und abgeleitet werden müssten. Wäre die C. _____ tatsächlich kein öffentliches Gewässer, sondern ein Teil der Kanalisation von D. _____, dürfte nach Art. 6 und 7 GSchG weder der B. _____ noch das saubere Wasser aus seinem Einzugsgebiet in die C. _____ eingeleitet werden. Vielmehr wäre der Kanton verpflichtet, für das Wasser aus dem Oberlauf des B. _____ und das saubere Wasser aus seinem Einzugsgebiet ein eigenes Gerinne zu schaffen, weil es wohl kaum erwünscht wäre, dass sich der Bach im Siedlungsgebiet von D. _____ einen eigenen Lauf suchte.

4. Gemäss Art. 76 Abs. 1 der Schweizerischen Bundesverfassung (BV, SR 101) sorgt der Bund im Rahmen seiner Zuständigkeiten für die häusliche Nutzung und den Schutz der Wasservorkommen sowie für die Abwehr schädigender Einwirkungen des Wassers. Nach Art. 664 Abs. 1 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (ZGB, SR 210) 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 (HEINZ REY/LORENZ STEBEL in Geiser/Wolf [Hrsg.], Basler Kommentar zum 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 (CORINA CALUORI/ALAIN GRIFFEL in: Waldmann/Belser/Epiney [Hrsg.], Basler Kommentar zur BV, 2015, N. 45 zu Art. 76). 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 A.Rh. hat von dieser Rechtsetzungsbefugnis in Art. 3 WBauG 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 Mächtig-

keit, 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 (act. 6.1/9) 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 GPK (act. 9.1) und dem GEP (act. 9.3) 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).

5.3 Soweit sich die Vorinstanzen in ihren Entscheiden auf BGE 120 IV 300 E. 3 und 107 IV 63 E. 2 berufen, wobei sie die Gewässereigenschaft der Wassers in der „C. _____“ aufgrund

der Ableitung in die ARA gänzlich zu verneinen scheinen, gilt es festzuhalten, dass sich diese Entscheide auf das Gewässerschutzgesetz beziehen, welches - wie in Ziff. 2.3 erwähnt - aufgrund der kantonalen Rechtsetzungskompetenz bei der Festlegung eines öffentlichen Gewässers im vorliegenden Fall nicht massgebend sein kann, wobei es alleine darum geht, die rechtliche Herrschaft über ein Gewässer festzustellen. Der vorinstanzlichen Auffassung steht zudem Art. 3 Abs. 2 WBauG entgegen, stehen doch danach zwar künstlich geschaffene Wasserableitungen und Wasserfassungsanlagen in der Regel im privaten Eigentum, doch richtet sich die Nutzung des Wassers, das aus öffentlichen Gewässern abgeleitet ist, dennoch nach öffentlichem Recht. Im Weiteren gilt es zu berücksichtigen, dass die Ableitung bei der Hochwasserentlastung in die ARA erst 37 m vor der ursprünglichen Einmündung in die G. _____ erfolgt. Deshalb erscheint es widersprüchlich, dass die Vorinstanzen den teilweise ebenfalls eingedolten Oberlauf des B. _____, dessen Gerinne (zumindest bei Niedrigwasser) ebenfalls in die ARA I. _____ abgeleitet wird, selbst als (öffentliches) Gewässer bezeichnen, dies jedoch ab der Parzelle Nr. 0001 bis zur Hochwasserentlastung für den weitaus grösseren Abschnitt verneinen. Entgegen der Auffassung der Vorinstanz steht im Übrigen auch der Umstand, dass der B. _____kanal im GPK bzw. GEP als Gemeindekanal oder Mischwasserkanal bezeichnet wird, der Qualifikation als öffentliches Gewässer nicht entgegen, da diese Pläne nicht die Rechtsnatur der Gewässer regeln (vgl. dazu Art. 58 UGsG).

Dazu kommt Folgendes: Die Vorinstanz schien offenbar beim Erlass der Naturgefahrenkarte Wasser (act. 9.3/7) im Jahr 2008 noch selbst davon auszugehen, dass es sich beim gesamten B. _____kanal/B. _____ um ein (öffentliches) Gewässer handelt, liegt doch das Areal entlang des eingedolten Gewässers zu einem grossen Teil im Gefährdungsbereich. Die Gefahrenkarte dient unbestrittenermassen dem Hochwasserschutz, welchen die Kantone durch den Unterhalt der Gewässer und durch raumplanerische Massnahmen zu gewährleisten haben (vgl. dazu Art. 3 Abs. 1 des Bundesgesetzes über den Wasserbau, SR 721.100, das nach Art. 1 Abs. 2 für alle oberirdischen Gewässer gilt). Im kantonalen Recht wird der Erlass der Gefahrenkarte in Art. 9 WBauG geregelt, welches gemäss Art. 2 explizit bei *öffentlichen Gewässern* zur Anwendung kommt. Auch dieser Umstand steht im Widerspruch zu den Entscheiden der Vorinstanzen, soweit in diesen die Gewässereigenschaft des B. _____kanals/B. _____ verneint wird. Aus den Akten geht im Übrigen hervor, dass die Vorinstanzen den B. _____ früher mehrfach selbst als öffentliches Gewässer bezeichnet haben (Schreiben des Departements Bau und Volkswirtschaft vom 5. Juli 2005, S. 1, act. 5.9.2; Vereinbarung Kanton-Gemeinde vom 7. März 2008, S. 2, act. 5.9.3; Schreiben des Tiefbauamts vom 5. Februar 2009, S.1, act. 5.9.4), womit der nun gegenteilige Standpunkt auch gegen das Gebot von Treu und Glauben verstösst (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl. 2016, N. 712 f.).

- 5.4 Infolgedessen gilt es festzuhalten, dass der B. _____kanal/B. _____ sowohl im offenen als auch im eingedolten Bereich den Charakter eines öffentlichen Gewässers nach Art. 3 Abs. 1 WBauG aufweist.
- 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 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.
6. Daraus folgt, dass die Beschwerde insofern gutzuheissen ist, als dass der Rekursentscheid des Regierungsrates vom 24. September 2019 und die zugrunde liegende Verfügung des Departements Bau und Volkswirtschaft vom 28. Februar 2018 aufzuheben sind. Im Weiteren ist festzustellen, dass es sich beim B. _____ ab dem Abschnitt E. _____ auf der Parzelle Nr. 0004 gemäss seinem ursprünglichen Verlauf um ein öffentliches Gewässer im Sinne von Art. 3 WBauG handelt. Da der B. _____ bei Hochwasser nach wie vor über seinen ursprünglichen Einlauf in die G. _____ einmündet und der Einlauf der Hochwasserentlastung bis zur G. _____ ohnehin bereits als öffentliches Gewässer (J. _____) ausgeschieden ist (Abwasser Werkplan Gemeinde und kantonaler Gewässerkataster; act. 6.8) gilt diese Festlegung bis zum Einlauf auf der Parzelle Nr. 0003 in die G. _____. Zudem ist der B. _____ von der Parzelle Nr. 0004 bis zur Einlaufstelle der Hochwasserentlastung auf der Parzelle Nr. 0003 in den Gewässerkataster des Kantons Appenzell A.Rh. aufzunehmen. Soweit die Feststellung von Rechten und Pflichten der Beschwerdeführerin und der Vorinstanz beantragt wird, ist nicht auf die Beschwerde einzutreten.

7. Nach Art. 19 Abs. 3 in Verbindung mit Art. 53 Abs. 1 VRPG ist im Beschwerdeverfahren vor Obergericht gebühren- und kostenpflichtig, wer ganz oder teilweise unterliegt oder auf dessen Rechtsmittel nicht eingetreten wird.

Weil die Vorinstanz mit ihrem Begehren nicht durchdringt, ist ihr die Entscheidgebühr aufzuerlegen. In Anwendung von Art. 4a des Gesetzes über die Gebühren in Verwaltungssachen (GGV, bGS 233.2) erscheint eine Entscheidgebühr von insgesamt Fr. 2'000.-- als angemessen, wobei in Anwendung von Art. 22 Abs. 1 VRPG auf die Erhebung verzichtet wird. Auf die Zusprechung einer Parteientschädigung besteht kein Anspruch (Art. 59 i. V. m. Art. 24 Abs. 3 lit. a VRPG).

Das Obergericht erkennt:

1. In teilweiser Gutheissung der Beschwerde werden der Rekursentscheid des Regierungsrates vom 24. September 2019 und die zugrunde liegende Verfügung des Departements Bau und Volkswirtschaft vom 28. Februar 2018 aufgehoben.
2. Es wird festgestellt, dass es sich beim B. _____ in D. _____ vom Abschnitt „E. _____“ auf der Parzelle Nr. 0004 bis zur Einlaufstelle der Hochwasserentlastung auf der Parzelle Nr. 0003 in die G. _____ um ein öffentliches Gewässer im Sinne von Art. 3 Abs. 1 WBauG handelt.
3. Die Vorinstanz wird angewiesen, die Klassierung des B. _____ von der Parzelle Nr. 0004 bis zur Einlaufstelle der Hochwasserentlastung auf der Parzelle Nr. 0003 in die G. _____ als öffentliches Gewässer in den Gewässerkataster des Kantons Appenzell A.Rh. zu veranlassen.
4. Im Übrigen wird nicht auf die Beschwerde eingetreten.
5. Es wird eine Entscheidgebühr von insgesamt Fr.2'000.-- festgesetzt, welche auf die Staatskasse genommen wird.
6. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
7. **Rechtsmittel:**
Gegen dieses Urteil kann innert 30 Tagen seit der Zustellung Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten erhoben werden. Die Zulässigkeit einer solchen Beschwerde richtet sich nach Art. 82 ff. Bundesgerichtsgesetz (BGG, SR 173.110). Die Beschwerde ist beim Schweizerischen Bundesgericht, Avenue du Tribunal fédéral 29, 1000 Lausanne 14, schriftlich einzureichen. Die Beschwerdeschrift hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten; der angefochtene Entscheid sowie die als Beweismittel angerufenen Urkunden sind - soweit vorhanden - beizulegen (Art. 42 BGG). Die Beschwerde hat in der Regel keine aufschiebende Wirkung (Art. 103 BGG).
8. Zustellung an die Beschwerdeführerin, die Vorinstanz sowie die Vorvorinstanz.

Im Namen der 4. Abteilung des Obergerichts

Der Obergerichtspräsident:

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. Ernst Zingg

lic. iur. Daniel Hofmann

versandt am: 21. April 2020