

ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2021.00147 vom 25. November 2021

ZH Verwaltungsgericht, 2021-11-25, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2021.00147

FR: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2021.00147 du 25 novembre 2021

IT: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2021.00147 del 25 novembre 2021

Regeste

Oberflächengewässer | Aufnahme ins Verzeichnis der öffentlichen oberirdischen Gewässer. Durch die Aufnahme in das Verzeichnis der öffentlichen oberirdischen Gewässer geht kein privates Gewässer an die Hoheit bzw. in das Eigentum des Staates über. Vielmehr wird, wie bei einer Anmerkung im Grundbuch, die öffentliche Natur des Gewässers bloss kundbar gemacht. Vorliegend wurde von den Zivilgerichten noch nicht über die private oder öffentliche Natur des Gewässers entschieden; zulässige vorfrageweise Beurteilung, ob die Vorbringen des privaten Beschwerdeführers genügend schlüssig sind, um die Vermutung der öffentlichen Natur von Oberflächengewässer zu erschüttern (E. 1.2.2). Grundwasser sowie offene und eingedolte Oberflächengewässer sind öffentlich, soweit an ihnen nicht Privateigentum nachgewiesen wird (E. 2.1). Der Beschwerdeführer vermag sein Privateigentum nicht nachzuweisen (E. 2.3). Es ist keine Koordination mit der Festlegung des Gewässerraums erforderlich (E. 4.2). Abweisung.

Erwägungen

E. 3

Abteilung VB.2021.00147 Urteil der 3. Kammer vom 25. November 2021 Mitwirkend: Abteilungspräsident André Moser (Vorsitz), Verwaltungsrichter Matthias Hauser, Verwaltungsrichterin Silvia Hunziker, Gerichtsschreiberin Nicole Rubin. In Sachen A, vertreten durch RA B, Beschwerdeführer, gegen Baudirektion Kanton Zürich, Beschwerdegegnerin, und Stadt C, vertreten durch den Stadtrat, Mitbeteiligte, betreffend Oberflächengewässer, hat sich ergeben: I. Mit Verfügung der Baudirektion vom 15. Mai 2020 wurde unter anderem das Gewässer Nr. 1 (D-Bach) im Gebiet D von der Mündung in das Gewässer Nr. 2 (E-See) bis zur Koordinate 3/4 in den Bestand der öffentlichen oberirdischen Gewässer der Stadt C aufgenommen. II. Gegen diese Verfügung erhob A am 15. Juni 2020 beim Baurekursgericht des Kantons Zürich Rekurs und beantragte die Aufhebung der Verfügung soweit diese die Neuaufnahme des D-Bachs im Gebiet D in den Bestand der öffentlichen oberirdischen Gewässer der Stadt C betrifft. Das Baurekursgericht wies den Rekurs am 19. Januar 2021 ab. III. Hiergegen liess A am 25. Februar 2021 Beschwerde beim Verwaltungsgericht führen und beantragen, der angefochtene Entscheid sowie die Verfügung der Baudirektion vom 15. Mai 2020, soweit sie die Neuaufnahme des D-Bachs im Gebiet D in den Bestand der öffentlichen oberirdischen Gewässer der Stadt C betrifft, seien aufzuheben. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen. Das Baurekursgericht beantragte am 11. März 2021 ohne weitere Bemerkungen die Abweisung der Beschwerde. Gleichentags verzichtete die Stadt C auf eine Vernehmlassung. Die Baudirektion beantragte am 26. März 2021 die Abweisung der Beschwerde. Mit Replik vom 3. Mai 2021 hielt A an seinen Anträgen fest. Die Kammer erwägt: 1. 1.1 Das

Verwaltungsgericht ist nach § 41 Abs. 1 in Verbindung mit § 19 Abs. 1 lit. a des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959 (VRG) für die Behandlung der vorliegenden Beschwerde grundsätzlich zuständig. 1.2 1.2.1 Der Beschwerdeführer bestreitet die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts, da über Streitigkeiten, die das Eigentum an Oberflächengewässer betreffen, die Zivilgerichte zuständig seien. 1.2.2 Nach § 6 Abs. 3 des Wasserwirtschaftsgesetzes vom 2. Juni 1991 (WWG; LS 724.11) entscheiden Streitigkeiten darüber, ob ein Gewässer öffentlicher oder privater Natur sei, die Zivilgerichte. Das AWEL bezeichnet die öffentlichen oberirdischen Gewässer. Es führt darüber gemeindeweise ein Verzeichnis und einen Übersichtsplan, die jedermann einsehen kann (§ 7 WWG in Verbindung mit § 1a der Verordnung über den Hochwasserschutz und die Wasserbaupolizei vom 14. Oktober 1992 [HWSchV; LS 724.112]). Durch die Aufnahme in das Verzeichnis, hier den Bestand der öffentlichen oberirdischen Gewässer der Stadt C, geht kein privates Gewässer an die Hoheit bzw. in das Eigentum des Staats über und wird zu einem öffentlichen Gewässer. Vielmehr werden bloss die öffentlichen Gewässer in das Verzeichnis aufgenommen. Es ist somit vorliegend zu überprüfen, ob es sich beim strittigen Gewässer um ein privates oder öffentliches Gewässer handelt. Hierfür gilt das Gleiche wie bei einer Anmerkung im Grundbuch, auch durch diese gehen keine Befugnisse und kein Eigentum über; die öffentliche Natur des Gewässers wird bloss kundbar gemacht. Öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkungen der infrage stehenden Art bestehen auch ohne Anmerkung (vgl. Art. 680 Abs. 1 des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs vom 10. Dezember 1907 [ZGB; SR 210]). Auch nach Art. 962 ZGB in der Fassung vom 11. Dezember 2009 hat die Anmerkung bloss deklaratorische Bedeutung und die Anmerkungen nehmen nicht an der Wirkung des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs gemäss Art. 973 Abs. 1 ZGB teil (BGr, 16. Januar 2017, 1C_340/2016, E. 3.3). Bei der Frage, ob das strittige Gewässer öffentlicher oder privater Natur sei, handelt es sich daher wie von der Vorinstanz zu Recht angenommen um eine Vorfrage, da die Öffentlichkeit des Gewässers eine Voraussetzung für die Aufnahme in das Verzeichnis bzw. für die Anmerkung im Grundbuch ist. Von einer Vorfrage ist insbesondere die Rede, wenn eine Behörde eine Frage prüfen muss, die formell ausserhalb ihres Zuständigkeitsbereichs liegt, jedoch Auswirkungen auf die Beurteilung der Hauptfrage (ob die Aufnahme in das Verzeichnis bzw. die Anmerkung im Grundbuch zulässig ist) hat (Kaspar Plüss in: Alain Griffel [Hrsg.], Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich [VRG], 3. A., Zürich etc. 2014 [VRG Kommentar], § 1 N. 57). Diesfalls ist die Prüfung von Vorfragen dann zulässig, wenn die entscheidungskompetente Instanz noch nicht entschieden hat und keine abweichende gesetzliche Regelung besteht. Selbst wenn die Prüfung einer Vorfrage an sich zulässig ist, rechtfertigt sich im Interesse einer klaren Kompetenzausscheidung zwischen den Rechtspflegeorganen generell Zurückhaltung. Insbesondere besteht keine Pflicht zur Prüfung von Vorfragen. Vielmehr steht es im Ermessen der Entscheidbehörde, das Verfahren zu sistieren, bis die sachkompetente Instanz über die Vorfrage entschieden hat. Die in der Hauptsache zuständige Behörde darf das Verfahren im Fall einer offenen Vorfrage zwar sistieren; hingegen darf sie sich des Verfahrens nicht dadurch entledigen, dass sie den Rechtsuchenden verfahrensabschlussend an die zur Beantwortung der Vorfrage zuständige Instanz verweist (Plüss, § 1 N. 59 ff.). Vorliegend wurde von den Zivilgerichten noch nicht über die private oder öffentliche Natur des D-Bachs entschieden. Die Vorinstanz durfte demgemäss die Vorfrage, ob es sich beim strittigen Gewässer um ein solches öffentlicher oder privater Natur handelt, prüfen. Vorliegend sind – anders als in dem VGr, 21. November 2013, VB.2013.00354 zugrunde

liegenden Sachverhalt (vgl. dort E. 4) – keine komplexen Fragen zu klären, welche zwingend vorweg vom (de lege lata) zuständigen Zivilgericht im Verfahren nach § 6 Abs. 3 WWG zu entscheiden wären. Die vorfrageweise Prüfung beschränkt sich darauf, zu ergründen, ob die Vorbringen des Beschwerdeführers genügend schlüssig erscheinen, um die gesetzliche Vermutung der öffentlichen Natur von Oberflächengewässern (dazu unten E. 2) zu erschüttern. Ist dies nicht der Fall, darf im vorliegenden Kontext von der Öffentlichkeit des Gewässers ausgegangen werden. Dem Beschwerdeführer bleibt es hernach unbenommen, den allfälligen Nachweis der privaten Natur des infrage stehenden Gewässers vor dem Zivilgericht zu erbringen und so eine abschliessende Klärung der Frage herbeizuführen. War die Vorinstanz zur Prüfung der Vorfrage befugt und entsprechend sachlich zuständig, ist es auch das Verwaltungsgericht. Da auch die weiteren Prozessvoraussetzungen erfüllt sind, ist auf die Beschwerde einzutreten.

2. 2.1 Grundwasser sowie offene und eingedolte Oberflächengewässer sind öffentlich, soweit an ihnen nicht Privateigentum nachgewiesen wird (§ 5 Abs. 1 WWG). Öffentliche Gewässer stehen unter der Hoheit des Staats. Ausgeschiedene öffentliche Oberflächengewässer sind Eigentum des Staats (§ 5 Abs. 2 WWG). Damit besteht eine – im Einzelfall widerlegbare – Vermutung, dass die oberirdischen Gewässer öffentlich sind (Markus Rüssli, in: Isabelle Häner/Markus Rüssli/Evi Schwarzenbach [Hrsg.], Kommentar zur Zürcher Kantonsverfassung, Zürich etc. 2007, Art. 105 N. 5 in fine; vgl. auch Art. 664 Abs. 2 ZGB; Weisung zum [Antrag zum] Wassergesetz vom 29. Januar 2020, in: ABl 2020-02-28, Meldungs-Nr. RS-ZH01-0000000228, S. 50, ad § 4).

2.2 Der Beschwerdeführer bringt vor, da der D-Bach als fliessendes Gewässer bekannt war oder bekannt sein musste, aber dennoch nicht in die Bestandsliste der öffentlichen Gewässer aufgenommen oder dann wieder herausgestrichen wurde, sei daraus entgegen der Vorinstanz zu schliessen, dass am D-Bach, gemäss dem entsprechenden Vermerk im Grundbuch zum fliessenden Wasser, Privateigentum bestehe.

2.3 Der Grundbuchauszug äussert sich nicht dazu, ob das fliessende Gewässer auf der Parzelle öffentlicher oder privater Natur ist. Auch handelt es sich bei dem vom Beschwerdeführer erwähnten Text indes bloss um ein Element der Grundstücksbeschreibung im Sinn von Art. 20 der Grundbuchverordnung vom 23. September 2011 (GBV; SR 211.432.1), welcher keine Grundbuchwirkung zukommt und welche nicht am öffentlichen Glauben des Grundbuchs teilhat (Urs Fasel, Grundbuchverordnung [GBV], Kommentar, 2. A., Basel 2013, Art. 20 N. 17). Demgemäss kann daraus nichts in Bezug auf die Eigentums- bzw. die Hoheitsverhältnisse geschlossen werden. Auch mit dem Hinweis, dass der D-Bach trotz des Wissens um seine Existenz bislang nicht in die Bestandsliste der öffentlichen Gewässer aufgenommen wurde, vermag der Beschwerdeführer sein Privateigentum nicht nachzuweisen. Da jedoch eine gesetzliche Vermutung zugunsten der Öffentlichkeit von offenen Oberflächengewässern besteht und der Beschwerdeführer mit seinen Hinweisen kein Privateigentum nachzuweisen vermag, kommt vorfrageweise die gesetzliche Vermutung zum Tragen. Die Vorinstanz ging daher zu Recht von der öffentlichen Natur des D-Bachs aus.

E. 3.1

Der Beschwerdeführer rügt, der D-Bach sei bereits mehrfach nicht in die Bestandsliste der öffentlichen Oberflächengewässer aufgenommen worden. Eine Neuurteilung rechtfertige sich nicht.

E. 3.2

Beim Verzeichnis des Bestands der öffentlichen oberirdischen Gewässer der Stadt C handelt es sich nicht um eine rechtskräftige Verfügung, für deren Abänderung geänderte Verhältnisse vorliegen müssten. Hingegen erfolgt die Aufnahme bzw. Löschung aus dem Verzeichnis mittels Verfügung. Der Beschwerdeführer macht nicht geltend, dass der D-Bach rechtskräftig aus dem Verzeichnis gestrichen oder mit rechtskräftiger Verfügung explizit nicht in das Verzeichnis aufgenommen worden wäre, ohne dass sich seither die Verhältnisse geändert hätten. Mit der Aufnahme von Gewässern in das Verzeichnis in den vergangenen Jahren wurde nicht auch explizit verfügt, dass alle übrigen Gewässer, worunter das streitbetroffene, daher nicht aufzunehmen seien. Es steht der Aufnahme des D-Bachs demgemäss kein rechtskräftig beurteilter Sachverhalt entgegen. Demgemäss kann der D-Bach auch noch zum jetzigen Zeitpunkt in das Verzeichnis aufgenommen werden. Die Aufnahme in das Verzeichnis ist auch unabhängig von der Festlegung des Gewässerraums. Wenn anlässlich dieser Festlegung Gewässer erkannt und ergänzend aufgenommen wurden, welche bislang noch nicht im Verzeichnis des Bestands der öffentlichen oberirdischen Gewässer der Stadt C figurierten, ist dies nicht zu beanstanden. Die früheren, nicht das streitige Gewässer betreffenden Revisionen des Verzeichnisses bilden keine tragfähige Vertrauensgrundlage nach den Grundsätzen des Vertrauensschutzes nach Art. 9 der Schweizerischen Bundesverfassung vom 18. April 1999, welche der Aufnahme des D-Bachs zum heutigen Zeitpunkt entgegenstünde. Auch kann darin kein verpöntes widersprüchliches Verhalten erblickt werden.

E. 4.1

Der Beschwerdeführer rügt, gemäss Art. 25a des Raumplanungsgesetzes vom 22. Juni 1979 (RPG) hätte eine Koordination mit der Festlegung des Gewässerraums stattfinden müssen, was nicht der Fall gewesen sei. Sei die Festlegung eines Gewässerraums oder eines Hochwasserschutz- oder Revitalisierungsprojekts nicht notwendig, erweise sich eine Einschränkung des Grundeigentums als unverhältnismässig.

E. 4.2

Art. 25a Abs. 1 RPG hält fest, dass wenn die Errichtung oder die Änderung einer Baute oder Anlage Verfügungen mehrerer Behörden erfordert, eine Behörde zu bezeichnen ist, die für ausreichende Koordination sorgt. Diese Grundsätze sind auf das Nutzungsplanverfahren sinngemäss anwendbar (Abs. 4). Bei der Aufnahme in das Verzeichnis handelt es sich weder um eine Nutzungsplanung noch um die Errichtung oder Änderung einer Baute; es dient lediglich der Information, welche öffentlichen Oberflächengewässer bestehen und wo diese gelegen sind. Demgemäss ist auch keine Koordination mit der Festlegung des Gewässerraums erforderlich, dies umso weniger als ein Gewässerraum auch für private Gewässer auszuscheiden ist, das Gewässerschutzrecht des Bundes mithin nicht zwischen öffentlichen und privaten Gewässern unterscheidet (Christoph Fritzsche in: Peter Hettich/Luc Jansen/Roland Norer [Hrsg.], Kommentar zum Gewässerschutzgesetz und zum Wasserbaugesetz, Zürich etc. 2016, Art. 36a GSchG N. 13). Selbst wenn aber die Aufnahme des streitigen Bachs ins Verzeichnis der öffentlichen Gewässer zur Folge haben sollte, dass das betreffende Gewässer faktisch nicht mehr als Rinnsal von geringer Bedeutung erschiene, für welches auf die Festlegung eines Gewässerraums verzichtet werden könnte (Fritzsche, Art. 36a GSchG N. 11 und 68), vermöchte dies keine Koordinationspflicht zu begründen. Das Verzeichnis der öffentlichen Gewässer führt jene Gewässer auf, welche unter kantonaler Hoheit stehen, womit im Hintergrund – anders als bei der bundesrechtlichen Verpflichtung zur Ausscheidung von Gewässerräumen nach

Art. 36a des Gewässerschutzgesetzes vom 24. Januar 1991 (GSchG; SR 814.20) – kein raumplanerisches oder umweltrechtliches Anliegen steht, sondern primär ein öffentlich-sachenrechtliches im Kontext von Art. 664 ZGB. Es fehlt somit an einem engen rechtlichen oder faktischen Zusammenhang der beiden Festlegungen, welcher eine Koordination im Sinn von Art. 25a RPG als unabdingbar erscheinen liesse (vgl. Arnold Marti in: Heinz Aemisegger et al. [Hrsg.], Praxiskommentar RPG – Baubewilligung, Rechtsschutz und Verfahren, Zürich etc. 2020, Art. 25a N. 31 f.). Eine solche Koordination wird auch nicht vom kantonalen Recht verlangt (vgl. für die Aufnahme als öffentliches oberirdisches Gewässer § 1a HWSchV einerseits und für die Festlegung der Gewässerräume insbesondere in verfahrensrechtlicher Hinsicht §§ 15 ff. HWSchV andererseits). Mit der Aufnahme ins Verzeichnis der öffentlichen oberirdischen Gewässer der Stadt C wird bloss die Gewässereigenschaft des streitigen Bachs festgestellt. Eine Koordination ist nicht erforderlich.

E. 5

Nach dem Gesagten ist die Beschwerde abzuweisen. Ausgangsgemäss sind die Gerichtskosten dem unterliegenden Beschwerdeführer aufzuerlegen (§ 65a in Verbindung mit § 13 Abs. 2 VRG). Ein Anspruch auf eine Parteientschädigung steht ihm bei diesem Ergebnis von vornherein nicht zu (§ 17 Abs. 2 VRG).

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