

# BGer 1C 43/2022 vom 16. November 2023

Bundesgericht, 2023-11-16, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_1C\\_43\\_2022](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_1C_43_2022)

FR: TF 1C 43/2022 du 16 novembre 2023

IT: TF 1C 43/2022 del 16 novembre 2023

## Regeste

Oberflächengewässer | Verwaltungsverfahren

## Erwägungen

### E. 1.1

Fristgerecht angefochten (vgl. Art. 100 Abs. 1 BGG) ist ein kantonales letztinstanzliches Endentscheid eines oberen Gerichts über die Aufnahme eines Bachs in das vom zuständigen Amt geführte Verzeichnis der öffentlichen oberirdischen Gewässer und damit in einer Angelegenheit des öffentlichen Rechts; eine Ausnahme gemäss Art. 83 BGG liegt nicht vor. Gegen diesen Entscheid steht die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten offen (vgl. Art. 82 lit. a, Art. 86 Abs. 1 lit. d und Abs. 2 sowie Art. 90 BGG).

### E. 1.2

Nach Art. 89 Abs. 1 BGG ist zur Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten berechtigt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat, durch den angefochtenen Entscheid besonders berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung oder Änderung hat. Der streitbetroffene Haldenhofbach verläuft teilweise auf den Grundstücken Kat.-Nrn. WE11039 und WE12496 des Beschwerdeführers. Mit der umstrittenen Verfügung der Erstinstanz wird unter anderem dieser Bach, im genannten Umfang, neu in den Bestand der öffentlichen oberirdischen Gewässer der Stadt Wädenswil aufgenommen (Dispositivziff. I.1). Das Grundbuchamt Wädenswil wird beauftragt, die Öffentlichkeit von Servitutsgewässerabschnitten bei den durchflossenen Grundstücken durch Anmerkung einer öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkung im Grundbuch festzuhalten (Dispositivziff. I.2 und II.3). Der zuständige Nachführungsgeometer der Stadt Wädenswil wird angewiesen, das Vermessungswerk der amtlichen Vermessung nachzuführen (Dispositivziff. II.1). Der Beschwerdeführer macht geltend, durch die mit dem angefochtenen Urteil bestätigte Aufnahme des Haldenhofbachs in das Verzeichnis der öffentlichen oberirdischen Gewässer würden ihm einerseits Rechte an seinen Grundstücken entzogen und andererseits Pflichten auferlegt. Damit sei er nach Art. 89 Abs. 1 BGG zur Beschwerde befugt. Welche Rechtsfolgen die Aufnahme in das Verzeichnis hat, ist in der Sache strittig, an dieser Stelle aber nicht weiter zu prüfen. Die umstrittene Verfügung der Erstinstanz führt jedenfalls dazu, dass in den Grundbucheinträgen zu den erwähnten beiden Grundstücken des Beschwerdeführers neu eine öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkung angemerkt wird, die den Haldenhofbach als Servitutsgewässer kennzeichnet, mithin als Gewässer, das unter der Hoheit des Staates steht (vgl. § 5 Abs. 2 des Wasserwirtschaftsgesetzes vom 2. Juni 1991 des Kantons Zürich [WWG/ZH; LS 724.11]), während ein solcher Grundbucheintrag vorher nicht bestand. Damit ist der Beschwerdeführer als Grundeigentümer durch den angefochtenen Entscheid besonders berührt und hat grundsätzlich ein schutzwürdiges

Interesse an dessen Aufhebung oder Änderung. Seine Legitimation braucht indes mit Blick auf die nachfolgenden Erwägungen nicht abschliessend geklärt zu werden.

### **E. 1.3**

Vorbehältlich der Einhaltung der Begründungsanforderungen im Einzelnen ist somit grundsätzlich auf die Beschwerde einzutreten.

### **E. 2.1**

Mit der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten kann insbesondere die Verletzung von Bundesrecht gerügt werden ( Art. 95 lit. a BGG ). Soweit es um die Anwendung kantonalen Rechts geht, kann vorbehältlich Art. 95 lit. c und d BGG im Wesentlichen vorgebracht werden, der angefochtene Entscheid verstosse gegen Bundesrecht, namentlich das Willkürverbot nach Art. 9 BV ( BGE 141 I 36 E. 1.3 ; 138 I 143 E. 2). Das Bundesgericht wendet das Recht von Amtes wegen an ( Art. 106 Abs. 1 BGG ). Es prüft unter Berücksichtigung der allgemeinen Begründungspflicht ( Art. 42 Abs. 1 und 2 BGG ) jedoch nur die geltend gemachten Rügen, sofern die rechtlichen Mängel nicht geradezu offensichtlich sind ( BGE 144 V 388 E. 2; 140 III 115 E. 2). Der Verletzung von Grundrechten sowie von kantonalem und interkantonalem Recht geht es in jedem Fall nur nach, soweit eine solche Rüge in der Beschwerde vorgebracht und ausreichend begründet wird (qualifizierte Rüge- und Begründungspflicht; Art. 106 Abs. 2 BGG ; BGE 142 I 99 E. 1.7.2 ; 139 I 229 E. 2.2).

### **E. 2.2**

Das Bundesgericht legt seinem Urteil den von der Vorinstanz festgestellten Sachverhalt zugrunde ( Art. 105 Abs. 1 BGG ). Es kann deren Sachverhaltsfeststellung nur berichtigen oder ergänzen, wenn sie offensichtlich unrichtig, das heisst willkürlich (vgl. dazu BGE 137 I 58 E. 4.1.2), ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht. Erforderlich ist zudem, dass die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein kann (vgl. Art. 97 Abs. 1 und Art. 105 Abs. 2 BGG ). Eine entsprechende Rüge ist substantiiert vorzubringen (vgl. Art. 42 Abs. 2 i.V.m. Art. 106 Abs. 2 BGG ; BGE 140 III 16 E. 1.3.1; 264 E. 2.3).

### **E. 3.1**

Die Vorinstanz hat im angefochtenen Urteil erwogen, gemäss § 6 Abs. 3 WWG/ZH entschieden die Zivilgerichte Streitigkeiten darüber, ob ein Gewässer öffentlicher oder privater Natur sei. Das kantonale Amt für Abfall, Wasser, Energie und Luft (AWEL) bezeichne die öffentlichen oberirdischen Gewässer und führe darüber gemeindeweise ein Verzeichnis und einen Übersichtsplan (§ 7 WWG/ZH in Verbindung mit § 1a der Verordnung vom 14. Oktober 1992 über den Hochwasserschutz und die Wasserbaupolizei des Kantons Zürich [HWSchV/ZH; LS 724.112]). Durch die Aufnahme in das Verzeichnis gehe kein privates Gewässer in die Hoheit bzw. in das Eigentum des Staates über und werde zu einem öffentlichen Gewässer. Es gelte das Gleiche wie bei der Anmerkung der öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkung (betreffend Servitutsgewässer) im Grundbuch (vgl. vorne E. 1.2). Auch dadurch gingen keine Befugnisse und gehe kein Eigentum über; die öffentliche Natur des Gewässers werde bloss kundbar gemacht. Öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkungen der infrage stehenden Art bestünden auch ohne Anmerkung (vgl. Art. 680 Abs. 1 ZGB ) und nähmen nicht an der Wirkung des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs gemäss Art. 973 Abs. 1 ZGB teil. Bei der Frage, ob das streitbetroffene oberirdische Gewässer öffentlicher oder privater Natur sei, handle es

sich - so die Vorinstanz weiter - im vorliegenden Kontext um eine Vorfrage. Die Öffentlichkeit des Gewässers sei eine Voraussetzung für dessen Aufnahme in das Verzeichnis bzw. für die Anmerkung der erwähnten öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkung im Grundbuch (Hauptfrage). Die Erstinstanz sei nach den Regeln für die Behandlung von Vorfragen zur Prüfung dieser Vorfrage befugt und entsprechend sachlich zuständig gewesen, womit auch sie zur Beurteilung der Frage sachlich zuständig sei. Die vorfrageweise Prüfung beschränke sich dabei darauf, zu ergründen, ob die Vorbringen des Beschwerdeführers genügend schlüssig erschienen, um die gesetzliche Vermutung der öffentlichen Natur von Oberflächengewässern gemäss § 5 Abs. 1 WWG/ZH zu erschüttern. Sei dies nicht der Fall, dürfe von der Öffentlichkeit des Gewässers ausgegangen werden. Dem Beschwerdeführer bleibe es unbenommen, den allfälligen Nachweis der privaten Natur des streitbetroffenen Gewässers hernach vor dem Zivilgericht zu erbringen und so eine abschliessende Klärung der Frage herbeizuführen. Mit seinen Vorbringen vermöge der Beschwerdeführer kein Privateigentum nachzuweisen. Damit komme im Rahmen der vorfrageweisen Prüfung die gesetzliche Vermutung zum Tragen und sei die Erstinstanz zu Recht von der öffentlichen Natur des streitbetroffenen Gewässers ausgegangen.

### **E. 3.2**

Der Beschwerdeführer bringt im Wesentlichen vor, mit dem Entscheid, ob ein öffentliches oberirdisches Fließgewässer vorliege, das in das entsprechende Verzeichnis aufzunehmen sei, werde auch darüber entschieden, wem die Hoheit bzw. die Verfügungsberechtigung an diesem Gewässer zukomme, bestehe doch an öffentlichen Gewässern unter Vorbehalt eines anderweitigen Nachweises kein Privateigentum ( Art. 664 Abs. 2 ZGB ; § 5 Abs. 3 WWG/ZH). Die Aufnahme in das Verzeichnis begründe konstitutiv die Öffentlichkeit der betroffenen Sache und entziehe durch diesen Rechtsakt dem Eigentümer bzw. der Eigentümerin das bisher als Bestandteil des umgebenden Erdbodens im Privateigentum stehende Gewässer. Nur dem Eintrag der öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkung im Grundbuch komme bloss deklaratorische Bedeutung zu. Ob das streitbetroffene Gewässer öffentlicher oder privater Natur sei, sei dementsprechend nicht vorfrageweise bei dessen Aufnahme in das Verzeichnis der öffentlichen oberirdischen Gewässer durch die Verwaltungsbehörden zu entscheiden, sondern nach der ausdrücklichen Vorgabe von § 6 Abs. 3 WWG/ZH durch die Zivilgerichte. Die gegenteilige Ansicht der Vorinstanz verletze Art. 664 Abs. 2 ZGB und § 5 Abs. 3 WWG/ZH, sei willkürlich und verletze die Eigentumsgarantie sowie den verfassungsmässigen Anspruch auf das zuständige Gericht.

### **E. 3.3**

Den Vorbringen des Beschwerdeführers kann nicht gefolgt werden. Wie bereits aus der umstrittenen Verfügung der Erstinstanz ohne Weiteres hervorgeht, bildet die öffentliche Natur eine der Voraussetzungen für die Aufnahme eines Gerinnes oder Gerinneabschnitts in das gemeindeweise geführte Verzeichnis der öffentlichen oberirdischen Gewässer. Erforderlich ist daneben, dass ein Gerinne oder Gerinneabschnitt als oberirdisches Gewässer im Sinne von Art. 2 GSchG (SR 814.20) und § 3 WWG/ZH zu beurteilen ist. Die öffentliche Natur eines im letzteren Sinn zu qualifizierenden Gerinnes und Gerinneabschnitts besteht dabei gemäss § 5 Abs. 1 WWG/ZH - wonach offene und eingedolte Oberflächengewässer öffentlich sind, soweit an ihnen nicht Privateigentum nachgewiesen wird - grundsätzlich von Gesetzes wegen. Die Aufnahme in das Verzeichnis der oberirdischen öffentlichen Gewässer begründet somit gerade nicht die öffentliche Natur

des betreffenden Gerinnes oder Gerinneabschnitts; sie setzt sie im Gegenteil vielmehr voraus und macht sie kund. Damit wird mit der Aufnahme in dieses Verzeichnis auch nicht darüber entschieden, wem die Hoheit bzw. die Verfügungsberechtigung am fraglichen Gerinne oder Gerinneabschnitt zukommt, knüpft die gesetzliche Regelung von § 5 Abs. 2 WWG/ZH, wonach öffentliche Gewässer unter der Hoheit des Staates stehen und ausgeschiedene öffentliche Oberflächengewässer in dessen Eigentum, doch an die - eben gerade Voraussetzung für die Aufnahme in das Verzeichnis bildende - öffentliche Natur (sowie eine allfällige Ausscheidung) der betreffenden Gewässer an. Soweit sich der Beschwerdeführer mit der erwähnten Begründung gegen die Aufnahme des Haldenhofbachs in das Verzeichnis der öffentlichen oberirdischen Gewässer der Stadt Wädenswil richtet, erweist sich dies somit als unzutreffend, ohne dass weiter darauf einzugehen ist. Dasselbe gilt, soweit er vorbringt, der Staat Zürich spreche sich mit der Aufnahme des Haldenhofbachs in dieses Verzeichnis selber das Verfügungsrecht an diesem Bach zu, was er nicht könne, und soweit er geltend macht, bei einer bloss deklaratorischen Bedeutung der Aufnahme in das Verzeichnis mangelte es an einer rechtlichen Grundlage für die Anmerkung der erwähnten öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkung im Grundbuch. Andere Gründe gegen die Aufnahme des Haldenhofbachs in das erwähnte Verzeichnis nennt der Beschwerdeführer keine. So bringt er nicht vor, die Vorinstanz sei von einem unzutreffenden Vorfragenverständnis oder von falschen Regeln für die Zulässigkeit der Prüfung solcher Fragen ausgegangen. Ebenso wenig behauptet er, ihre Beurteilung, die Erstinstanz sei nach den Regeln zur vorfrageweisen Prüfung der öffentlichen Natur des Haldenhofbachs befugt und entsprechend sachlich zuständig gewesen, womit auch sie sachlich zuständig sei, verletze ungeachtet des vorstehend zu den Voraussetzungen und Folgen der Aufnahme dieses Bachs in das Verzeichnis der öffentlichen oberirdischen Gewässer Ausgeführten Bundesrecht. Er kritisiert auch nicht, die Vorinstanz sei von einem falschen Prüfmasstab für die Prüfung der Vorfrage der öffentlichen Natur des Haldenhofbachs ausgegangen oder sei zu Unrecht dem Gehalt nach zum Ergebnis gelangt, er vermöge mit seinen Ausführungen die Vermutung der öffentlichen Natur von Oberflächengewässern gemäss § 5 Abs. 1 WWG/ZH nicht zu erschüttern, weshalb im Rahmen der vorfrageweisen Prüfung diese gesetzliche Vermutung zum Tragen komme. Im Weiteren legt er nicht dar, inwiefern er nicht die Möglichkeit haben sollte, ein Verfahren vor Zivilgericht einzuleiten, um eine abschliessende Klärung der Natur des Haldenhofbachs herbeizuführen. Damit erweist sich die Beschwerde als unbegründet, zumal eine Bundesrechtsverletzung auch nicht offensichtlich ist (vgl. vorne E. 2.1).

#### **E. 4**

Demnach ist die Beschwerde abzuweisen. Bei diesem Verfahrensausgang ist der Beschwerdeführer kostenpflichtig ( Art. 66 Abs. 1 BGG ). Parteientschädigungen sind keine zuzusprechen ( Art. 68 BGG ).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.