

Bundesgericht  
Tribunal fédéral  
Tribunale federale  
Tribunal federal

1C 539/2021

Urteil vom 15. November 2022

I. öffentlich-rechtliche Abteilung

Besetzung  
Bundesrichter Kneubühler, Präsident,  
Bundesrichter Haag,  
Nebenamtlicher Bundesrichter Weber,  
Gerichtsschreiberin Gerber.

Verfahrensbeteiligte

A. \_\_\_\_\_,  
Beschwerdeführerin,  
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Michael Werner,

gegen

Baudepartement des Kantons St. Gallen, Lämmlisbrunnenstrasse 54, 9001 St. Gallen,  
Politische Gemeinde Gaiserwald, Gemeinderat, Hauptstrasse 21, 9030 Abtwil SG.

Gegenstand  
Gewässerfeststellungsverfügung,

Beschwerde gegen den Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons St. Gallen, Abteilung I, vom 8. Juli 2021 (B 2020/98).

Sachverhalt:

A.

A. \_\_\_\_\_ ist Eigentümerin der Parzelle Nr. 22 in Abtwil, Gemeinde Gaiserwald. An der Grenze zwischen den Parzellen Nrn. 21 und 22 befindet sich eine Geländevertiefung, die unterhalb der Alleestrasse beginnt und an der Gründenstrasse endet. Sie wird vom Baudepartement des Kantons St. Gallen als Dietenackerbächlein bezeichnet und in der Karte Gewässernetz 1:10'000 GN 10 Kt als übriges Gewässer eingeteilt. Nach Angaben des Amtes für Wasser und Energie (AWE) entspringt das Bächlein rund 15 m oberhalb der Alleestrasse auf Parzelle Nr. 26, verläuft unterhalb der Alleestrasse zunächst auf einer Länge von 10 m eingedolt, dann offen auf einer Strecke von rund 110 m, danach auf einer Strecke von 50 m eingedolt zur Gründenstrasse. Nach Unterquerung dieser Strasse führte es auf einer Länge von rund 250 m eingedolt durch die Parzellen Nr. 1728, 1669, 1663 und 7 bis zur Einmündung in das Gemeindegewässer Wiesenbach West auf Parzelle Nr. 991.

B.

Am 30. Oktober 2006 genehmigte das Baudepartement des Kantons St. Gallen das Ausbauprojekt "Sanierung Wiesenbachzuflüsse" der Gemeinde Gaiserwald. Dieses sieht unter anderem die Verlegung und teilweise Offenlegung des Dietenackerbächleins vor.

Gegen dieses Projekt erhob A. \_\_\_\_\_ Einsprache und anschliessend Beschwerde an das Verwaltungsgericht des Kantons St. Gallen. Sie machte u.a. geltend, das Dietenackerbächlein oberhalb der Gründenstrasse sei willkürlich als öffentliches Gewässer eingestuft worden, ohne dass vorgängig ein Gewässerfeststellungsverfahren

durchgeführt worden sei. Das Verwaltungsgericht führte am 3. Mai 2018 im Beisein der Parteien einen Augenschein mit mündlicher Verhandlung durch. Mit Entscheid vom 16. August 2018 hiess es die Beschwerde aus anderen Gründen gut und wies die Sache zur Ergänzung des Sachverhalts und neuem Entscheid an das Baudepartement zurück.

C.

Ohne A. \_\_\_\_\_ vorgängig darüber zu informieren, stellte das Baudepartement mit Verfügung vom 8. Mai 2020 fest, das Dietenackerbächlein sei ein öffentliches Gewässer im Sinne von Art. 2 Abs. 1 Ziff. 1 des St. Galler Gesetzes über die Gewässernutzung vom 5. Dezember 1960 (GNG/SG; sGS 751.1) und ein oberirdisches Gewässer im Sinne von Art. 4 lit. a GSchG (SR 814.20).

D.

Dagegen erhob A. \_\_\_\_\_ am 25. Mai 2020 Beschwerde an das Verwaltungsgericht. Dieses wies die Beschwerde am 8. Juli 2021 ab.

E.

Gegen den verwaltungsgerichtlichen Entscheid hat A. \_\_\_\_\_ am 14. September 2021 Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht erhoben. Sie beantragt, der angefochtene Entscheid sei aufzuheben und die Sache sei im Sinne der Erwägungen an das Verwaltungsgericht, eventualiter an das Baudepartement, zurückzuweisen. Subeventualiter sei festzustellen, dass die Vertiefung zwischen den Parzellen Grundbuch Gaiserwald Nrn. 21 und 22 auf dem Abschnitt oberhalb und zwischen der Alleestrasse und der Gründenstrasse kein öffentliches Gewässer i.S.v. Art. 2 Abs. 1 Ziff. 1 GNG/SG und kein oberirdisches Gewässer gemäss Art. 4 lit. a GSchG sei.

F.

Das Baudepartement und das Verwaltungsgericht schliessen auf Abweisung der Beschwerde. Die Gemeinde Gaiserwald hat sich nicht vernehmen lassen. Die Beschwerdeführerin hat am 22. November 2021 repliziert.

Erwägungen:

1.

Gegen den kantonal letztinstanzlichen Entscheid des Verwaltungsgerichts über eine Gewässerfeststellung steht grundsätzlich die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht offen (Art. 82 lit. a, 86 Abs. 1 lit. d und 90 BGG).

1.1. Näher zu prüfen ist, ob es sich um einen Endentscheid oder um einen Vor- oder Zwischenentscheid im hängigen Wasserbauverfahren handelt.

Für letzteres spricht der Betreff der Verfügung (Erlass einer Gewässerfeststellungsverfügung "im Rahmen der Sanierung der Wiesenbachzuflüsse in Abtwil") sowie der Umstand, dass keine öffentliche Auflage erfolgt ist und die Verfügung (nebst der Gemeinde) einzig der Beschwerdeführerin zugestellt wurde, weil nur diese im Wasserbauverfahren die Gewässerqualität des Dietenackerbächleins bestritten und das Fehlen einer Gewässerfeststellungsverfügung bemängelt hatte (vgl. Urteil B 2016/119 des Verwaltungsgerichts St. Gallen vom 16. August 2018 E. 8). Die Verfügung bezieht sich (in Sachverhaltsabschnitt B und E. 4.2) denn auch ausdrücklich auf dieses Verfahren. Insofern liegt die Annahme nahe, dass mit der Feststellungsverfügung lediglich eine - im Wasserbauverfahren streitige - Vorfrage mit Wirkung für die Beschwerdeführerin entschieden werden sollte. Allerdings gehen alle Verfahrensbeteiligten vom Vorliegen eines Endentscheids, d.h. von einem abgeschlossenen, eigenständigen Verfahren aus. In der Tat liegt es im Interesse der Behörden, die gewässerrechtliche Qualifikation des Dietenackerbächleins auch für künftige Verfahren verbindlich festzustellen, namentlich für die - von der Beschwerdeführerin bereits thematisierte - Gewässerraumfestlegung (vgl. dazu unten E. 5). Bei der Qualifikation als Vorentscheid würde die Verfügung nicht in materielle Rechtskraft erwachsen, sondern mit dem Entscheid in der Hauptsache dahinfallen (vgl. BGE 139 V 42 E. 2.3; 135 V 141 E. 1.4.1; FELIX UHLMANN, in: Basler Kommentar zum BGG, 3. Aufl., 2018, Art. 92 N. 3). Aus dem Verfügungsdispositiv ergibt sich denn auch keine Einschränkung auf das Wasserbauverfahren.

Unter diesen Umständen ist von einem Endentscheid i.S.v. Art. 90 BGG auszugehen. Dies schliesst allerdings nicht aus, den engen Konnex des vorliegenden Verfahrens zum hängigen Wasserbauverfahren bei der Beurteilung der Verfahrens- und Sachverhaltsrügen zu berücksichtigen (vgl. unten, E. 2 und 3).

1.2. Die Beschwerdeführerin ist als Eigentümerin der Parzelle Nr. 21, an deren Grenze das festgestellte Gewässer verläuft, zur Beschwerde legitimiert (Art. 89 Abs. 1 BGG).

Auf die rechtzeitig erhobene Beschwerde (Art. 100 Abs. 1 BGG) ist daher einzutreten.

1.3. Mit der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten kann insbesondere die Verletzung von Bundesrecht gerügt werden (Art. 95 lit. a BGG). Das Bundesgericht wendet das Bundesrecht grundsätzlich von Amtes wegen an (Art. 106 Abs. 1 BGG). Die Verletzung von Grundrechten (einschliesslich die willkürliche Anwendung von kantonalem Recht) prüft es dagegen nur insoweit, als eine solche Rüge in der Beschwerde vorgebracht und genügend begründet worden ist (Art. 106 Abs. 2 BGG; BGE 133 II 249 E. 1.4.2 S. 254 mit Hinweisen).

Das Bundesgericht legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat, sofern dieser nicht offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht (Art. 105 und Art. 97 Abs. 1 BGG). Neue Tatsachen und Beweismittel können nur so weit vorgebracht werden, als erst der Entscheid der Vorinstanz dazu Anlass gibt (Art. 99 Abs. 1 BGG).

2.

Die Beschwerdeführerin rügt zunächst, ihrem Antrag auf Durchführung eines Augenscheins sei unter Verletzung des rechtlichen Gehörs nicht stattgegeben worden.

Das Verwaltungsgericht hielt fest, vom beantragten Augenschein seien keine entscheiderelevanten neuen Erkenntnisse zu erwarten, zumal sich die tatsächlichen Verhältnisse seit dem verwaltungsgerichtlichen Augenschein vom 3. Mai 2018 im Beschwerdeverfahren B 2016/119 unbestrittenermassen nicht geändert hätten und dem Gericht, das in derselben Besetzung wie am 3. Mai 2018 und am 16. August 2018 tagte, deshalb bestens bekannt seien.

Die Beschwerdeführerin hält dem entgegen, der damalige Augenschein habe ein Wasserbauprojekt betroffen und nicht die Frage, ob ein öffentliches Gewässer vorliege und wo dieses im Gelände beginne und ende.

Die Beschwerdeführerin bestritt jedoch schon damals, dass das Dienerackerbächlein oberhalb der Gründenstrasse als öffentliches Gewässer zu qualifizieren sei. Diese Frage wurde daher auch am Augenschein und in der schriftlichen Stellungnahme der Beschwerdeführerin zum Augenscheinsprotokoll thematisiert: Der Rechtsvertreter der Beschwerdeführer äusserte sich eingehend zu Grösse und Wasserfluss des Gerinnes, kritisierte die Abklärungen der Behörden und nahm vor Ort Messungen vor (vgl. Protokoll des Augenscheins vom 3. Mai 2018 S. 4 f. und Stellungnahme vom 30. Mai 2018 zum Augenscheinsprotokoll S. 1 f., 5 und 7). Das Augenscheinsprotokoll enthält zudem verschiedene Aufnahmen des offenen Gerinnes (Fotos 5-10). Unter diesen Umständen durfte das Verwaltungsgericht willkürfrei und ohne Verletzung des rechtlichen Gehörs davon ausgehen, dass von einem Augenschein im vorliegenden Verfahren keine neuen entscheiderelevanten Kenntnisse zu erwarten seien.

3.

Die Beschwerdeführerin rügt weiter die Verletzung des Anspruchs auf eine mündliche und öffentliche Verhandlung gemäss Art. 6 EMRK.

3.1. Sie beantragte im verwaltungsgerichtlichen Verfahren eine persönliche Anhörung durch das Gericht nach Art. 6 EMRK, mit dem Zusatz, dass sich dieser Antrag erübrige, wenn der beantragte Augenschein durchgeführt werde.

Das Verwaltungsgericht liess offen, ob die im Streit liegende Gewässerfeststellung einen zivilrechtlichen Anspruch im Sinne von Art. 6 Ziff. 1 EMRK betreffe, da weder ersichtlich noch dargelegt sei, inwiefern die Beantwortung der zu beurteilenden Fragen (Gehörsrüge und gewässerrechtliche Qualifikation der streitigen Geländevertiefung) eines persönlichen Eindrucks der Beschwerdeführerin bedürfe. Der Sachverhalt sei vielmehr der schriftlichen Darstellung zugänglich. Ebenso wenig sei erkennbar, welche neuen entscheiderelevanten

Erkenntnisse, die sich nicht bereits aus den Akten und dem Geoportal ergeben, durch die beantragte mündliche Parteibefragung und durch Beweisaussagen der Beschwerdeführerin gewonnen werden könnten. Die Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung sei deshalb weder notwendig noch erscheine sie zweckmässig.

3.2. Die Beschwerdeführerin macht dagegen geltend, die streitige Qualifikation als öffentliches Gewässer habe offenkundig zivilrechtliche Auswirkungen auf ihr Eigentum (Gewässerraum, Unterhaltungspflichten, Einschränkungen für die landwirtschaftliche Bewirtschaftung), weshalb eine mündliche öffentliche Verhandlung durchzuführen gewesen sei. Sie habe auf diese nicht verzichtet, sondern im Gegenteil einen entsprechenden Antrag gestellt. Es lägen auch keine Verzichtsründe gemäss Art. 6 Ziff. 1 Satz 2 EMRK vor.

3.3. Nach Art. 6 Ziff. 1 EMRK hat jede Person ein Recht darauf, dass über Streitigkeiten in Bezug auf ihre zivilrechtlichen Ansprüche und Verpflichtungen (” des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil”; ”determinations of civil rights and obligations”) oder über eine gegen sie erhobene strafrechtliche Anklage von einem unabhängigen und unparteiischen, auf Gesetz beruhenden Gericht in einem fairen Verfahren, öffentlich und innerhalb angemessener Frist verhandelt wird.

3.3.1. Der Begriff der ”zivilrechtlichen Ansprüche und Verpflichtungen” wird vom Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) autonom ausgelegt. Er umfasst nicht nur zivilrechtliche Streitigkeiten im engeren Sinn, sondern auch Verwaltungsakte einer hoheitlich handelnden Behörde, sofern sie massgeblich in Rechte und Verpflichtungen privatrechtlicher Natur eingreifen (zum Ganzen vgl. BGE 147 I 259 E. 1.3.2). Dies wird z.B. bejaht, wenn es um einen Nutzungsplan geht, der die Überbauung eines Grundstücks ganz oder weitgehend verunmöglicht, oder wenn die Verweigerung einer Baubewilligung streitig ist (vgl. Urteil 1C 457/2009 vom 23. Juni 2010, in: ZBl 112/2011 333, E. 2.1 und E. 3.2 mit Hinweisen zur EGMR-Rechtsprechung).

Gegenstand der streitigen Verfügung ist die Feststellung der gewässerrechtlichen Qualifikation eines Gerinnes. Diese verändert die Rechtslage nicht, bestätigt aber, dass gewisse, für Gewässer dieser Art vorgesehene Rechte und Pflichten auf das Gerinne anwendbar sind. So besteht z.B. gemäss Art. 6 GNG/SN Gemeindegebrauch an öffentlichen Gewässern; nach Art. 36a GSchG und Art. 41a GSchV [SR 814.201]ist für oberirdische Fliessgewässer ein Gewässerraum festzulegen (bzw. übergangsrechtlich einzuhalten), der grundsätzlich nicht überbaut werden darf (vgl. Art. 41c Abs. 1 GSchV; vgl. allerdings Art. 41a Abs. 5 lit. d GSchV, wonach bei sehr kleinen Gewässern u.U. auf die Festlegung eines Gewässerraums verzichtet werden kann). Die Parzelle der Beschwerdeführerin befindet sich allerdings im Übrigen Gemeindegebiet bzw. der Landwirtschaftszone und ist somit derzeit nicht (bzw. nur zu landwirtschaftlichen Zwecken) überbaubar. Zudem verläuft das Diätenackerbächlein an der Grenze zur Parzelle Nr. 22, d.h. in einem Bereich, in dem ohnehin Grenzabstände einzuhalten sind. Insofern wird die Überbaubarkeit der Parzelle (wenn überhaupt) nur geringfügig beschränkt. Inwieweit die Gewässerqualifikation zu neuen oder verschärften Unterhaltungspflichten führt, wird von der Beschwerdeführerin nicht dargelegt. Insgesamt erscheinen die Konsequenzen der Gewässerklassierung auf Eigentum und Vermögen der Beschwerdeführerin somit gering.

3.3.2. Jedenfalls aber durfte das Verwaltungsgericht aufgrund der besonderen Umstände des vorliegenden Falls auf eine mündliche öffentliche Verhandlung verzichten.

Grundsätzlich müssen die Parteien zumindest einmal im ganzen Verfahren Gelegenheit haben, ihre Argumente mündlich in einer öffentlichen Sitzung einem unabhängigen Gericht vorzutragen, soweit sie nicht ausdrücklich oder stillschweigend darauf verzichtet haben (zum Ganzen BGE 147 I 219 E. 2.3.1 mit Hinweisen). Ein mündliche öffentliche Verhandlung kann jedoch unterbleiben, wenn aussergewöhnliche Umstände dies rechtfertigen. Dies wird vom EGMR beispielsweise bejaht, wenn sich im Verfahren ausschliesslich rechtliche oder in hohem Mass technische Fragen stellen, und der Fall auf der Grundlage der Akten und der schriftlichen Stellungnahme der Parteien angemessen beurteilt werden kann (vgl. Urteile des EGMR i.S. Schuler-Zraggen c. Schweiz vom 24. Juni 1993 § 58; Döry c. Schweden vom 12. November 2002 §§ 37 f.; Ramos Nunes de Carvalho e S á gegen Portugal vom 6. November 2018 §§ 190 f. mit Hinweisen).

Im verwaltungsgerichtlichen Verfahren war streitig, ob das Baudepartement das rechtliche Gehör der Beschwerdeführerin verletzt hatte (dies ist eine Rechtsfrage), sowie ob die streitige Geländevertiefung als oberirdisches

Gewässer i.S.v. Art. 4 lit. a GSchG bzw. als öffentliches Gewässer i.S.v. Art. 2 Abs. 1 Ziff. 1 GNG/SG zu qualifizieren sei. Dazu lagen verschiedene Stellungnahmen von Fachbehörden vor, mit Feststellungen und Fotos zu Wasserstand, Ergiebigkeit, Einzugsgebietsgrösse, Verlauf, Sohlenbeschaffenheit, Vorhandensein von Wasserwirbellosen und Gewässervegetation. Diese Amtsberichte wurden dem Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin zugestellt, der dazu schriftlich Stellung nehmen konnte. Für die dabei aufgeworfenen technischen Sach- und Fachfragen eignete sich das schriftliche Verfahren besser als eine mündliche Anhörung.

Hinzu kommt im vorliegenden Fall, dass das Verwaltungsgericht bereits im Rahmen des Wasserbauverfahrens einen Augenschein mit mündlicher Verhandlung durchgeführt hatte, an der sowohl der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin als auch diese selbst vom Gericht (in derselben Besetzung) angehört worden waren, auch zu den schon damals aufgeworfenen Frage der Gewässerqualität des Dietenackerbächleins (vgl. oben E. 2). Es ist unstrittig, dass sich die Verhältnisse seither nicht verändert haben (insofern anders als im Fall 1B 11/2022 vom 31. März 2022 E. 2.5). Unter diesen speziellen Umständen durfte sich das Verwaltungsgericht mit einem schriftlichen Verfahren begnügen, ohne Art. 6 EMRK zu verletzen.

4.

Zu prüfen sind noch die Rügen zur Gehörsverletzung und ihrer Heilung im Rechtsmittelverfahren.

4.1. Das Verwaltungsgericht anerkannte, dass das Baudepartement das rechtliche Gehör der Beschwerdeführerin in verschiedener Hinsicht verletzt habe: Diese habe sich nicht vor Erlass der Gewässerfeststellung äussern können; insbesondere habe sie keine Gelegenheit erhalten, sich vorgängig zu den Wahrnehmungen der kantonalen Fachstellen an den Augenscheinen vom 10. Juni 2013 und 6. September 2019 (AWE) bzw. 22. Oktober 2019 (Amt für Natur, Jagd und Fischerei ANJF) zu äussern. Auch wenn praxismässig kein Anspruch auf Teilnahme an einem Augenschein bestehe, der von einer Fachinstanz zur Vorbereitung eines Amtsberichts durchgeführt werde, hätte sich die Beschwerdeführerin mindestens zum Beweisergebnis dieser Augenscheine äussern können müssen. Der Beschwerdeführerin sei auch die Eröffnung des Gewässerfeststellungsverfahrens weder persönlich angezeigt noch durch öffentliche Auflage bekannt gemacht worden.

Das Verwaltungsgericht ging jedoch davon aus, die Gehörsverletzung sei im Rechtsmittelverfahren geheilt worden: Der Beschwerdeführerin seien die Amtsberichte der kantonalen Fachstellen zugestellt worden und sie habe sich dazu äussern können. Zwar könne das Verwaltungsgericht die Angemessenheit der angefochtenen Verfügung nicht überprüfen. Die von der Beschwerdeführerin aufgeworfene Rechtsfrage, ob die als Dietenackerbächlein bezeichnete Geländevertiefung zu Recht als öffentliches bzw. oberirdisches Gewässer qualifiziert worden sei, unterliege jedoch der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle. Eine Rückweisung würde daher nur zu einem formalistischen Leerlauf führen.

4.2. Die Beschwerdeführerin macht dagegen zunächst geltend, die Heilung des Verfahrensmangels hätte eine umfassende Prüfung und Beurteilung der angefochtenen Verfügung durch das Verwaltungsgericht vorausgesetzt. Diese sei jedoch nicht erfolgt: Die Vorinstanz habe die Beschwerdeführerin nicht selbst angehört und keine eigenen Sachverhaltsabklärungen vor Ort vorgenommen. Es habe sich vielmehr einzig auf die - unter Verletzung des rechtlichen Gehörs - erfolgten Sachverhaltsabklärungen der ersten Instanz gestützt. Da die Beschwerdeführerin an diesen nicht teilgenommen habe, sei sie nicht in der Lage gewesen, substantiierte Kritik an den Feststellungen zu üben.

Die Heilung eines Verfahrensmangels setzt jedoch nur voraus, dass die Rechtsmittelinstanz die streitigen Sachverhaltsfragen frei überprüfen kann; entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin ist das Gericht nicht verpflichtet, sämtliche Beweismassnahmen zu wiederholen, z.B. selbst einen Augenschein durchzuführen, Parteien zu befragen, etc. Sie kann sich vielmehr auf die erstinstanzlich erhobenen Beweise abstützen, sofern sie diese als ausreichend erachtet und die Parteien die Möglichkeit hatten, sich angemessen zum Beweisergebnis zu äussern und eigene Beweisanträge zu stellen.

Vorliegend stützte sich das Verwaltungsgericht auf den an allen Augenscheinen beobachteten kleinen, stetigen Wasserfluss mit einer Fliesstiefe von 1 bis 2 cm, sowie die Beobachtungen des ANJF zu Sohlenbeschaffenheit, Fauna und Flora. Diese wurden von der Beschwerdeführerin nicht substantiiert bestritten.

Es ist auch nicht ersichtlich, weshalb ihr dies nicht möglich gewesen sein soll: Zum einen war sie zumindest am Augenschein des Verwaltungsgerichts vom 3. Mai 2018 anwesend. Zum anderen enthalten die der Beschwerdeführerin nachträglich zugestellten Amtsberichte Fotos der zum jeweiligen Zeitpunkt angetroffenen Situation.

Die Beschwerdeführerin, die mit den örtlichen Verhältnissen bestens vertraut ist, hätte die Richtigkeit oder Repräsentativität dieser Feststellungen bestreiten können, z.B. durch detaillierte eigene Angaben zu Häufigkeit und Dauer von Trockenperioden, Fotos der Vegetation, etc.

4.3. Die Beschwerdeführerin wendet weiter ein, das Verwaltungsgericht habe die streitigen Rechtsfragen nicht frei geprüft, sondern habe das "technische Ermessen" der Vorinstanz respektiert. Sie rügt in diesem Zusammenhang eine Verletzung von Art. 33 Abs. 3 lit. b des Raumplanungsgesetzes (RPG; SR 700), weil nicht wenigstens die volle Überprüfung durch eine Beschwerdebehörde sichergestellt gewesen sei.

4.3.1. Wie das Verwaltungsgericht zutreffend dargelegt hat, kommt Art. 33 Abs. 3 lit. b RPG nur bei Verfügungen und Nutzungsplänen zur Anwendung, die sich auf das RPG und seine Ausführungsbestimmungen stützen. Dies ist vorliegend nicht der Fall: Die angefochtene Verfügung stützt sich vielmehr auf das GSchG und das GNG/SG, die keine Angemessenheitsprüfung im Beschwerdeverfahren vorschreiben. Insofern genügte es grundsätzlich, wenn das Verwaltungsgericht den Sachverhalt und die Rechtsfragen frei überprüfen konnte.

4.3.2. Allerdings setzt die Heilung eines Gehörmangels im Beschwerdeverfahren nach ständiger Rechtsprechung voraus, dass die Beschwerdeinstanz über dieselbe Kognition verfügt wie die erste Instanz, oder zumindest alle im Beschwerdeverfahren streitigen Fragen frei überprüfen konnte (BGE 126 I 68 E. 2 S. 72 mit Hinweisen; ständige Rechtsprechung).

Die gewässerrechtliche Qualifikation eines Gerinnes stellt grundsätzlich eine Rechtsfrage dar, die vom Verwaltungsgericht frei geprüft werden konnte (vgl. Art. 61 Abs. 1 des St. Galler Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege vom 16. Mai 1965 [VRP/SG; sGS 951.1]).

Allerdings berief sich das Verwaltungsgericht einleitend (E. 4.2 in fine) auf das "technische Ermessen" der verfügenden Behörde: Dieser dürfe bei der Beurteilung von ausgesprochenen Fachfragen ein gewisser Ermessens- und Beurteilungsspielraum belassen werden, soweit sie die für den Entscheid wesentlichen Gesichtspunkte geprüft und die erforderlichen Abklärungen sorgfältig und umfassend durchgeführt habe. Dies entspricht grundsätzlich der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (vgl. BGE 136 I 184 E. 2.2.1; 131 II 680 E. 2.3.3; Urteil 2C 844/2018 vom 12. Juni 2020 E. 5.6.1; je mit Hinweisen). Allerdings führt die Anerkennung eines Beurteilungsspielraums bzw. eines "technischen Ermessens" zu einer Einschränkung der Kognition und kann daher der Heilung von Verfahrensmängeln im Beschwerdeverfahren entgegenstehen:

Die Rechtsmittelinstanz muss nicht nur über dieselbe Kognition verfügen wie die Vorinstanz, sondern muss diese auch tatsächlich ausschöpfen, d.h. sie darf sich keine irgendwie geartete Zurückhaltung auferlegen (BGE 116 Ia 94 E. 2c S. 97; LORENZ KNEUBÜHLER, Gehörsverletzung und Heilung, ZBl 3/1998 S. 103; PATRICK SUTTER, in: Auer/Müller/Schindler, Kommentar zum VwVG, 2008, Art. 29 N. 20). Eine Heilung ist daher nur möglich, wenn die Rechtsmittelinstanz im konkreten Fall auf eine Selbsteinschränkung verzichtet (Urteil 2A.315/2001 vom 26. November 2001 E. 2b mit Verweis auf MICHELE ALBERTINI, Der verfassungsmässige Anspruch auf rechtliches Gehör im Verwaltungsverfahren des modernen Staates, Bern 2000 S. 461; vgl. auch Urteil 1C 100/2011 vom 9. Dezember 2011 E. 4.2.1).

4.3.3. Im vorliegenden Fall auferlegte sich das Verwaltungsgericht Zurückhaltung bei der Beurteilung, ob das Bächlein trotz seiner geringen mittleren Ergiebigkeit von nur rund 1-3 l/s als öffentliches Gewässer i.S.v. Art. 2 Abs. 1 Ziff. 1 GNG/SG zu qualifizieren sei (vgl. E. 6.2 in fine), und berief sich in diesem Punkt auf das technische Ermessen der Vorinstanz. Dies schliesst nach dem oben Gesagten die Heilung der Gehörsverletzung aus. Da es sich insoweit um kantonales Recht handelt, dessen Auslegung und Anwendung das Bundesgericht nur unter Willkürgesichtspunkten überprüfen kann, kommt auch eine Heilung im bundesgerichtlichen Verfahren nicht in Betracht. Die Beschwerde ist daher in diesem Punkt gutzuheissen.

4.3.4. Dagegen spielte die mittlere Ergiebigkeit des Gewässers und das diesbezügliche "technische Ermessen" der Fachbehörden keine Rolle für die Beurteilung, ob es sich um ein oberirdisches Gewässer i.S.v. Art. 4 lit. a GSchG handelte (vgl. E. 4.3 des angefochtenen Entscheids). Das Verwaltungsgericht hat diese Frage somit frei

geprüft. Insoweit wurde der Mangel des rechtlichen Gehörs im verwaltungsgerichtlichen Verfahren geheilt. Im Übrigen handelt es sich dabei um eine bundesrechtliche Frage, die vom Bundesgericht frei überprüft werden kann (unten E. 6). Die Gehörsrüge ist daher mit Bezug auf die Qualifikation des Gerinnes als oberirdisches Gewässer im Sinne von Art. 4 lit. a GSchG unbegründet.

5.

Die Beschwerdeführerin rügt weiter eine Verletzung der Auflage-, Koordinations- und Planungspflicht. Sie ist der Auffassung, die Gewässerfeststellung sei rechtlich als Nutzungsplan zu qualifizieren, mit der Folge, dass ein Situationsplan unerlässlich gewesen sei und dieser nach Art. 33 Abs. 1 RPG öffentlich hätte aufgelegt werden müssen. Zudem hätte die Feststellungsverfügung mit der bundesrechtlich gebotenen Festlegung des Gewässerraums (gemäss Art. 36a GSchG und Art. 41a GSchV) koordiniert werden müssen.

5.1. Das Verwaltungsgericht ging davon aus, es handle sich nicht um einen Nutzungsplan, weshalb die dafür geltenden Bestimmungen des RPG nicht anwendbar seien. Auch gewässerrechtlich sei ein Planausschnitt nicht zwingend vorgeschrieben. Der Verlauf des Dietenackerbächleins sei im Sachverhalt der angefochtenen Verfügung mit dem Hinweis auf die Karte Gewässernetz 1:10'000 GN 10 Kt hinreichend klar dargestellt worden. Diese Karte sei im Geoportal leicht zugänglich. Eine Koordination mit der Festlegung des Gewässerraums (die nach Art. 90 Abs. 1 des Planungs- und Baugesetzes vom 5. Juli 2016 [PBG/SG; sGS 731.1] den Gemeinden obliege) sei nicht zwingend.

Diese Erwägungen sind nicht zu beanstanden:

5.2. Zwar weist die streitige Verfügung einen Konnex zum hängigen Hochwasserschutzprojekt auf; es handelt sich jedoch um eine eigenständige Verfügung (vgl. oben, E. 1.1). Diese stellt einzig fest, dass es sich um ein öffentliches Gewässer i.S.d. GNG/SG bzw. ein oberirdisches Gewässer i.S.d. GSchG handelt, d.h. sie beschränkt sich auf eine rechtliche Qualifikation. Die Verfügung enthält keine rechtsverbindliche Regelung der zulässigen Nutzung des Gebiets und stellt daher keinen Nutzungsplan dar (vgl. JEANNERAT/MOOR, in: Praxiskommentar RPG: Nutzungsplanung, 2016, Art. 14 N. 6-8).

Art. 33 Abs. 1 RPG ist daher nicht anwendbar. Das GSchG enthält keine analoge Regelung. Die Beschwerdeführerin legt auch nicht dar, inwiefern kantonales Recht einen Situationsplan und dessen öffentliche Auflagegebiete. Im Übrigen verweist die Feststellungsverfügung auf die Darstellung in der Gewässerkarte GN 10 im Geoportal. Auch wenn dieser per se kein verbindlicher Charakter zukommt, genügt sie grundsätzlich, um Klarheit über Anfang, Verlauf und Ende des Gewässers zu erlangen.

5.3. Gemäss Art. 36a Abs. 1 GSchG legen die Kantone nach Anhörung der betroffenen Kreise den Raumbedarf der oberirdischen Gewässer fest, der erforderlich ist für die Gewährleistung der natürlichen Funktionen der Gewässer, den Schutz vor Hochwasser und die Gewässernutzung. Dabei müssen sie die spezifischen Koordinationsvorschriften (vgl. Art. 36a Abs. 3 Satz 1 GSchG sowie Art. 46 Abs. 1 und 1bis GSchV) sowie die allgemeinen Koordinationsgrundsätze nach Artikel 2 und 25a RPG und Art. 3 Abs. 3 des Bundesgesetzes über den Wasserbau vom 21. Juni 1991 (WBG; SR 721.100) beachten (vgl. BPUK/LDK/BAFU/ARE/BLW [Hrsg.], Gewässerraum, Modulare Arbeitshilfe zur Festlegung und Nutzung des Gewässerraums in der Schweiz, Juni 2019, [nachfolgend: Arbeitshilfe Gewässerraum], Modul 2, Ziff. 3.2 S. 21; CHRISTOPH FRITZSCHE, in: Hettich/Jansen/Norer, Kommentar GSchG und WBG, 2016, Vorbem. zu Art. 36a-44 GSchG, N. 20-24).

Das Bundesgericht hat eine Pflicht zur Koordination der Gewässerraumfestsetzung mit der Renaturierungsplanung sowie der Richt- und Nutzungsplanung bejaht (in BGE 148 II 198 nicht publ. E. 7 und 9.4). Im Urteil 1C 67/2018 vom 4. März 2019 (E. 5.2, in: URP 2019 348) nahm es auch eine Pflicht zur Koordination einer Ausnahmegewilligung im übergangsrechtlichen Gewässerraum mit einem hängigen Hochwasserschutzprojekt an.

Die streitige Verfügung ist jedoch kein Nutzungsplan (vgl. oben E. 5.2) oder Sondernutzungsplan i.S.v. Art. 25a Abs. 4 RPG. Es werden weder Bauten oder Anlagen i.S.v. Art. 25a Abs. 1 RPG bewilligt, noch Massnahmen des Hochwasserschutzes i.S.v. Art. 3 Abs. 3 WBG oder des Gewässerschutzes i.S.v. Art. 46 Abs. 1 GSchV angeordnet, die eine Koordinationspflicht auslösen könnten. In dieser Situation verletzt es nicht Bundesrecht, wenn der Kanton darauf verzichtete, die streitige Verfügung mit der (kommunalen) Gewässerraumplanung zu

koordinieren, auch wenn die Frist für die Gewässerraumfestsetzung bereits Ende 2018 abgelaufen ist (vgl. Übergangsbestimmungen zur Änderung der GSchV vom 4. Mai 2011 Abs. 1).

6.

Materiell rügt die Beschwerdeführerin, zumindest oberhalb der Gründenstrasse liege kein oberirdisches Gewässer vor. Der Wasserfluss des Bächleins sei zu gering; zudem sei keine Quelle oder dergleichen festgestellt worden, die als Ursprung des Gewässers bezeichnet werden könnte. Die Geländevertiefung habe damit lediglich die Funktion einer natürlichen Meteorwasser- oder Oberflächenentwässerung für die angrenzenden Grundstücke Nrn. 21 und 22.

6.1. Das Baudepartement bejahte das Vorliegen eines oberirdischen Gewässers i.S.v. Art. 4 lit. a GSchG aus mehreren Gründen: Das Dietenackerbächlein flosse auf einer Länge von rund 420 m über mehrere Grundstücke in den Wiesenbach West und weise ein topographisches Einzugsgebiet von rund 4.6 ha auf. Es sei im Gelände als offener Graben sichtbar, die Linienführung des Gewässers folge (jedenfalls oberhalb der Gründenstrasse) der natürlichen Falllinie des Geländes. An mehreren Augenscheinen habe jeweils ein kleiner, aber stetiger Wasserfluss festgestellt werden können. Der offene Abschnitt weise an diversen Stellen eine Kiessohle auf; unter den Steinen hätten verschiedene wirbellose Lebewesen festgestellt werden können, was die ökologische Wertigkeit des Gewässers unterstreiche. Ebenso sei der gesamte offene Gewässerabschnitt mit typischer Gewässervegetation (Feuchtzeigern) bewachsen. Das Verwaltungsgericht bestätigte diese Einschätzung.

6.2. Art. 4 lit. a GSchG definiert oberirdische Gewässer als "Wasserbett mit Sohle und Böschung sowie die tierische und pflanzliche Besiedlung". Vorliegend ist im Grenzbereich der Parzellen Nrn. 21 und 22 eine Bodenvertiefung sichtbar, in der Wasser gesammelt und fortgeleitet wird, d.h. es handelt sich um ein Wasserbett. Der Gewässerbegriff geht nicht von einer gewissen Mindestlänge oder Mindestbreite aus. Auch kleine und sehr kleine Gewässer sind Gewässer i.S.v. Art. 2 GSchG bzw. oberirdische Gewässer i.S.v. Art. 4 lit. a GSchG (vgl. Urteile 1C 15/2019 vom 13. Dezember 2019 E. 5.3, nicht publ. in: BGE 146 II 134; 1C 553/2019 vom 17. Mai 2021 E. 3.1.2; FRITZSCHE, a.a.O., N. 11 zu Art. 36a GSchG), auch wenn für sie z.T. Ausnahmeregelungen gelten (z.B. Art. 41a Abs. 5 lit. d GSchV). Auch Wasserläufe mit nur zeitweiser Wasserführung können Gewässer in diesem Sinne sein (Urteil 1C 15/2019 vom 13. Dezember 2019 E. 5.2). Ausgenommen werden praxisgemäss einzig Gewässer, die nur bei ganz aussergewöhnlichen Witterungslagen auftreten (THURNHERR, a.a.O., N. 10 zu Art. 2 GSchG und N. 5 zu Art. 4 GSchG). Dies ist vorliegend nicht der Fall: Das Verwaltungsgericht hat einen kleinen, aber stetigen Wasserfluss festgestellt. Für ein Gewässer sprechen auch die gewässertypische Vegetation und Fauna (vgl. dazu HANS W. STUTZ, Anmerkung zum Entscheid des Verwaltungsgerichts St. Gallen vom 22. August 2019, in: URP 2020, S. 673).

6.3. Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin spielt es für die Qualifikation als oberirdisches Gewässer grundsätzlich keine Rolle, wie das Wasser ins Wasserbett gelangt (unmittelbar von der Erdoberfläche oder erst nach Versickern) und welche Eigenschaft es vor dem Eintritt in das Wasserbett aufweist (z.B. Grund-, Regen- oder Quellwasser) (vgl. THURNHERR, a.a.O., N. 3 zu Art. 4 GSchG).

Ein (oberirdisches) Gewässer wäre nur zu verneinen, wenn es sich um Wasser handeln würde, das aus dem natürlichen Wasserkreislauf ausgeschieden und von ihm abgesondert wird, wie das z.B. bei Abwässern der Fall ist, die in Kanalisationen und Kläranlagen geleitet werden (BGE 120 IV 300 E. 3a S. 307; 107 IV 63 E. 2; Urteil 1C 553/2019 vom 17. Mai 2021 E. 3.1.2). Dafür gibt es vorliegend keine Anhaltspunkte: Das Wasser fliesst dem Dietenackerbächlein von oben, aus seinem natürlichen Einzugsgebiet, zu (vgl. zu diesem Kriterium STUTZ, a.a.O., S. 676 f.) und aus diesem in den Wiesenbach. Es wird damit dem natürlichen Wasserkreislauf nicht entzogen. Dies gilt unabhängig davon, ob es sich um Regen- und Oberflächenwasser handelt, das oberhalb der Alleestrasse in einer Drainageleitung gesammelt wurde, oder z.B. um Wasser aus einem Brunnenüberlauf, das für die Wasserversorgung nicht benötigt und daher dem natürlichen Wasserkreislauf belassen bzw. zurückgegeben wird.

Die Vorinstanzen waren daher nicht verpflichtet, Abklärungen zur Herkunft des in den offenen Graben einlaufenden Wassers vorzunehmen.

6.4. Der Qualifikation als oberirdisches Gewässer steht nicht entgegen, dass das Dietenackerbächlein auch der

Entwässerung der Parzellen Nrn. 21 und 22 dient. Es ist im Gegenteil charakteristisch für ein Fliessgewässer, dass es als Vorfluter für sein Einzugsgebiet dient. Die Sicherstellung der Entwässerung gehört zu den natürlichen Gewässerfunktionen (vgl. FRITZSCHE, a.a.O., N. 15 zu Art. 36a GSchG), deren Schutz das GSchG dient.

6.5. Nach dem Gesagten wurde das Gerinne zu Recht als oberirdisches Gewässer i.S.d. GSchG qualifiziert.

7.

Die Beschwerde ist daher teilweise gutzuheissen: Der angefochtene Entscheid und die Verfügung des Baudepartements sind wegen Verletzung des rechtlichen Gehörs aufzuheben, soweit darin festgestellt wird, das Dietenackerbächlein sei ein öffentliches Gewässer im Sinne von Art. 2 Abs. 1 Ziff. 1 GNG/SG (vgl. oben, E. 4.3.1). Dagegen ist die Beschwerde abzuweisen, soweit sie sich gegen die Feststellung eines oberirdischen Gewässers im Sinne von Art. 4 lit. a GSchG richtet.

Im Umfang der Gutheissung ist die Sache an das Baudepartement zurückzuweisen. Es ist diesem überlassen, ob es das Verfahren fortsetzen und erneut (unter Berücksichtigung der Stellungnahmen der Beschwerdeführerin) über die Qualifikation als öffentliches Gewässer im Sinne von Art. 2 Abs. 1 Ziff. 1 GNG/SG entscheiden will, oder ob es darauf verzichtet, weil diese Qualifikation für den Gewässer- und Hochwasserschutz keine Rolle spielt (vgl. STUTZ, a.a.O., S. 669 f.).

8.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens obsiegt die Beschwerdeführerin teilweise. Im bundesgerichtlichen Verfahren sind ihr daher die Gerichtskosten zur Hälfte aufzuerlegen und eine reduzierte Parteientschädigung zuzusprechen (Art. 66 und 68 BGG). Die übrigen Gerichtskosten sind auf die Bundesgerichtskasse zu nehmen (Art. 66 Abs. 4 BGG).

Die Kosten und Entschädigungen des vorinstanzlichen Verfahrens sind neu zu verlegen (Art. 67 und Art. 68 Abs. 5 BGG). In diesem Zusammenhang ist zu berücksichtigen, dass die Beschwerdeführerin, auch soweit sie vor Bundesgericht unterliegt, vor Verwaltungsgericht Anlass zur Beschwerdeführung hatte: Die Verletzung des rechtlichen Gehörs (im Zusammenhang mit der Qualifikation als oberirdisches Gewässer i.S.v. Art. 4 lit. a GSchG) wurde erst vor Verwaltungsgericht geheilt. Dies rechtfertigt es, ihr im vorinstanzlichen Verfahren keine amtlichen Kosten aufzuerlegen und ihr eine Parteientschädigung zuzusprechen (vgl. z.B. Urteil 1C 4/2012 vom 19. April 2012 E. 8 und KNEUBÜHLER, a.a.O., S. 118 f.). Auf einen Kostenanteil des Gemeinwesens (Kanton St. Gallen) ist gemäss Art. 95 Abs. 3 VRP/SG zu verzichten.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Beschwerde wird teilweise gutgeheissen. Der Entscheid des Verwaltungsgerichts St. Gallen, Abteilung I, vom 8. Juli 2021 und die Verfügung des Baudepartements des Kantons St. Gallen vom 8. Mai 2020 werden aufgehoben, soweit darin festgestellt wird, das Dietenackerbächlein sei ein öffentliches Gewässer im Sinne von Art. 2 Abs. 1 Ziff. 1 GNG/SG. Die Sache wird insoweit an das Baudepartement zurückgewiesen.

Im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen.

2.

Die bundesgerichtlichen Kosten von Fr. 4'000.– werden der Beschwerdeführerin zur Hälfte auferlegt (ausmachend Fr. 2'000.–) und im Übrigen auf die Gerichtskasse genommen. Für das verwaltungsgerichtliche Verfahren sind keine amtlichen Kosten zu erheben.

3.

Der Kanton St. Gallen (Baudepartement) hat die Beschwerdeführerin für das bundesgerichtliche und für das verwaltungsgerichtliche Verfahren mit insgesamt Fr. 6'000.– zu entschädigen.

4.

Dieses Urteil wird der Beschwerdeführerin, der Politischen Gemeinde Gaiserwald, dem Baudepartement und dem Verwaltungsgericht des Kantons St. Gallen, Abteilung I, sowie dem Bundesamt für Umwelt (BAFU) schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 15. November 2022

Im Namen der I. öffentlich-rechtlichen Abteilung  
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: Kneubühler

Die Gerichtsschreiberin: Gerber