



G.-Nr. R2.2018.00184
BRGE II Nr. 0137/2019

Entscheid vom 27. August 2019

Mitwirkende Abteilungspräsident Peter Rütimann, Ersatzrichterin Ursula Räuftlin, Ersatz-
richterin Ruth Büchi-Vögeli, Gerichtsschreiber Robert Durisch

in Sachen **Rekurrent**
P. V., [...]
vertreten durch [...]

gegen **Rekursgegnerin**
1. Baudirektion Kanton Zürich, Walchetor, Walcheplatz 2, Postfach,
8090 Zürich

Mitbeteiligte
2. Politische Gemeinde X, [...]
vertreten durch Gemeinderat X

betreffend Verfügung der Baudirektion Kanton Zürich vom 30. Oktober 2018; Aufhe-
bung eines öffentlichen oberirdischen Gewässers, [...]

hat sich ergeben:

A.

Die Baudirektion Kanton Zürich setzte mit Verfügung vom 30. Oktober 2018 den Bestand an öffentlichen oberirdischen Gewässern in der Gemeinde X und den zugehörigen Übersichtsplan im Massstab von 1:5000 fest. Bei der Erfassung des überarbeiteten Bestands wurde ein Gerinne neu als Gewässer ausersehen. Zudem wurden verschiedene bestehende Gewässer für aufgehoben erklärt, so auch teilweise der L.-Bach mit der Gemeindegewässernummer [...] im Gebiet L. von der Koordinate 0001/0002 aufwärts. Gleichzeitig wurden die Einwendungen abgehandelt.

B.

Gegen diese Verfügung erhob P. V. mit Eingabe vom 23. November 2018 beim Baurekursgericht des Kantons Zürich Rekurs. Der Rekurrent beantragte, der L.-Bach sei zusätzlich ab der genannten Koordinate abwärts bis zur Koordinate 0003/0004 für aufgehoben zu erklären und die angefochtene Verfügung sei entsprechend abzuändern, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Rekursgegnerin.

C.

Das Baurekursgericht zog mit Verfügung vom 27. November 2018 die Politische Gemeinde X als Mitbeteiligte in das Verfahren mit ein und eröffnete zugleich das Vernehmlassungsverfahren.

Die Rekursgegnerin beantragte mit Vernehmlassung vom 17. Dezember 2018 die Abweisung des Rekurses, unter Kostenfolge zulasten des Rekurrenten.

Die Mitbeteiligte verzichtete auf eine Stellungnahme.

D.

Am 7. Februar 2019 führte die 2. Abteilung des Baurekursgerichts im Beisein der Parteien auf dem Lokal einen Augenschein durch.

Es kommt in Betracht:

1.

Die angefochtene Verfügung ist in Anwendung des Wasserwirtschaftsgesetzes (WWG) ergangen, womit nach § 78a Abs. 1 dieses Gesetzes das Baurekursgericht zur Behandlung des Rekurses zuständig ist.

Zum Rekurs ist gemäss § 21 Abs. 1 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes (VRG) in Verbindung mit § 78b Abs. 1 WWG berechtigt, wer durch die Anordnung berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat. Der Rekurrent ist Inhaber und Bewirtschafter des landwirtschaftlichen Betriebs M. in Y, zu dessen Nutzfläche im Gebiet L. unter anderem die Parzelle Kat.-Nr. 1 gehört, die sich auf dem Gemeindegebiet X befindet. Gemäss geltendem Recht hat der L.-Bach seinen Ursprung als oberirdisches Gewässer ganz im Norden dieser Parzelle, von wo aus er drainiert und in Röhren unter die Erde verlegt quer durch das Grundstück Richtung Süden abfließt, bis er nach der Unterführung der L.-Strasse bei der Koordinate 0003/0004 an die Oberfläche tritt. Die angefochtene Verfügung sieht vor, das oberirdische Gewässer am Oberlauf des L.-Bachs von der Koordinate 0001/0002 an aufwärts aufzuheben, womit der Bach neu inmitten der Parzelle Kat.-Nr. 1 seinen Anfang nimmt. Der Rekurrent verlangt dagegen südwärts eine weitergehende Aufhebung des Gewässers bis zur genannten Koordinate 0003/0004. Er verfügt damit über eine spezifische Beziehungsnähe zur Streitsache und zöge aus der beantragten Änderung der Verfügung einen praktischen Nutzen, weshalb er zum Rekurs legitimiert ist.

Da auch die übrigen Prozessvoraussetzungen erfüllt sind, ist auf den Rekurs einzutreten.

2.

Die angefochtene Verfügung wurde insbesondere wie folgt begründet:

Der Bestand an öffentlichen oberirdischen Gewässern sei in der Gemeinde X letztmals im Jahr 2001 erhoben worden. Anders als damals würden die Einzugsgebiete und Abflüsse der Gewässer inzwischen digital erfasst. Eine

Überprüfung inklusive Feldforschung habe ergeben, dass der Gewässerplan von X mit den tatsächlichen Verhältnissen nicht mehr übereinstimme. Entgegen dem Plan mangle es verschiedenen Gerinnen im Gemeindegebiet an den besonderen Merkmalen eines oberirdischen Gewässers. So bilde unter anderem das Gerinne im Gebiet L. von der geografischen Koordinate 0001/0002 an aufwärts kein eigentliches Gewässer, da es sich lediglich um eine Drainage in der Landwirtschaftszone handle, die der Ableitung von Grundwasser diene. Insofern sei die Klassierung des L.-Bachs zu revidieren.

P. V. habe mit Einwendung vom 15. August 2018 eine weitergehende Aufhebung des L.-Bachs gefordert und geltend gemacht, dass der Bach oberhalb der Koordinate 0003/0004 drainiert und deswegen sein privates Eigentum sei. Dieser Einwand sei jedoch nicht berechtigt, denn auf der L. sei zufolge alten Kartenwerks bereits vor der künstlichen Entwässerung des Bodens durch Rohre und Gräben ein fliessendes Gewässer vorhanden gewesen, das ungefähr ab der Koordinate 0001/0002 ein kleines Ried entwässert habe. Dass der Oberlauf des L.-Bachs seit Mitte des letzten Jahrhunderts eingedolt und das Umland seither zwecks landwirtschaftlicher Nutzung drainiert sei, lasse nicht auf ein privates Gewässer schliessen. Die Einwendung sei folglich nicht zu berücksichtigen.

3.

Der Rekurrent macht dagegen geltend, dass seine Vorfahren bei der seinerzeit durchgeführten Melioration mitgeholfen hätten, die Drainagen auf der L. zu erstellen. Die Entwässerungsanlagen befänden sich auf seinem Grund und Boden und folglich in seinem Privateigentum, womit der Oberlauf des L.-Bachs kein öffentliches, sondern ein privates Gewässer sei. Das alte Kartenwerk erlaube demgegenüber keine Rückschlüsse auf die Rechtsnatur des Bachs. Der um 1850 erstellten historischen Karte J. Wild sei lediglich zu entnehmen, dass damals ungefähr bei der Koordinate 0005/0006 ein oberirdisches Gewässer eingesetzt habe. Auf der Siegfriedkarte von 1880 sei das Fliessgewässer ab der Koordinate 0007/0008 ersichtlich. Aus den historischen Karten gehe allerdings nicht mit Sicherheit hervor, dass damals auf der L. ein Ried entwässert worden sei. Auf der Parzelle Kat.-Nr. 1 werde vielmehr seit Menschengedenken aufsteigendes Grundwasser in Gräben und Rohren gesammelt und abgeleitet. Zur Ablei-

tung des Grundwassers bestehe heute ein weitverzweigtes Drainagesystem, das es ermögliche, das Gebiet ohne Einschränkung der landwirtschaftlichen Nutzung des Bodens zu bewirtschaften. Die Drainagen bildeten kein oberirdisches Gewässer, umso mehr, als sie das Einzugsgebiet des L.-Bachs und den umliegenden Wasserhaushalt unwiederbringlich verändert hätten.

Dem hält die Rekursgegnerin entgegen, dass weder die erwähnten Eigentumsverhältnisse noch die hydrologischen Erkenntnisse nahelegten, den L.-Bach über die angefochtene Anordnung hinaus als öffentliches oberirdisches Gewässer aufzuheben.

4.

Gemäss § 3 WWG umfassen Oberflächengewässer wie Seen, Teiche, Flüsse und Bäche das Gewässerbett mit Uferböschungen, Vorländern und Dämmen einschliesslich des darin vorhandenen Wassers, das darunterliegende Erdreich und die Luftsäule; das Gewässerbett besteht aus der dauernd oder regelmässig von Wasser überdeckten Landoberfläche. Die öffentlichen Oberflächengewässer werden nach § 7 WWG vom Staat bezeichnet und in einem Plan dargestellt. Grundwasser ist gemäss § 4 WWG das im Erdinnern befindliche Wasser; es wird zur Quelle im Sinne von Art. 704 des Zivilgesetzbuches (ZGB), sobald es auf natürliche Weise an die Oberfläche tritt. Grundwasser sowie offene und eingedolte Oberflächengewässer sind zufolge § 5 Abs. 1 WWG öffentlich, soweit an ihnen nicht Privateigentum nachgewiesen wird; in Drainageleitungen abgeleitetes Grundwasser bleibt öffentliches Wasser. Nach Abs. 2 dieser Vorschrift stehen öffentliche Gewässer unter der Hoheit des Staates; ausgeschiedene öffentliche Oberflächengewässer sind Eigentum des Staates. An öffentlichen Gewässern können gemäss Abs. 3 keine dinglichen Rechte ersessen werden. Streitigkeiten darüber, ob ein Gewässer öffentlicher oder privater Natur sei, entscheiden nach § 6 Abs. 3 WWG die Zivilgerichte.

Soweit aus den Akten ersichtlich, haben die Zivilgerichte bislang nicht über die Rechtsnatur des L.-Bachs entschieden. Die Rekursbehörde ist deshalb berechtigt und dazu gehalten, diesen Streitpunkt vorfrageweise zu prüfen (Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Auflage, Zürich/St. Gallen 2016, Rz. 1749 ff.). Dabei ist vorliegend von

§ 5 WWG auszugehen, wonach Grundwasser und Oberflächengewässer auch dann öffentlich sind, wenn das zugehörige Wasser in Dolen bzw. über Drainagen abgeleitet wird, solange nicht der Beweis für ein privates Gewässer erbracht ist. Aus dem Grundeigentum an der Parzelle Kat.-Nr. 1 und dem Eigentumsrecht an den im Erdreich dieser Parzelle verlegten Rohrleitungen kann daher entgegen der Auffassung des Rekurrenten nicht zwangsläufig auf ein privates Gewässer geschlossen werden, zumal eine ausserordentliche Ersitzung öffentlicher Gewässer im Sinne von Art. 662 ZGB nicht möglich ist. Nachdem er somit einen Nachweis für Privateigentum schuldig geblieben ist, ist davon auszugehen, dass der eingedolte Oberlauf des L.-Bachs öffentlicher und nicht privater Natur ist.

Im Übrigen sind privatrechtliche Ansprüche, wie erwogen, vor den Zivilgerichten geltend zu machen (§ 6 Abs. 3 WWG in Verbindung mit § 1 VRG).

5.1.

Oberflächengewässer sind insbesondere durch ein Gewässerbett, d. h. eine Eintiefung der Landoberfläche gekennzeichnet, die dauernd oder regelmässig von Wasser bedeckt ist. Das Gewässerbett von Fliessgewässern weist eine kleine Vertiefung oder einen durch die Ufer begrenzten Graben auf, über deren Sohle ein Bach bzw. Fluss fliesst. Für die Bestimmung von Fliessgewässern ist es nicht entscheidend, ob sie in der Vergangenheit in eine Leitung gezwungen worden sind (vgl. Art. 4 lit. m des Bundesgesetzes über den Schutz der Gewässer [Gewässerschutzgesetz, GSchG] und § 5 Abs. 1 WWG). Zwar können eingedolte wie auch überdeckte oder verlegte Bäche und Flüsse verschiedene Funktionen nur noch beschränkt oder nicht mehr erfüllen, doch gehen die Eigenschaften von Fliessgewässern durch deren teilweise Verlegung nicht gänzlich verloren.

Abgesehen von einem Gewässerbett zeichnen sich Fliessgewässer durch abfliessendes Wasser aus. Wenn die Abflussmenge Q_{347} grösser als Null ist, liegt gemäss Art. 4 lit. i GSchG eine ständige Wasserführung vor; nach Art. 4 lit. h GSchG handelt es sich dabei um die Abflussmenge, die, gemittelt über zehn Jahre, durchschnittlich während 347 Tagen des Jahres erreicht oder überschritten wird und die durch Stauung, Entnahme oder Zuleitung von Wasser nicht wesentlich beeinflusst ist. Der Abfluss eines Bachs kann sich aus unterschiedlichen Wassern, zum Beispiel aus Regen- bzw.

Meteorwasser, Quellwasser und/oder Wasser eines anderweitigen Oberflächengewässers, das jeweils von der Oberfläche abfließt, zusammensetzen.

Kanalisationsanlagen der Siedlungs- und Strassenentwässerung und Drainagen, die Grundwasser ableiten, sind keine Fliessgewässer. Ausserdem können Fliessgewässer ausnahmsweise untergehen, sofern ihr Einzugsgebiet und der Wasserhaushalt des Bodens unwiederbringlich verändert werden.

5.2.

Der L.-Bach tritt gegenwärtig unterhalb der L.-Strasse ab der Koordinate 0003/0004 auf einer Höhe von etwa 592 m über Meer zutage (vgl. die anlässlich des Augenscheins erstellten Fotografien Nrn. 9 und 10, act. 1/Protokoll S. 10). Gemäss den hydrologischen Abklärungen des Amtes für Abfall, Wasser, Energie und Luft (AWEL) würde der Bach ohne Eingriff in die Natur bereits ab der Koordinate 0001/0002 bzw. dem neu festgelegten Beginn des Gewässers auf einer Höhe von rund 596 m über Meer an der Oberfläche abfliessen. Von diesem Punkt an sei zufolge des AWEL im digitalen Höhenmodell eine lineare Abflussrinne erkennbar, die auf das Potential zur selbständigen Ausbildung eines Oberflächengewässers hinweisen würde (act. 11.2). Der L.-Bach trete, wie das AWEL weiter darlegt, nur deshalb nicht ab dieser Koordinate in Erscheinung, weil im Einzugsgebiet seines Oberlaufs zahlreiche Drainagen erstellt worden seien (act. 11.7 und 11.8). Das zugehörige Einzugsgebiet sei mit einer GIS-Software auf der Grundlage eines hochaufgelösten digitalen Terrainmodells berechnet worden. Beim neu festgelegten Beginn des L.-Bachs, d. h. ab Koordinate 0001/0002, betrage das Einzugsgebiet rund $0,05 \text{ km}^2$ ($= 50'000 \text{ m}^2$), weiter unten beim Knick der Hauptableitung $0,12 \text{ km}^2$ ($= 120'000 \text{ m}^2$) und beim gegenwärtigen Auslauf, d. h. ab Koordinate 0003/0004, $0,14 \text{ km}^2$ ($= 140'000 \text{ m}^2$) (vgl. act. 11.1 und act. 15). Die betreffenden Gebiete erstreckten sich jeweils über den Wald J. hinaus bis zur A.-Strasse auf dem Gemeindegebiet H. bzw. zur Af.-Strasse auf dem Gemeindegebiet A. Gemäss dem AWEL zeige die Modellrechnung dazu auf, dass via Oberlauf des L.-Bachs eine ausgeprägte Geländekammer entwässert werde.

Es besteht aufgrund der Akten kein Anlass, die eingehenden Darlegungen der amtlichen Sachverständigen zur natürlichen Wasserrinne des L.-Bachs infrage zu stellen.

5.3.

Ohne Fremdeinwirkung würde der Oberlauf des L.-Bachs aus Regen- bzw. Meteorwasser, Quellwasser und Oberflächenwasser aus einem Feuchtgebiet gespeist, das jeweils, ohne zu versickern, im Einzugsgebiet oberirdisch abflösse.

Das den Bach speisende Regenwasser wird auf der Karte Oberflächenabfluss des Geografischen Informationssystems des Kantons Zürich GIS-ZH (<https://web.maps.zh.ch>) veranschaulicht. Unter Oberflächenabfluss ist derjenige Niederschlagsanteil zu verstehen, der nach dem Auftreffen auf den Boden unmittelbar an der Geländeoberfläche abfließt. Dieser Abfluss ist, wie aus der genannten Karte hervorgeht (act. 11.3), im Bereich des umstrittenen Wasserlaufs besonders ausgeprägt, was unter natürlichen Verhältnissen zur Folge hätte, dass bei Regenfall ab dem neu festgelegten Beginn des L.-Bachs eine Abflussrinne entstünde und sich im Laufe der Zeit ein Gewässerbett ausbilden würde.

Weiter befinden sich im Einzugsgebiet des Oberlaufs vier Quelfassungen, die gemäss der GIS-ZH Grundwasserkarte einen geschätzten Ertrag von 170 l/min, zweimal 80 l/min und 30 l/min und folglich insgesamt einen Ausstoss von 360 l/min aufweisen (act. 11.6). Das AWEL hält dazu fest, dass sich das Wasser der grössten Quelle im Bereich des neu festgelegten Beginns und das übrige Quellwasser beim Knick der Hauptableitung in den L.-Bach ergösse, wenn es nicht gefasst wäre.

Sodann bestand früher gemäss der historischen Karte J. Wild (~1850) und den beiden Siegfriedkarten 1880 und 1930 im Nordosten des Bachoberlaufs ein Feuchtgebiet (act. 5.1 und 11.4 f. sowie <https://web.maps.zh.ch>). Es dürfte sich dabei um ein früher in der Region häufiges, mit Riedgräsern und Schilf bewachsenes mooriges Gebiet gehandelt haben, das natürlicherweise über den L.-Bach abfloss, bis es zwecks landwirtschaftlicher Nutzung systematisch mit Drainagen entwässert worden ist.

Heute fliesst ein erheblicher Teil dieses Wasser über die Entwässerungsanlagen in den L.-Bach (vgl. act. 11.8). Dazu gehört auch das überschüssige Quellwasser, das durch den Überlauf der Quellen via Drainage abgeleitet wird (vgl. act. 10 S. 2 und act. 11.7). Das Wasser im eingedolten L.-Bach ist dementsprechend beständig, so dass er bereits oberhalb der Koordinate 0003/0004 zu keiner Zeit trockenfällt (Protokoll S. 4).

5.4.

Aus alledem ergibt sich folglich, dass der L.-Bach, wie von der Rekursgegnerin verfügt, seinen Anfang bei der Koordinate 0001/0002 nimmt.

Die Gegenargumente des Rekurrenten führen zu keinem anderen Ergebnis:

Es ist zwar zutreffend, dass der Beginn des L.-Bachs auf der historischen Karte J. Wild (~1850) und der Siegfriedkarte 1880 ungefähr 60 m südlich der vorgenannten Koordinate eingezeichnet ist (act. 5.1 f.). Dieser Differenz ist jedoch kein allzu grosses Gewicht beizumessen, da die alten Karten gerade bei der vollständigen und genauen Erfassung von Gewässerläufen Ungenauigkeiten aufweisen können und deshalb mit gebührender Vorsicht zu konsultieren sind. Wie die Rekursgegnerin zu bedenken gibt, seien namentlich auf der Siegfriedkarte Abweichungen von bis 1,2 mm zulässig gewesen, was in Wirklichkeit einem Fehler in der Grössenordnung von 30 m entsprochen habe; zudem seien kleinere Bäche in schwer zugänglichen oder unüberschaubaren Gebieten, wie in Rieden, auf den alten Karten nicht vollständig erfasst worden; das frühere Kartenwerk vermöge deshalb nicht, eine hydrologische Beurteilung des Potentials zur selbständigen Bildung eines Gerinnes zu ersetzen (act. 10 S. 2). In diesem Zusammenhang ist auch daran zu erinnern, dass die Abflusssrinne des ehemals offenen L.-Bachs noch heute im Geländemodell erkennbar ist (act. 11.2 und oben eingangs E. 5.2).

Weiter vertritt der Rekurrent die Ansicht, dass die Entwässerungsanlagen im Gebiet L. fast ausschliesslich aufsteigendes Grundwasser sammeln und ableiten. Dass dem in Wirklichkeit nicht so ist und die Drainagen darüber hinaus auch Regenwasser, Quellwasser und Oberflächenwasser in den Oberlauf des L.-Bachs leiten, wurde bereits erläutert (oben E. 5.3). Davon abgesehen trägt das aufsteigende Grundwasser, soweit es ohne Drainagen auf natürliche Weise an die Oberfläche tritt und damit Quellwasser im Sinne

von § 4 WWG bildet, ebenfalls zur ursprünglichen Wasserführung des L.-Bachs bei.

Schliesslich wird vorgebracht, dass das Einzugsgebiet des L.-Bachs mit der Drainierung unwiederbringlich verändert worden und der Bachoberlauf infolgedessen untergegangen sei. Nach Auffassung der Rekursgegnerin müsste hierfür jedoch ein bedeutender Anteil des unterirdisch anfallenden Wassers über Drainagen in das Einzugsgebiet eines anderen Gewässers geleitet werden, was vorliegend gemäss Drainageplan nicht der Fall ist (vgl. act. 11.7). Technisch erscheint es sodann durchaus machbar, die vorhandenen Wasserleitungen im Gebiet L. auszubauen und den ursprünglichen Wasserlauf weitgehend wiederherzustellen, weshalb nicht von einer unumkehrbaren Veränderung des natürlichen Einzugsgebiets bzw. Wasserhaushalts gesprochen werden kann. Die Rekursgegnerin, die im Rahmen der Revitalisierungsplanung der Fliessgewässer im Kanton Zürich auch die Wiederherstellung der natürlichen Funktionen des eingedolten L.-Bachs geprüft hat, ist allerdings zum Schluss gelangt, dass der entsprechende Nutzen für die Natur und Landschaft im Verhältnis zum Aufwand gering und deshalb eine Revitalisierung des L.-Bachs zumindest über einen Zeithorizont von 20 Jahren nicht prioritär ist (vgl. GIS-ZH Karte Gewässerrevitalisierung, <https://awel.zh.ch/internet/audirektion/awel/de/wasser/planungen/revitalisierung.html> und https://awel.zh.ch/dam/audirektion/awel/wasser/planung/revitalisierung/doc/Plan_2_Prio_Abschnitte.pdf.spooler.download.1434614585219.pdf/Plan_2_Prio_Abschnitte.pdf).

5.5.

Demzufolge ist es nicht zu beanstanden, dass die Rekursgegnerin den L.-Bach abwärts nicht über die Koordinate 0001/0002 hinaus aufgehoben und die betreffenden Einwände des Rekurrenten unberücksichtigt gelassen hat.

6.

Der Rekurs ist somit abzuweisen.

7.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind die Kosten gemäss § 13 Abs. 2 VRG dem Rekurrenten aufzuerlegen.

Die Gerichtsgebühr beträgt bei Verfahren ohne bestimmbaren Streitwert in der Regel Fr. 500.-- bis Fr. 50'000.-- (§ 338 Abs. 2 PBG und § 3 Abs. 2 der Gebührenverordnung des Verwaltungsgerichts GebV VGr). Sie wird nach dem Zeitaufwand des Gerichts, der Schwierigkeit des Falls und dem tatsächlichen Streitinteresse festgelegt (§ 338 Abs. 1 PBG und § 2 GebV VGr). Neben dem Streitinteresse schlägt in diesem Verfahren insbesondere der Aufwand des Baurekursgerichts samt Aktenstudium, Schriftenwechsel und Augenschein zu Buche. Die Gerichtsgebühr ist daher auf Fr. 5'000.-- festzusetzen.

8.

Dem unterliegenden Rekurrenten steht keine Umtriebsentschädigung zu (§ 17 Abs. 2 VRG).

[...]