

Absicht, von ihrer Praxis abzuweichen äussere, nehme das Bundesgericht an, dass der Gemeinderat auf Grund der bundesgerichtlichen Erwägungen zu einer gesetzeskonformen Praxis übergehen werde. Nachdem dem Gemeinderat seine unrichtige Rechtsauffassung von der Vorinstanz dargelegt worden sei und er vom BVU als Aufsichtsbehörde aufgefordert worden sei, das kantonale Recht zukünftig anzuwenden, müsse davon ausgegangen werden, dass eine Praxisänderung stattfinden werde bzw. müsse. In der Beschwerdeantwort äusserte sich der Gemeinderat zu diesen Vorbringen nicht. Er verwies lediglich auf zwei Baubewilligungen, in welchen Einfamilienhäuser mit vergrössertem Dachvorsprung bewilligt worden seien (Beschwerdeantwort Gemeinderat). Damit hat er zwar seine allfällige (gesetzwidrige) Praxis erneut untermauert, sich jedoch nicht zur Frage geäußert, ob er an seiner (ihm aufgrund des vorinstanzlichen Entscheids mittlerweile klar bekannten) gesetzwidrigen Praxis festzuhalten gedenke. Mangels einer gegenteiligen Äusserung des Gemeinderats muss deshalb davon ausgegangen werden, dass er aufgrund der Feststellung im vorinstanzlichen Entscheid, wonach eine gesetzwidrige Praxis vorliege, und der ausdrücklichen Anweisung durch die Vorinstanz (und Aufsichtsbehörde), von dieser rechtswidrigen Praxis zukünftig Abstand zu nehmen, zu einer gesetzmässigen Praxis übergehen wird.

Das Erfordernis, dass der Gemeinderat es ablehnt, seine gesetzwidrige Praxis aufzugeben, kann somit nicht als erfüllt betrachtet werden.

**29 Eigentum an einer Brücke des Kantonalen Wanderwegnetzes; Zuständigkeit für den Unterhalt.**

- **Brücken sind Bauten einer bewilligungspflichtigen Nutzung eines Gewässers und damit Eigentum des Strasseneigentümers.**
- **Der Kanton hat nur jene Wanderwege des kantonalen Wanderwegnetzes zu unterhalten, die keinem anderen Zweck dienen bzw. denen keine andere (Erschliessungs-) Funktion zukommt.**

Urteil des Verwaltungsgerichts, 4. Kammer, vom 23. Juni 2010 in Sachen Einwohnergemeinde A. und Ortsbürgergemeinde A. gegen Kanton Aargau (WKL.2008.4).

### *Aus den Erwägungen*

2.

2.1.

Nach Darstellung der Klägerinnen ist der Weg und die Brücke Bestandteil des Kantonalen Wanderwegnetzes, nach Auffassung der Beklagten gehören sie zu einer Gemeindestrasse. Beide Parteien gehen damit davon aus, dass der Weg und die Brücke allen Bürgern zur bestimmungsmässigen Benutzung offen stehen. Es handelt sich somit um Sachen im Gemeingebrauch und im Verwaltungsvermögen, mithin um öffentliche Sachen (Ulrich Häfelin / Georg Müller / Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Auflage, Zürich 2006, Rz. 2365 ff.). Öffentliche Sachen stehen unter kantonomaler Hoheit (Art. 664 Abs. 1 ZGB). Aufgrund dieser Hoheit an öffentlichen Sachen fällt die Rechtszuständigkeit einschliesslich der Gesetzgebungskompetenz umfassend den Kantonen zu (Art. 664 Abs. 3 ZGB; Heinz Rey, Basler Kommentar zum ZGB, 3. Auflage, Basel 2007, Art. 664 N 2). Gemäss § 82 Abs. 3 EG ZGB sind die Normen des öffentlichen Rechts, insbesondere in den Gesetzen und Erlassen über das Strassenwesen, die Gewässer, die Wasserwerke, die Fischerei und die öffentlichen Anlagen massgebend. Die öffentlichen Sachen im Gemeingebrauch sind gemäss § 82 Abs. 1 EG ZGB entweder Eigentum des Staates oder Eigentum der Gemeinden. Die (sachenrechtliche) Eigentumszuständigkeit hat neben der kantonomalen Hoheit keine selbstständige Bedeutung, weshalb sich die Unterhalts- und Instandstellungspflicht für öffentliche Sachen primär aus dem kantonomalen öffentlichen Recht ergibt, nicht aus den sachenrechtlichen Bestimmungen (Arthur Meier-Hayoz, Berner Kommentar, Band IV, Bern 1964, Art. 664 N 59 f.; Rey, a.a.O., Art. 664 N 29 und 30). Diese Ordnung schliesst nicht aus, dass das kantonomale öffentliche Recht auf das Eigentum abstellt, wie dies u.a. in § 11 der Verordnung

über Fuss- und Wanderwege vom 3. April 1989 (VVFVG; SAR 759.111) vorgesehen ist. Massgebend bleibt jedoch stets das kantonale öffentliche Recht.

## 2.2.

Das Bundesgesetz über Fuss- und Wanderwege vom 4. Oktober 1985 (FWG; SR 704) will die Planung, Anlage und Erhaltung eines zusammenhängenden Fuss- und Wanderwegnetzes sicherstellen. Die Kantone haben dafür zu sorgen, dass bestehende und vorgesehene Fuss- und Wanderwegnetze in Plänen festgehalten und mit denjenigen der Nachbarkantone koordiniert und dass Fuss- und Wanderwege angelegt, unterhalten und gekennzeichnet werden (Art. 4 ff. FWG). Fusswegnetze im Sinn des FWG sind Verkehrsverbindungen für die Fussgänger, die in der Regel im Siedlungsgebiet liegen (Art. 2 Abs. 1 FWG); Wanderwegnetze dienen vorwiegend der Erholung und liegen in der Regel ausserhalb des Siedlungsgebiets (Art. 3 Abs. 1 FWG). Fusswegnetze wie auch schwach befahrene Strassen können als Verbindungsstücke zwischen den Wanderwegen ausserhalb des Siedlungsgebiets dienen (Art. 3 Abs. 2 FWG). Die bundesrechtliche Regelung geht mithin davon aus, dass Wanderwege zwar durchgängig vernetzt sind, die Vernetzung innerhalb des Siedlungsgebiets aber auch durch Fusswegnetze und schwach befahrene Strassen erfolgen kann und nicht notwendigerweise durch einen Wanderweg im Sinn von Art. 3 Abs. 1 FWG sichergestellt werden muss. Daraus folgt, dass allein die Qualifikation als "Wanderweg" noch nichts darüber aussagt, ob es sich um einen Wanderweg im Sinn von Art. 3 Abs. 1 FWG oder um Verbindungsstücke im Sinn von Art. 3 Abs. 2 FWG, die aus Fusswegnetzen und schwach befahrenen Strassen bestehen und Wanderwege verbinden, handelt. Das FWG nimmt aber keine trennscharfe Definition von Fuss- und Wanderwegen vor, sondern überlässt dies im Grundsatz den Kantonen (Botschaft zu einem Bundesgesetz über Fuss- und Wanderwege [FWG] vom 26. September 1983 [BB1 1983 IV 1; Nr. 83.070]). Danach stellen Fusswegnetze "im Allgemeinen" im Siedlungsgebiet die Verkehrsverbindungen für die Fussgänger sicher; als Beispiele können, so die Botschaft, die Schulwege oder die Wege zu den Arbeitsplätzen und zu den Haltestellen des öffentlichen Verkehrs erwähnt werden. Wanderwegnetze

hingegen sollen laut Botschaft vor allem von den Erholungssuchenden benützt werden; ihnen sind ausser den eigentlichen Wanderwegen auch die Spazierwege zuzuordnen; in der Regel liegen die Wander- und Spazierwege ausserhalb des Siedlungsgebietes (Botschaft, S. 4).

Das Fuss- und Wanderweggesetz ist ein Rahmengesetz, welches hinsichtlich Planung und Bau, wie auch beim Unterhalt von Fuss- und Wanderwegen Ziele festlegt (BGE 129 I 337 Erw. 1.2 = Die Praxis 93 (2004) Nr. 79). Entsprechend der eingeschränkten verfassungsrechtlichen Grundlage in Art. 88 Abs. 1 BV greift das Bundesrecht nicht in die Strassenhoheit und Gesetzgebungskompetenz der Kantone für öffentliche Sachen ein (Martin Lendi, Die Schweizerische Bundesverfassung, 2. Auflage, St. Gallen 2008, Art. 88 Rz. 8). Die Regelung der (innerkantonalen) Zuständigkeiten zur Planung, zum Bau und zum Unterhalt wie auch zur Signalisation und Markierung der Fuss- und Wanderwege und deren Verhältnis zum Grundeigentum ist Sache des kantonalen Rechts.

Die Kantone sind im Rahmen der bundesrechtlichen Zielvorgaben frei, die Zuständigkeiten und die Massnahmen zur Planung (Art. 4 FWG), zur Anlage und Erhaltung (Art. 6 FWG) und zum Ersatz aufgehobener Fuss- und Wanderwege selbstständig zu regeln. Das FWG enthält mithin keine von der kantonalen Normsetzungskompetenz gemäss Art. 664 ZGB abweichende öffentlichrechtlichen Bestimmungen.

### 2.3.

Zur Umsetzung der bundesrechtlichen Zielvorgaben des FWG erliess der Regierungsrat die Verordnung über Fuss- und Wanderwege (VFWG). Diese Verordnung erging zudem gestützt auf die Delegationsnorm in § 227 aBauG, welches bis 31. März 1994 [AGS Band 14, S. 454] in Kraft war.

Die bundesrechtliche Planungspflicht in Art. 4 FWG wird für die Wanderwege in der Richtplanung erfüllt, indem der Grosse Rat das Wanderwegnetz festsetzt und nachführt (vgl. § 85 BauG und § 10 VFWG; vgl. Beschlüsse zum Wanderwegnetz V/2.4 [Richtplantext S. 63]). Zuständig für die Planung des Fusswegnetzes sind die Gemeinden (§ 9 VFWG). In § 9 Abs. 3 VFWG ist vorgesehen, dass

ein Verzeichnis der bestehenden und geplanten Fusswegnetze vom BVU geführt wird. Ein solches Verzeichnis wurde indessen nie erstellt oder wird nicht mehr nachgeführt. Jedenfalls ist es bei den Kantonalen Behörden unbekannt. Der Unterhalt der Fuss- und Wanderwege ist in § 11 VVFWG wie folgt geregelt:

" 1.

Der Unterhalt von Fusswegen, die keinem anderen Zweck dienen, ist Sache der Gemeinden; derjenige von Wanderwegen ist Sache des Kantons.

2.

Der Unterhalt von Wegen und Strassen, die als Fuss- und Wanderwege mitbenutzt werden, ist Sache der Eigentümer.

3.

An den Ausbau und Unterhalt von Privatwegen, die als Fuss- oder Wanderwege mitbenutzt werden und für Ersatzmassnahmen können Beiträge geleistet werden. Zuständig für die Fusswege ist der Gemeinderat, für die Wanderwege das Departement Bau, Verkehr und Umwelt."

Die Zuständigkeit für den Unterhalt von Fuss- und Wanderwegen folgt damit einer Dreiteilung. Je nach Zweckbestimmung und Benutzung der betroffenen öffentlichen Strassen trifft die Unterhaltspflicht die Gemeinden, den Kanton oder Private. Wie bereits erwähnt, sind für die Zuordnung der Strassen die Gesetze und Erlasse über das Strassenwesen (siehe vorne Erw. 2.1) und damit das Baugesetz massgebend. Die Baugesetz-Revision vom 10. März 2009, in Kraft seit 1. Januar 2010 (AGS 2009, S. 237), gelangt vorliegend nicht zur Anwendung.

2.4.

Im kantonalen Baugesetz wird wie folgt normiert: Öffentliche Strassen sind alle dem Gemeingebrauch offenstehenden Strassen, Wege und Plätze mit ihren Bestandteilen (§ 80 BauG); dabei dienen Kantonsstrassen der Verbindung von Kantonsteilen untereinander, mit anderen Kantonen und mit dem Ausland, Gemeindestrassen hingegen dem Verkehr innerhalb der Gemeinde oder dem Anschluss an Kantonsstrassen (§ 83 Abs. 1 und § 84 Abs. 1 BauG). Fuss- und Radwege gelten als Gemeindestrassen, wenn sie nicht Bestandteile von

Kantonsstrassen oder von dem Gemeingebruch zugänglichen Privatstrassen sind (§ 84 Abs. 2 BauG). Wanderwege werden nicht näher definiert und eine Abgrenzung zwischen Fuss- und Wanderweg fehlt.

Zuständig für den Bau der kantonalen Radrouten und Wanderwege ist der Kanton (§ 86 Abs. 1 lit. a BauG); für die Finanzierung gelten § 87 Abs. 2 und Abs. 3 BauG. Für Gemeindestrassen gehen die Kosten für Bau, Erneuerung zu Lasten der Gemeinde, wobei der Kanton Beiträge leistet "wenn eine Gemeindestrasse Bestandteile von Kantonsstrassen ersetzt". Bau, Erneuerung und Änderung von Wanderwegen finanziert der Kanton nur, "wenn sie nicht Bestandteil von Gemeindestrassen oder von dem Gemeingebruch zugänglichen Privatstrassen sind". Für den Unterhalt der öffentlichen Strassen sind die §§ 97 ff. BauG grundlegend. Die Unterhaltungspflicht obliegt dem Strasseneigentümer (§ 99 Abs. 1 BauG). Der Unterhalt von Wanderwegen, "die nicht Bestandteil von Gemeindestrassen sind (...) ist Sache des Kantons" (§ 99 Abs. 3 BauG).

Weitere Bestimmungen über die Finanzierung und Kostenverteilung der öffentlichen Strassen enthalten das Gesetz über die National- und Kantonsstrassen und ihre Finanzierung vom 17. März 1969 (Strassengesetz, StrG [SAR 751.100]; in der Fassung gemäss Gesetz vom 5. September 2000) und das Dekret über den Bau, den Unterhalt und die Kostenverteilung bei Kantonsstrassen vom 20. Oktober 1971 (Kantonsstrassendekret; SAR 751.120). In § 87 Abs. 1 BauG wird auf diese Erlasse verwiesen. Für die Finanzierung der Erneuerung und den Unterhalt von Wanderwegen relevant sind § 2 StrG, wonach der Kanton die Kantonsstrassen unterhält, und § 7 lit. c StrG, der zulasten der Strassenrechnung Beiträge an Wanderwege vorsieht. Der Unterhalt der Kantonsstrassen geht zulasten des Kantons soweit er verpflichtet ist (§ 12 Kantonsstrassendekret). Beim baulichen Unterhalt sind Sonderfälle zu § 99 BauG vorgesehen, allerdings ohne dass die Wanderwege aufgeführt werden (vgl. § 20 und 21 Kantonsstrassendekret).

## 3.

## 3.1.

Das Eigentum an den öffentlichen Strassen erstreckt sich auf alle Bauten und Vorrichtungen insbesondere auch auf Brücken (vgl. § 80 Abs. 2 und § 81 Abs. 2 BauG; vgl. Erich Zimmerlin, Baugesetz des Kantons Aargau, 2. Auflage, Aarau 1985, § 20 N 1 und § 11 N 5). Dass im vorliegenden Fall der Regierungsrat gestützt auf § 81 Abs. 3 BauG eine Sonderregelung getroffen hätte, machen die Kläger nicht geltend.

Bei Brücken handelt es sich stets um eine bewilligungspflichtige Nutzung eines Gewässers und damit um eine Baute, die nicht dem Gewässer- sondern dem Strassen- oder Wegeigentümer zuzurechnen ist (§ 116 Abs. 2 BauG). Die Eigentumsverhältnisse am Gewässer sind daher für die umstrittene Unterhalts- oder Erneuerungspflicht der S.-brücke irrelevant (vgl. hierzu AGVE 1984, S. 292 ff. zur gleichlautenden Regelung unter dem alten Baugesetz).

## 3.2.

Die Finanzierungslast für den Unterhalt und die Erneuerung öffentlicher Strassen folgt der Strassenhoheit und der Einteilung der Strassen. Als Grundsatz gilt, dass für Kantonsstrassen die Strassenbaulast und die Unterhaltungspflicht beim Kanton und für die Gemeindestrassen bei der Gemeinde liegen. Wanderwege, auch wenn sie im kantonalen Wanderwegnetz festgesetzt sind, sind keine Kantonsstrassen. Auch mit der Festsetzung des Wanderwegnetzes in der Richtplanung werden sie nicht zu Kantonsstrassen. Die Festsetzung in der Richtplanung kann auch keine neuen Verbindlichkeiten des Gemeinwesens begründen, welche ihre Grundlage nicht schon in einem Sachgesetz haben. Die Aufnahme in den Richtplan hat keinen Rechtssatzcharakter. Sie ist vielmehr ein behördenverbindlicher Interessennachweis für die (nachfolgende) Nutzungsplanung (vgl. hierzu AGVE 1999, S. 122 ff.).

Das Kantonale Wanderwegnetz überlagert daher Kantons-, Gemeindestrassen oder evtl. dem Gemeingebrauch gewidmete Privatstrassen.

## 3.3.

Im Hinblick auf das Legalitätsprinzip, welches für das ganze Verwaltungshandeln mit Einschluss der Leistungsverwaltung gilt (BGE 128 I 113 Erw. 3c mit Hinweisen), und im Lichte der kantonalen Bestimmungen zur Strassenbaulast ist vorliegend daher entscheidend, ob der A.-weg über die S.-brücke nebst seiner Funktion als Wanderweg auch Bestandteil einer Gemeindestrasse (§ 99 Abs. 3 BauG) ist. Die Verordnungsbestimmungen in § 11 Abs. 1 und 2 VVFWG können nur so verstanden werden, dass der Unterhalt von Wegen und Strassen, die als Wanderwege mitbenutzt werden, Sache der *Strasseneigentümer* ist, während der Unterhalt von Wanderwegen, *welche keinem andern Zwecke dienen*, eine Kantonsaufgabe darstellt. Der Kanton hat daher nur jene Wanderwege zu unterhalten, die keinem anderen Zweck dienen bzw. denen keine andere (Erschliessungs-) Funktion zukommt.

Entgegen der Auffassung der Klägerinnen hat das Baugesetz 1993 an der materiellen Regelung hinsichtlich der Wanderwege im alten Baugesetz nichts geändert (vgl. Botschaft des Regierungsrats vom 21. Mai 1990, S. 39; mit dem ausdrücklichen Vermerk "sanfte Renovation" und dem Hinweis auf den Wortlaut von § 16 Abs. 3 aBauG). Die Bestimmungen des Baugesetzes des Kantons Aargau vom 2. Februar 1971 sind auch darum besonders relevant, weil die VVFWG mit Inkrafttreten des Baugesetzes 1993 unverändert blieb und das aBauG daher für die Auslegung von § 11 VVFWG wertvoll bleibt. Der bereits erwähnte § 16 Abs. 3 aBauG bestimmte ausdrücklich, dass Wanderwege besonders markierte Fusswege sind und die Wanderwegmarkierung an der Strasseneinteilung nichts änderte (vgl. Zimmerlin a.a.O., § 16 N 4; Walter Müller, Die öffentliche Strasse und ihre Benutzung nach aargauischem Verwaltungsrecht unter besonderer Berücksichtigung des neuen Baugesetzes, Diss. Fribourg 1973, S. 40). Aus dem systematischen Zusammenhang zum (alten) Baugesetz folgte insbesondere, dass die VVFWG die Unterhaltspflicht bzw. die Strassenbaupflicht nicht selbstständig und abschliessend regelt, sondern die §§ 11 Abs. 1 und 2 so zu verstehen sind, dass die Strassenbaulast und Unterhaltspflicht den Kanton nur trifft, wenn Wanderwege nicht Bestandteil von Gemeindestrassen inkl. Fuss- und



Radwege sind (§ 84 Abs. 2 BauG). Aus den erwähnten Bestimmungen folgt schliesslich im Grundsatz, dass die Finanzierungslast den Kanton nur dort trifft, wo keine andere Strassenhoheit in Frage steht.

4.

4.1. (...)

4.2.

(...)

Aus dem Funktionsansatz lässt sich die Zuteilung des Weges nicht ausschliesslich und abschliessend bestimmen. Die Gemeinden haben es auch nicht in der Hand, durch blosse "Funktionserklärungen" über die Strassenhoheit und damit über Kostentragung zu bestimmen.

4.3.

(...)

Die tatsächliche Benutzung spricht daher für die kommunale Strassenhoheit. Der Weg dient, wenn nicht gar mehrheitlich, so jedenfalls in erheblichem Masse dem Freizeitanspruch der A. Bevölkerung und hat als Strasse den Charakter einer typisch städtischen Naherholungsverbindung. Dieser Funktion entspricht auch die Behandlung des A.-wegs in der Planung der Stadt A.. Im Schlussbericht zum Fusswegkonzept A. vom Februar 1999 wird der A.-weg als wichtiger bestehender Fussweg mit Anschluss an das überregionale Wanderwegnetz kartiert. Im Umsetzungsprogramm betrifft der Handlungsbereich 4 den A.-raum, wo erste Teilprojekte realisiert werden. Der Verkehrsrichtplan des Stadtrats A. vom 24. Oktober 2005 behandelt unter dem System "Grünräume und Wald" auch den A.-raum mit dem Hinweis, dass diese Gebiete bereits ein eigenes konsistentes Wegnetz aufweisen und nur bescheidener Ergänzungen bedürfe. Wichtig sei die Erreichbarkeit dieses Gebiets, wobei die Übereinstimmung mit dem kantonalen Wanderwegnetz zu berücksichtigen ist. Die übergeordneten Festlegungen im kommunalen Richtplan führen - wie bereits erwähnt - nicht dazu, dass die Fusswegverbindungen unter Gemeindehoheit aufgehoben wären (siehe vorne Erw. 3.2). Die Verkehrsrichtpläne "Fussverkehr" und "Veloverkehr" vom 10. Oktober 2005 zeigen allenfalls auf, dass der A.-weg ganz bzw.

teilweise (Velo) kommunalen Interessen dient und kommunale Funktionen erfüllt.

Daraus folgt, dass der A.-weg nicht nur Wanderweg ist, sondern auch kommunalen Zwecken dient, weshalb die Erneuerungs- und Unterhaltungspflicht für Weg und Brücke bei den Klägerinnen liegt und das Klagebegehren in Ziffer 1 hinsichtlich der S.-brücke abzuweisen ist.

**30 Erleichterte Ausnahmegewilligung im Unterabstand von Strassen (§ 67a BauG).**

**Begriff der untergeordneten Baute; Anwendungsfall einer Beton- bzw. Blocksteinmauer.**

Urteil des Verwaltungsgerichts, 3. Kammer, vom 19. August 2010 in Sachen X. und Y. (WBE.2009.407).

*Aus den Erwägungen*

1.

Gegenstand des vorliegenden Beschwerdeverfahrens bilden die von den Beschwerdeführern auf der Parzelle Nr. (...) in Abweichung von der ursprünglichen Baubewilligung vom 2. Juli 2007 erstellte Beton- und Blocksteinmauer entlang des A.-wegs. Die streitbetroffenen Bauten werden im vorinstanzlichen Entscheid wie folgt beschrieben:

"Die Betonmauer verläuft parallel entlang des A.-wegs zwischen der Nordwest- und Südwestecke des Gebäudes auf einer Länge von 10.5 m, weist eine Höhe bis zu 1.95 m und eine Breite von 20 cm auf. Der Zwischenraum zwischen der Betonmauer und der Garagenmauer weist im Bereich der Betonmauerkrone einen "Pflanztrog" mit einer Thujahecke auf. Die Betonmauer steht unmittelbar neben dem Fahrbahnrand des A.-wegs. An die Betonmauer schliesst eine Blocksteinmauer aus Granitblöcken an, die in zwei Reihen bündig aufeinander geschichtet sind und bis an die östliche Parzellengrenze verläuft".