

# **ZH\_BAUREKURSGERICHT BRGE II Nr. 0057/2018 vom 12. Juni 2018**

ZH Baurekursgericht, 2018-06-12, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_baurekursgericht\\_BRGE II Nr. 0057\\_2018](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_baurekursgericht_BRGE%20II%20Nr.%200057_2018)

FR: ZH\_BAUREKURSGERICHT BRGE II Nr. 0057/2018 du 12 juin 2018

IT: ZH\_BAUREKURSGERICHT BRGE II Nr. 0057/2018 del 12 giugno 2018

## **Regeste**

Die kantonale Baudirektion bewilligte der Rekurrentin mit der strittigen Konzession den befristeten Fortbestand von mehreren Bauten und Anlagen im Uferbereich des Zürichsees. Die Rekurrentin stellte die Rechtmässigkeit der Konzession generell sowie speziell in Bezug auf die Uferschutzanlage in Frage. Zudem war die jährlich von der Rekurrentin zu leistende konzessionsrechtliche Nutzungsgebühr strittig. Das Baurekursgericht hiess den Rekurs teilweise gut und nahm die Uferschutzanlage aufgrund der konkreten Sachlage von der Konzessionspflicht aus. Die Baudirektion wurde angewiesen, die jährliche Nutzungsgebühr entsprechend zu reduzieren. Im Übrigen wurde der Rekurs abgewiesen.

## **Erwägungen**

### **E. 2**

Gemeinderat X, [...] betreffend Gesamtverfügung des Amtes für Abfall, Wasser, Energie und Luft 17-0133 vom 31. August 2017; Bewilligungen für diverse Bauten und Anlagen im Uferbereich und im Seegebiet

---

hat sich ergeben: A. Mit Verfügung Nr. 17-0133 vom 31. August 2017 bewilligte die Baudirektion Kanton Zürich N. G. unter zahlreichen Nebenbestimmungen den unbefristeten Fortbestand verschiedener Bauten und Anlagen auf ihren an den Zürichsee angrenzenden Kleingrundstücken Kat.-Nrn. [...] 0001, 0002, 0003 und 0004 in X sowie eine bis zum 31. Dezember 2032 befristete wasserrechtliche Konzession für mehrere Bauten und Anlagen im Zürichsee (Dispositiv-Ziffern I.1 und I.2). Für diese Konzession legte die Baudirektion eine jährliche Nutzungsgebühr von insgesamt Fr. 679.85 fest (Dispositiv-Ziffer I.3). B. Dagegen rekurrierte N. G. mit Eingabe vom 25. September 2017 fristgerecht an das Baurekursgericht des Kantons Zürich und beantragte: "Die Verfügung des AWEL vom 31. August 2017 sei aufzuheben, eventuell an das AWEL zurückzuweisen. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten des AWEL." C. Mit Verfügung vom 2. Oktober 2017 wurde der Eingang des Rekurses vorgemerkt, diesem die aufschiebende Wirkung zuerkannt und das Vernehmlassungsverfahren eröffnet. D. In ihrer Rekursantwort vom 30. Oktober 2017 beantragte die Baudirektion die Abweisung des Rekurses und verwies dabei auf den Bericht des Amtes für Abfall, Wasser, Energie und Luft (AWEL) vom 26. Oktober 2017. Der mitbeteiligte Gemeinderat X liess sich nicht vernehmen. E. Die rekurrentische Replik datiert vom 25. November 2017; die Duplik der Baudirektion vom 23. Januar 2018. R2.2017.00143 Seite 2

F. Auf die Ausführungen der Parteien wird, soweit entscheidrelevant, in den nachstehenden Erwägungen Bezug genommen. Es kommt in Betracht: 1. Die Rekurrentin ist als Adressatin

der angefochtenen Verfügung sowie aufgrund ihrer Einwände gemäss § 338a des Planungs- und Baugesetzes (PBG) rechtsmittellegitimiert. Die übrigen Prozessvoraussetzungen sind ebenfalls erfüllt, so dass auf ihren Rekurs einzutreten ist.

### **E. 2.1**

Die Vorgeschichte dieser Streitsache liest sich wie folgt: Am 13. März 1880 erteilte der "Director der öffentlichen Arbeiten" (heute: kantonaler Baudirektor) Ferdinand E. unter verschiedenen Auflagen die Konzession für die Errichtung einer 349 m<sup>2</sup> grossen Landanlage im Seegebiet vor seinem Haus (act. 4.1 und 4.2). Mit dem Konzessionsbeschluss wurde der Petent (Gesuchsteller) Ferdinand E. u.a. verpflichtet, die Landanlage "im ganzen Umfange ihrer Begrenzung an den See mit einer soliden Mauer oder Steinböschung" zu sichern und "vor dem Fusse derselben eine tüchtige, bis über die Hälfte der Umfassungsmauer oder Böschung hinauftragende Steinvorlage zum Brechen der Wellen" anzulegen (Dispositiv-Ziffer I.2). Zudem wurde der jeweilige Besitzer der Landanlage verpflichtet, diese "für alle Zeiten unklagbar zu unterhalten" (Dispositiv-Ziffer I.5). Schliesslich hält Dispositiv-Ziffer I.4 der Konzession fest, dass für die "Ausführung allfälliger Bauten auf der Landanlage die Bewilligung der Direktion der öffentlichen Arbeiten einzuholen" ist. In der Folge wurde diese Landanlage erstellt, mit einer Ufermauer gesichert bzw. gegen den See abgegrenzt und in mehrere Kleinparzellen aufgeteilt. Die zusammenhängenden rekurrentischen Grundstücke haben Flächen R2.2017.00143 Seite 3 von 48 m<sup>2</sup> (Kat.-Nr. [...] 0001), 80 m<sup>2</sup> (Kat.-Nr. [...] 0002), 77 m<sup>2</sup> (Kat.-Nr. [...] 0003) und 51 m<sup>2</sup> (Kat.-Nr. [...] 0004). Zudem wurde konzessionsgemäss die Steinvorlage (auch als Block- oder Steinwurf bezeichnet), welche sich bereits im Bereich der Seeparzelle auf öffentlichem Grund befindet, als Wellenbrecher zum Schutz der Ufermauer errichtet. Für die Bauten auf der Landanlage wurden die entsprechenden Bewilligungen eingeholt. Jahrzehnte später wurde im Rahmen von Sanierungsarbeiten anstatt einer Steinvorlage ein seeseitiger Betonsockel, in der angefochtenen Verfügung "Podest (unter Wasser)" genannt, entlang der Ufermauer als Wellenbrecher realisiert. Dieser Sockel, der – wie das nachfolgende Foto dokumentiert – je nach Wasserstand teilweise aus dem Wasser ragt, soll gleich wie eine Steinvorlage die Erosion und Abnützung der Ufermauer verhindern (act. 9.3; die beiden roten Pfeile zeigen auf das rekurrentische Teilstück). Für den Fortbestand dieses Uferschutzes erteilte die Baudirektion der Rekurrentin mit der hier strittigen Verfügung eine bis 31. Dezember 2032 befristete wasserrechtliche Konzession. Ferner konzedierte die Baudirektion eine Ufertreppe samt Geländer (grüner Pfeil), das darunterliegende Podest bzw. Fundament dieser Treppe (blauer Pfeil) und die entsprechend privat genutzte Seefläche. Für all diese Nutzungen wurde die Rekurrentin zu einer jährlichen Nutzungsgebühr von insgesamt Fr. 679.85 verpflichtet. Mit der angefochtenen Verfügung bewilligte die Baudirektion schliesslich den Fortbestand der rekurrentischen Bauten auf dem Landanlagegebiet für R2.2017.00143 Seite 4

den Eigenbedarf (u.a. einen gedeckten Sitzplatz, Einfriedungen, Treppen und Tore; violetter Pfeil). Dafür erteilte die Baudirektion bis anhin jeweils befristete Bewilligungen, letztmals für die Dauer bis zum 31. Dezember 2017 (act. 17.5). Mit der hier strittigen Verfügung wurde diese Bewilligung nun ohne zeitliches Limit erteilt.

### **E. 2.2**

Die nicht durch einen Rechtsbeistand vertretene Rekurrentin verlangt gemäss ihrem Hauptantrag die Aufhebung der angefochtenen Verfügung; eventualiter die Rückweisung

(der Streitsache) an die Baudirektion (nach ihrer Diktion: an das AWEL). Diese Anträge erweisen sich aufgrund der konkreten Ausgangslage, des Inhalts der streitbetroffenen Verfügung sowie der rekurrentischen Begründung bzw. Interessen als auslegungsbedürftig. Die u.a. gemäss Dispositiv-Ziffer I.4 der Konzession vom 13. März 1880 bewilligungspflichtigen Bauten auf dem Landanlagegebiet wurden gemäss bisheriger langjähriger Praxis der Baudirektion – wie bereits erwähnt – je- weils nur befristet auf 15 Jahre erteilt, letztmals am 16. Dezember 2002 für die Dauer bis zum 31. Dezember 2017 (act. 17.5). Ob die damalige Praxis rechtens war, kann und braucht im vorliegenden Verfahren nicht geprüft zu werden. Tatsache ist vielmehr, dass die befristete Bewilligung nunmehr ausgelaufen ist und mit der angefochtenen Verfügung zum Vorteil der Re- kurrentin neu unbefristet erteilt wurde. Damit ist der Fortbestand ihrer Bau- ten auf ihrem Landanlagegebiet fortan unbefristet gesichert. Es fallen dies- bezüglich auch keine periodischen Nutzungsgebühren an. Die von der Re- kurrentin zumindest implizit geäusserte gegenteilige Auffassung ist somit unzutreffend. Insgesamt kann es also nicht im Interesse der Rekurrentin liegen, die neue Bewilligung für ihre Bauten auf dem Anlagegebiet nicht zu erhalten, womit sie das Fortbestandsrecht verlieren würde und die Bauten umgehend zu entfernen hätte. Folglich ist der Streitgegenstand auf die Bewilligungspflicht der seeseitigen Bauten vor dem Landanlagegebiet im Bereich der öffentlichen Seeparzelle und die dafür zu leistenden periodischen Nutzungsgebühren einzugrenzen. Streitgegenstand sind zudem die damit verbundenen Ne- benbestimmungen, welche von der Rekurrentin teilweise in Frage gestellt werden. R2.2017.00143 Seite 5

3.1. Zur wasserrechtlichen Konzession, deren Rechtmässigkeit von der Rekur- rentin grundsätzlich bezweifelt wird, ist Folgendes festzuhalten: Die mit der angefochtenen Verfügung konzedierte privaten Bauten und Anlagen der Rekurrentin, nämlich gemäss vorinstanzlicher Auflistung "zwei Geländer, ein Podest, ein Podest (unter Wasser), eine Ufertreppe sowie ei- ne abgegrenzte Seefläche" (act. 3, S. 3) liegen unbestrittenermassen im Bereich des Zürichsees, also eines öffentlichen Gewässers. Gemäss Art. 105 Abs. 1 der Verfassung des Kantons Zürich (KV) übt der Kanton die Hoheit über die Gewässer aus. Die öffentlichen Gewässer stehen der All- gemeinheit im Rahmen des so genannten schlichten Gemeindegebrauchs zur freien und unentgeltlichen Nutzung offen (Tobias Jaag/Markus Rüssli, Staats- und Verwaltungsrecht des Kantons Zürich, 4. Aufl., Zü- rich/Basel/Genf 2012, S. 297, Rz. 3420). Dazu gehören etwa das Baden, die Wasserentnahme in geringen Mengen, das Tränken von Haustieren oder die Schifffahrt im Rahmen der polizeilichen Ordnung (§ 2 Abs. 1 der Konzessionsverordnung zum Wasserwirtschaftsgesetz [KonzV WWG]). Die über den schlichten Gemeindegebrauch hinausgehenden Nutzungen von öffentlichen Gewässern, die dazu erforderlichen Bauten und Anlagen sowie deren Änderungen bedürfen je nach Nutzungsart einer Bewilligung oder Konzession (§ 36 Abs. 1 des Wasserwirtschaftsgesetzes [WWG]). Solche dürfen nur erteilt werden, sofern sie weder öffentliche Interessen erheblich beeinträchtigen noch die Rechte anderer Wassernutzungsberechtigter be- trächtlich schmälern (§ 43 Abs. 1 WWG). Gemäss § 1 lit. c KonzV WWG ist die Inanspruchnahme von Gewässer durch Bauten und Anlagen der vorlie- genden Art konzessionspflichtig. Im Übrigen werden für neue Bauten und Anlagen zulasten von Gewässergebiet, vorbehaltlich geringfügiger Erweite- rungen, im Regelfall keine Konzessionen mehr erteilt (§ 26 KonzV WWG). Einen Rechtsanspruch auf Erteilung einer solcher Sondernutzungskonzes- sion gibt es nicht, selbst wenn die gesetzlichen Mindestanforderungen er- füllt sind (VB.2013.00360 vom 5. September 2013, E. 7.3). Beim Entscheid verfügt die Konzessionsbehörde über einen erheblichen Beurteilungs- und

Ermessensspielraum (BRGE II Nr. 0009/2017 vom 10. Januar 2017, E. 3.2.1). Der Gesuchsteller hat aber immerhin einen Anspruch darauf, dass die Konzessionsbehörde ihr Ermessen pflichtgemäss ausübt, was auch bezüglich der erforderlichen Nebenbestimmungen gilt (Ulrich Häfe- R2.2017.00143 Seite 6

lin/Georg Müller/Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl., Zürich/St. Gallen 2016, Rz. 2725 und 2731). 3.2. Konzessionspflichtige Nutzungen öffentlicher Gewässer sind in der Regel zu befristen (§ 44 WWG). Ein solches Sondernutzungsrecht kann nicht unbefristet auf ewig erteilt werden, weil das Gemeinwesen (im vorliegenden Fall der Kanton Zürich) nicht auf seine Gewässerhoheit verzichten kann. Das Gemeinwesen muss vielmehr von Zeit zu Zeit Gelegenheit erhalten, sich darüber zu vergewissern, ob die betreffende Sondernutzung noch mit dem öffentlichen Interesse vereinbar ist (vgl. u.a. BGE 127 II 69 E. 4c). Eine "Ersitzung" eines Sondernutzungsrechts an einer öffentlichen Sache ist zum vornherein ausgeschlossen (VB.2014.00156 vom 20. November 2014, E. 5.3). Diese Rechtspraxis fand Eingang in die geänderte KonzV WWG. Gemäss § 13 lit. d KonzV WWG sind Inanspruchnahmen von Gewässern auf die Dauer von 15-40 Jahre zu befristen. Zudem hält die Übergangsbestimmung zur Änderung vom 15. August 2007 in Abs. 1 fest, dass bestehende noch unbefristete Konzessionen nachträglich zu befristen sind (vgl. BRGE II Nr. 0009/2017 vom 10. Januar 2017, E. 3.2.2). Die Konzessions- bzw. Nutzungsgebühren bemessen sich nach den Bestimmungen der Gebührenverordnung zum Wasserwirtschaftsgesetz (GebV WWG). Daher ist der rekurrentische Einwand, solche periodischen Konzessionen mit den entsprechenden Kostenfolgen seien willkürlich, eine sinnlose Bürokratie und eine schikanöse Einschränkung des Privateigentums, haltlos. Nach dem Gesagten ist gerade das Gegenteil der Fall; eine unbefristete Konzessionserteilung für die Inanspruchnahme von Seegebiet wäre rechtswidrig. Beim von der Rekurrentin erwähnten Entscheid BGE 139 II 470 ging es im Übrigen nicht um eine Konzession im Bereich von Seegebiet, sondern um die Erstellung eines Einfamilienhauses auf Landanlagegebiet. 4.1. Im Folgenden ist zu prüfen, ob die rekurrentischen Bauten und Anlagen im Bereich des Zürichsees (Podeste, Ufertreppe etc.) aufgrund der konkreten R2.2017.00143 Seite 7

Sachlage konzessionspflichtig und damit gebührenpflichtig sind, was die Rekurrentin bestreitet. 4.2. Vorab geht es um das so genannte "Podest (unter Wasser)". Dieser vor rund 40 Jahren seeseitig entlang der Ufermauer realisierte Betonsockel ersetzt die im 19. Jahrhundert zum Schutz der Mauer erstellte Steinvorlage. Für den Fortbestand dieses "neuen" Uferschutzes erteilte die Baudirektion der Rekurrentin mit der hier strittigen Verfügung eine bis 31. Dezember 2032 befristete wasserrechtliche Konzession mit den entsprechenden Gebührenfolgen. Die Baudirektion stellt sich auf den Standpunkt, für die von der Konzession vom 13. März 1880 nicht erfasste Abweichung, also Betonsockel anstatt Steinvorlage, habe die Rekurrentin gestützt auf die §§ 36, 47 und 75 WWG eine jährliche Nutzungsgebühr zu bezahlen. Im Rahmen der Bewilligungs-erneuerung für die Bauten auf der Landanlage sei dieses auf öffentlichem Seegebiet situierte Unterwasserpodest, welches begehbar sei, "gesetzlich bereinigt" und daher neu kostenpflichtig konzessioniert worden. Dieses Vorgehen der Baudirektion ist nicht haltbar. Aus den Akten sowohl des vorliegenden Verfahrens als auch des Rekursverfahrens, welches das Nachbargrundstück betraf, ist klar ersichtlich, dass die Ufermauer bereits vor Jahrzehnten trotz der vorhandenen Steinvorlage durch den Wellenschlag unterspült worden war und deswegen saniert werden musste. Anstatt einer Steinvorlage wurde deshalb vor rund 40

Jahren unter Wasser seeseitig der Ufermauer zusammen mit dem Nachbargrundstück eine betonierte Vormauerung für einen wirksamen Uferschutz erstellt (BRGE II Nr. 0046/2018 vom 8. Mai 2018, E. 3.2). Die Baudirektion stellt nicht in Abrede, dass der strittige Betonsockel ohne weiteres die Funktion eines wirksamen Uferschutzes erfüllt. Im Vergleich zum seinerzeitigen Konzessionstext handle es sich bei dieser Bauweise jedoch um eine konzessionspflichtige Änderung mit den entsprechenden Kostenfolgen. Dieser Standpunkt ist zu formalistisch und berücksichtigt die tatsächlichen Gegebenheiten nicht. Fakt ist, dass der Betonsockel die Steinvorlage in seiner Schutzfunktion 1:1 ersetzt und der Rekurrentin privat keinen wirt- R2.2017.00143 Seite 8

schaftlichen Nutzen bringt, insbesondere keinen Sondervorteil im Sinne von § 47 Abs. 2 WWG im Rahmen eines Sondernutzungsrechts. Der vorliegende Sachverhalt lässt sich deshalb keineswegs mit demjenigen in den Rechtsmittelverfahren VB.2014.00156 und VB.2014.00157 vom 20. November 2014 vergleichen, bei welchen es um die Vermauerung eines Blockwurfs (Steinanlage) zur Anlegung eines grosszügigen Badeplatzes bzw. zur bequemen Bedienung eines Bootshauses ging. Der Umstand, dass der Betonsockel betreten werden kann, ändert daran nichts. Die Steinblöcke des früheren Uferschutzes konnten auch betreten oder sogar als Sitzgelegenheit genutzt werden. Im Weiteren beansprucht der Betonsockel keineswegs mehr Seegebietsfläche als die Steinvorlage, eher weniger. Der Umstand, dass die "neue" Ufersicherung auf einer anderen Konstruktionsweise basiert und auch visuell differiert, genügt nicht für die Annahme einer konzessionspflichtigen Änderung im vorinstanzlichen Sinne. Ob, und wenn ja, in welcher Form die damalige bauliche Sanierung des Uferschutzes der Baudirektion hätte angezeigt oder von dieser formell bewilligt werden müssen, braucht beim vorliegenden Streitgegenstand nach rund 40 Jahren nicht mehr geprüft zu werden. In diesem Zusammenhang muss immerhin festgehalten werden, dass seit der Erstellung des Betonsockels mehrere wasserbaurechtliche Verfügungen der Baudirektion, welche die rekurrentischen Grundstücke zum Inhalt hatten, erlassen wurden (u.a. BDV Nr. 1381/1992 vom 24. Juni 1992 sowie BDV Nr. 2885/2002 vom 16. November 2002). So erwähnt etwa die letzterwähnte Verfügung explizit eine "durchgeführte Kontrolle" auf den streitbetroffenen Grundstücken [...], bei welcher der Betonsockel und das Fehlen der Steinvorlage ohne weiteres erkennbar sein musste. Trotz dieser und möglicherweise schon früherer Kontrollen monierte die Baudirektion die Ufersicherung in der Form eines Betonsockels bzw. eines Betonpodestes in keiner Weise. Insgesamt liegt also bezüglich des ausschliesslich dem Uferschutz dienenden Betonsockels kein (neuer) konzessionsrechtlicher Tatbestand vor, weshalb auch keine Nutzungsgebühr für diesen Sockel erhoben werden kann. 4.3. Bezüglich der übrigen konzessionierten Bauten und Anlagen auf Seegebiet ist hingegen der Argumentation der Baudirektion zu folgen. R2.2017.00143 Seite 9

Dabei geht es, wie bereits erwähnt, um eine vom rekurrentischen Landanlagegebiet auf eine Betonplatte (Betonpodest) führende Treppe, die beiden Treppengeländer sowie das dafür beanspruchte Seegebiet (vgl. auch das voranstehende Foto unter Ziffer 2.1). Die private Nutzung dieser im Bereich eines öffentlichen Gewässers liegenden Bauten und Anlagen geht klar über den schlichten Gemeingebrauch hinaus und ist daher konzessionspflichtig. Solche Konzessionen dürfen nach dem Gesagten nur noch befristet erteilt werden. Die Konzessionsdauer von 15 Jahren entspricht der gängigen kantonalzürcherischen Praxis für Bauten und Anlagen der vorliegenden Art und erweist sich

aufgrund der konkreten Sachlage auch als verhältnismässig. Die Berechnungen der jährlichen Nutzungsgebühren gemäss § 17 bzw. 19 GebV WWG sind korrekt und folglich nicht zu beanstanden (dazu auch BRGE II Nr. 0009/2017 vom 10. Januar 2017, E. 4.5.1 und 4.5.2). 4.4. Rechtskonform sind schliesslich die von der Rekurrentin (kaum substantiell) in Frage gestellten Nebenbestimmungen in Dispositiv-Ziffer 1.2 Abs. 2 der angefochtenen Verfügung sowie die angeordnete Grundbuchanmerkung der streitbetroffenen wasserrechtlichen Konzessionen (Dispositiv-Ziffer 4); dies jedoch immer unter Berücksichtigung, dass das "Podest (unter Wasser)" weder konzessions- noch gebührenpflichtig ist.

## **E. 5**

Insgesamt erweist sich die Verfügung Nr. 17-0133 der Baudirektion Kanton Zürich vom 31. August 2017, soweit sie das "Podest (unter Wasser)" betrifft, als rechtswidrig. In diesem Umfang hat die Baudirektion die entsprechenden Dispositiv-Ziffern zu korrigieren, was zu einer weniger gross beanspruchten Seefläche und im Ergebnis zu einer entsprechend reduzierten jährlichen Nutzungsgebühr führen wird. Im Sinne dieser Erwägungen ist der Rekurs teilweise gutzuheissen und im Übrigen abzuweisen. [...] R2.2017.00143 Seite 10

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