



Obergericht Appenzell Ausserrhoden
4. Abteilung

Urteil vom 4. Juli 2024

Mitwirkende	Obergerichtsvizepräsident M. Hüsser Oberrichterinnen D. Cadosch Autolitano, M. Gasser Aebischer Oberrichter E. Graf, P. Louis Obergerichtsschreiber D. Hofmann
Verfahren Nr.	O4V 23 21
Ort des Entscheids	Trogen
Beschwerdeführer 1	A.
Beschwerdeführerin 2	Erbengemeinschaft B. , bestehend aus den Eltern C. und D. alle vertreten durch: RA CD.
Vorinstanz	Regierungsrat Appenzell Ausserrhoden , Regierungsgebäude, 9100 Herisau vertreten durch: Departement Bau und Volkswirtschaft, Kasernenstrasse 17a, 9102 Herisau
Verfügende Behörde	Gemeinderat H. vertreten durch: RA HH.
Gegenstand	Aufhebung öffentlicher Fussweg Beschwerde gegen den Rekursentscheid des Regierungsrats vom 5. September 2023

Rechtsbegehren

a) der Beschwerdeführer:

1. Die Beschwerde sei gutzuheissen.
2. Der Entscheid vom 5. September 2023 der Rekursinstanz sei aufzuheben.
3. Der Entscheid vom 30. Januar 2023 der Vorinstanz sei aufzuheben.
4. Der öffentliche Fussweg zwischen F.- und G. sei aufzuheben.
5. Eventualiter zu Ziff. 4 sei die Vorinstanz anzuweisen, den öffentlichen Fussweg zwischen F.- und G. aufzuheben.
6. Der Fussweg zwischen F.- und G. sei aus dem kommunalen Richtplan zu streichen.
7. Eventualiter zu Ziff. 6 sei die Vorinstanz anzuweisen, den Fussweg zwischen F.- und G. aus dem kommunalen Richtplan zu streichen.
8. Subeventualiter sei die Sache zur Neubeurteilung an die Rekurs- oder Vorinstanz zurückzuweisen.
9. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge (zzgl. Barauslagen und MwSt.).

b) der Vorinstanz:

1. Die Beschwerde sei abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann.
2. Unter Kostenfolge zulasten der Beschwerdeführer.

c) der verfügenden Behörde:

Die Beschwerde sei unter Kostenfolge abzuweisen, sofern darauf einzutreten ist.

Sachverhalt

- A. A. ist Grundeigentümer der Parzelle Nr. xxxx, Gemeinde H., mit dem Wohnhaus Assekuranz Nr. yxxx. Die Erbengemeinschaft B., bestehend aus den Eltern C. und D., ist Grundeigentümerin der westlich angrenzenden Parzelle Nr. xxxy mit dem Wohnhaus Assek. Nr. xyxy. Entlang der nördlichen Grenze der Parzellen Nrn. xxxx und xxxy verläuft ein befestigter Fussweg, welcher die G. hangabwärts mit der F. verbindet. Auf dieser Wegverbindung ist im Grundbuch der Gemeinde H. ein öffentliches Fusswegrecht angemerkt (act. 2.4), welches auf einer Rechtsverschreibung aus dem Jahr 1914 basiert (act. 2.3).

Auszug aus dem Geoportal GIS AR, Amtliche Vermessung, Juli 2024, gelb ist der bestehende Fussweg, rot die Parzelle Nr. xxxx markiert.

[Grafik]

Der öffentliche Fussweg ist nicht im Strassenverzeichnis der Gemeinde H. klassiert. Er diente ursprünglich als Schulweg zwischen dem inzwischen aufgehobenen Schulhaus I. und der K. und führte durch weitgehend unüberbautes Wiesland.

Auszug aus dem Geoportal GIS AR, Luftbild swisstopo 1946, der grüne Pfeil markiert das heutige Gebäude Assek. Nr. xyx/yyxx an der J., der blaue Pfeil den ehemaligen Schulweg, der orange Pfeil die K..

[Grafik]

Der Fussweg bildet nicht Bestandteil des Wanderwegnetzes. Der ursprüngliche Weg war jedoch im kommunalen Richtplan Fusswegnetz vom 3. Januar 1995 (act. 9.5.1) als bestehender Fussweg aufgeführt. Im Jahr 1978 wurde das Teilstück zwischen der J. und der neu erstellten K. auf Antrag der betroffenen Grundeigentümer aufgehoben (act. 2.5).

In den Jahren 2020/2021 wurde die F., welche zuvor bei der Parzelle Nr. xxxx endete, bis zur J. verlängert und ein Fussweg erstellt, welcher das neue Teilstück der F. hangabwärts mit der K. verbindet. Im Weiteren wurde zwischenzeitlich ein weiterer Fussweg zwischen dem L. und dem neuen Teilstück der F. realisiert, auf welchem ebenfalls ein öffentlich-rechtliches Fusswegrecht angemerkt ist.

Auszug aus dem Geoportal GIS AR, Orthofoto 2019, der grüne Pfeil markiert das Gebäude Assek. Nr. xyx/yyxx, der blaue Pfeil den ehemaligen Fussweg.

[Grafik]

Auszug aus dem Geoportal GIS AR, Orthofoto 2022; der blaue Pfeil markiert die neue Fusswegverbindung zwischen dem L. und der F., der gelbe Pfeil den neuen Fussweg zwischen der F. und der K., der grüne Pfeil den strittigen Fussweg.

[Grafik]

- B. Mit Eingabe vom 24. Oktober 2022 (act. 9.1.1) beantragten A. und B. beim Gemeinderat H., den öffentlichen Fussweg aufzuheben und im Rahmen der laufenden Überarbeitung des kommunalen Richtplans den Fussweg zu streichen.

- C. Mit Entscheid vom 30. Januar 2023 (act. 9.1.4) wies der Gemeinderat H. das Gesuch ab.
- D. Dagegen liessen A. und B., beide vertreten durch RA CD., mit Eingabe vom 17. Februar 2023 (act. 9.1) beim Regierungsrat von Appenzell Ausserrhoden Rekurs erheben u.a. mit den Anträgen den Beschluss des Gemeinderats aufzuheben und den Fussweg zwischen F.- und G. aus dem kommunalen Richtplan zu streichen.
- E. Am 9. Mai 2023 erliess der Gemeinderat H. einen neuen Richtplan Fuss- und Wanderwege, gemäss welchem der strittige Fussweg Bestandteil eines übergeordneten Fusswegnetzes bildet, welches von der J. über die G. zur Parzelle Nr. xxxy und dann weiter zur K. führt. Dieser Richtplan wurde vom Regierungsrat am 26. September 2023 genehmigt und am 31. Oktober 2023 vom Gemeinderat in Kraft gesetzt (act. 14).

Auszug aus dem kommunalen Richtplan Fuss- und Wanderwege vom 9. Mai 2023.

[Grafik]

- F. Mit Entscheid vom 5. September 2023 (act. 2.2) wies der Regierungsrat den Rekurs ab, soweit er darauf eintrat.
- G. Dagegen liessen A. sowie die Erbengemeinschaft B., bestehend aus den Eltern C. und D., (im Folgenden: Beschwerdeführer), alle vertreten durch RA CD., mit Eingabe vom 10. Oktober 2023 (act. 1) und eingangs erwähnten Anträgen Beschwerde beim Obergericht erheben.
- H. Mit Schreiben vom 27. Oktober 2023 (act. 8) und 13. Dezember 2023 (act. 10) liessen sich der Regierungsrat (im Folgenden: Vorinstanz), vertreten durch das Departement Bau und Volkswirtschaft, sowie der Gemeinderat H. (im Folgenden: Verfügende Behörde), vertreten durch RA HH., mit eingangs erwähnten Rechtsbegehren zur Beschwerde vernehmen. Mit Schreiben vom 10. Januar 2024 (act.12) reichten die Beschwerdeführer eine weitere Stellungnahme ein.
- I. Mit verfahrensleitender Verfügung vom 24. April 2024 (act. 18) stellte die Verfahrensleitung den Verfahrensbeteiligten den von Amtes wegen zugezogenen kommunalen Richtplan Fuss- und Wanderwege vom 9. Mai 2023 zu. Dazu liessen sich die Beschwerdeführer mit Eingabe vom 8. Mai 2024 (act. 19) und die verfügende Behörde mit Eingabe vom 14. Mai 2024 (act. 20) vernehmen.

- J. Auf die Begründung der gestellten Anträge wird - soweit erforderlich - in den Erwägungen näher eingegangen.

Erwägungen

1. Die von Amtes wegen vorzunehmende Prüfung der prozessualen Voraussetzungen ergibt, dass das Obergericht nach Art. 54 Abs. 1 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG, bGS 143.1) zur Behandlung der Beschwerde gegen den Rekursentscheid der Vorinstanz zuständig ist. Die Beschwerde wurde frist- und formgerecht eingereicht. Die Beschwerdeführer sind als Adressaten des angefochtenen Rekursentscheids formell beschwert. Als Eigentümer der vom strittigen Fussweg betroffenen Parzellen Nr. xxxy und xxxx sind sie in schutzwürdigen eigenen tatsächlichen und rechtlichen Interessen besonders berührt und daher zur Beschwerde legitimiert (Art. 59 i.V.m. Art. 32 Abs. 1 VRPG). Auf die Beschwerde ist einzutreten.
2. Beim Obergericht können mit Beschwerde in Verwaltungssachen grundsätzlich nur Rechtsverletzungen (inbegriffen Ermessensmissbrauch, Ermessensüberschreitung und -unterschreitung) sowie die unrichtige oder unvollständige Feststellung des Sachverhalts gerügt werden (Art. 56 VRPG). Das Obergericht hat darüber hinaus volle Überprüfungsbefugnis, soweit dies im Gesetz vorgesehen ist oder wenn sein Entscheid an eine Bundesinstanz mit unbeschränkter Überprüfungsbefugnis weitergezogen werden kann. Ein Weiterzug an eine Bundesinstanz mit voller Kognition, welche auch die Ermessenskontrolle umfasst, ist vorliegend nicht gegeben. Da eine volle Überprüfung auch nicht anderweitig gesetzlich vorgesehen ist, bleibt die Kognition des Obergerichts vorliegend auf die Rechts- und Sachverhaltskontrolle beschränkt. Hingegen kann der angefochtene Entscheid nicht auf Angemessenheit überprüft werden.
3.
 - 3.1 Die Beschwerdeführer beantragen die Durchführung eines Augenscheins. Da es im vorliegenden Fall in hohem Masse auf die Würdigung der örtlichen Verhältnisse ankomme, hätten sie diesbezüglich einen Anspruch.
 - 3.2 Der Augenschein ist die unmittelbare sinnliche Wahrnehmung von Tatsachen durch die entscheidende Instanz. Er dient dem besseren Verständnis des Sachverhalts. Ob ein Augenschein durchzuführen ist, liegt im pflichtgemässen Ermessen der urteilenden Instanz. Ein Augenschein ist dann geboten, wenn die tatsächlichen Verhältnisse unklar sind und anzunehmen ist, die Parteien vermöchten durch ihre Darlegungen an Ort und Stelle Wesentliches

zur Erhellung der sachlichen Grundlage des Rechtsstreits beizutragen. Der Verzicht auf die Durchführung eines Augenscheins ist zulässig, wenn die Akten eine hinreichende Entscheidungsgrundlage darstellen (Urteil des Bundesgerichts 1C_502/2020 vom 23. September 2021 E. 3.2; KASPAR PLÜSS, in: Alain Griffel [Hrsg.], Kommentar zum Verwaltungsverfahrensgesetz des Kantons Zürich, 3. Aufl. 2014, N. 79 zu Art. 7 VRG).

3.3 Die tatsächlichen örtlichen Verhältnisse ergeben sich vorliegend vollständig aus den Verfahrensakten, welche umfangreiche Pläne sowie ein vorinstanzliches Augenscheinprotokoll mit Fotodokumentation enthalten (act. 9.10) sowie dem allgemeinnotorischen Geoportal (Urteil des Bundesgerichts 1C_593/2020 vom 12. Mai 2021 E. 2.1). Damit ist der Antrag auf Durchführung eines Augenscheins abzulehnen.

4. Nach herrschender Lehre und Rechtsprechung ist die Widmung zum Gemeingebrauch eine Allgemeinverfügung, mit der eine Sache "öffentlich erklärt", d.h. zur Benutzung durch die Allgemeinheit für einen bestimmten Zweck bestimmt wird. Die Widmung (und die Entwidmung) ist nicht an eine bestimmte Form gebunden, sondern kann auch stillschweigend erfolgen, wobei das Verfahren nach kantonalem Recht bestimmt wird (ANDRÉ WERNER MOSER, Der öffentliche Grund und seine Benützung, 2011, S. 31). Bei Grundstücken, die sich im Eigentum Privater befinden, muss das Gemeinwesen die Zustimmung der Eigentümer zur Widmung einholen oder ihnen eine entsprechende öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkung auferlegen (Urteil des Bundesgerichts 5A_348/2012 vom 15. August 2012 E. 4.3.2; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl. 2020, N. 2229 f.; MOSER, a.a.O., S. 39; WIEDERKEHR/ RICHLI, Praxis des allgemeinen Verwaltungsrechts, Bd. II. 2014, § 8 N. 144 ff.). Über den Gemeingebrauch und die öffentliche Zweckbestimmung der Strasse entscheidet damit stets das Gemeinwesen. Lehre und Rechtsprechung anerkennen zudem, dass der Verwaltungsakt der Widmung im Rahmen des anwendbaren kantonalen Rechts durch den Beweis ersetzt werden kann, wenn der Weg oder die Strasse seit unvorstellbarer Zeit im öffentlichen Gebrauch steht und dieser Zustand als rechtmässig angesehen wird (MOSER, a.a.O., S. 42; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., N. 2232; IMBODEN/RHINOW, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Bd. II, 1976, S. 818). Das kantonale Strassengesetz (StrG, bGS 731.11) bestimmt, dass Privatstrassen mit der ausdrücklichen Zustimmung der Eigentümerin oder des Eigentümers oder durch die Errichtung einer Dienstbarkeit nach Art. 781 ZGB zugunsten der Öffentlichkeit durch die zuständige Gemeindebehörde dem Gemeingebrauch gewidmet werden (Art. 2 Abs. 2 StrG). Zu öffentlichen Strassen zählen auch Wege (Art. 1 Abs. 2 StrG), welche nach Art. 2 Abs. 4 StrG im Grundbuch anzumerken sind.

- 4.1 Die Vorinstanz kommt im angefochtenen Entscheid zum Schluss, dass im Grundbuch der Öffentlichkeit die Nutzung des Wegs zugestanden werde. Dabei sei nicht entscheidend, dass der Schulbetrieb im Gebiet I. eingestellt worden sei. Die anwendbaren gesetzlichen Grundlagen würden keine Widmung oder Klassierung des Weges verlangen. Vielmehr sei es ausreichend, wenn die Gemeinde H. den öffentlichen Zugang rechtlich sichere. Da der Weg nicht nur im kommunalen "Richtplan Fusswegnetz" enthalten sei, sondern auch als öffentliches Fusswegrecht der Allgemeinheit eingeräumt worden sei, gelte der öffentliche Zugang als rechtlich gesichert.
- 4.2 Die Beschwerdeführer monieren, dass der Fussweg zu Unrecht im Grundbuch eingetragen sei. Aus dem Servitutenprotokoll von 1914 sei unklar, wer aus dieser Vereinbarung überhaupt berechtigt sein sollte. Auf keinem Dokument sei die Unterschrift eines Gemeindevertreters ersichtlich. Die heutigen Eigentümer müssten sich die Unterschrift früherer Eigentümer nicht entgegenhalten lassen. Die Eintragung im kantonalen Richtplan sei nicht eigentümerverbindlich. Folglich liege weder eine privat- noch öffentlich-rechtliche Sicherung des Fusswegs vor.
- 4.3 Die Rechtsverschreibung vom 28. September 1914 verweist auf den aufgehobenen Art. 115 des Gesetzes über die Einführung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 30. April 1911 (EG zum ZGB). Gemäss alt.Art. 115 EG zum ZGB mussten öffentliche Wegrechte innert drei Jahren nach Inkrafttreten des Gesetzes servitutarisch verschrieben werden, ansonsten die bezüglichen Rechte dahinfielen (act. 2.6). Durch den Verweis auf diese Bestimmung lässt sich der Schluss ziehen, dass der strittige Fussweg bereits vor der Rechtsverschreibung aus dem Jahr 1914 und damit seit unvordenklicher Zeit im öffentlichen Gebrauch stand. Aus der Rechtsverschreibung geht zudem hervor, dass die damaligen Eigentümer der Parzellen Nrn. xxxx und xxxy den bestehenden Weg als öffentlichen Fussweg anerkannten, womit auch eine ausdrückliche Zustimmung damaligen Eigentümer im Sinne von Art. 2 Abs. 2 StrG vorliegt. Diese Rechtsverschreibung wurde im Weiteren durch die zuständigen Gemeindebehörden im Grundbuch angemerkt (Art. 2 Abs. 4 StrG). Damit ist mit der Vorinstanz darin übereinzugehen, dass eine öffentliche Widmung vorliegt und der strittige Fussweg im Bereich der Parzellen Nrn. xxxx und xxxy öffentlich-rechtlich gesichert ist.
5. Mit der Widmung zum Gemeingebrauch werden Wege zu öffentlichen Wegen (Art. 1 Abs. 1 StrG), die unter der Hoheit der Gemeinde stehen (Art. 11 Abs. 2 StrG). Diese können durch Fuss- und Wanderwege überlagert werden (Art. 5 Abs. 2 der Strassenverordnung, StrV, bGS 731.111). Die öffentlichen Strassen (und Wege) sind von der zuständigen Gemeindebehörde nach ihrer Funktion und ihrer Verkehrsbedeutung zu klassifizieren und ins Stras-

senverzeichnis aufzunehmen, wobei ein Planauflageverfahren durchzuführen ist (Art. 8 StrG). Die Gemeinde leistet in der Folge nach Massgabe von Art. 81 StrG Beiträge an den betrieblichen und baulichen Unterhalt der öffentlichen Strassen im Privateigentum (vgl. AR GVP 30/2018 Nr. 1560 E. 8; AR GVP 17/2005 Nr. 1430).

Das Bundesgesetz über Fuss- und Wanderwege (FWG, SR 704) verpflichtet die Kantone, dafür zu sorgen, dass Fuss- und Wanderwege angelegt, unterhalten und gekennzeichnet werden, dass diese Wege möglichst frei und gefahrlos begangen werden können und dass der öffentliche Zugang rechtlich gesichert ist (Art. 6 Abs. 1 FWG). Fusswegnetze sind Verkehrsverbindungen für die Fussgänger und liegen in der Regel im Siedlungsgebiet (Art. 2 Abs. 1 FWG). Sie umfassen **zweckmässig verbundene Fusswege, Fussgängerzonen, Begegnungszonen und ähnliche Infrastrukturen**. Trottoirs und Fussgängerstreifen können als Verbindungsstücke dienen (Art. 2 Abs. 2 FWG). Fusswegnetze erschliessen und verbinden insbesondere Wohngebiete, Arbeitsplätze, Kindergärten und Schulen, Haltestellen des öffentlichen Verkehrs, öffentliche Einrichtungen, Erholungsanlagen sowie Einkaufsläden (Art. 2 Abs. 3 FWG). Die Kantone sorgen dafür, dass bestehende und vorgesehene Fuss- und Wanderwege in Plänen festgehalten (Art. 4 Abs. 1 lit. a FWG) und die Pläne periodisch überprüft und nötigenfalls angepasst werden (Art. 4 Abs. 1 lit. b FWG). Die Gemeinden erlassen für ihr Gebiet einen besonderen Richtplan über die Fuss- und Wanderwege. Soweit nicht ausnahmsweise Neuanlagen nötig sind, stützt sich das Netz auf bestehende öffentliche Wege. Der Richtplan über die Fuss- und Wanderwege ist im Rahmen der Revision der Ortsplanung zu überprüfen (Art. 5 Abs. 1 und 2 der Verordnung über die Einführung des Bundesgesetzes vom 4. Oktober 1985 über die Fuss- und Wanderwege, Vo FWG, bGS 731.31).

- 5.1 Die verfügende Behörde erwog im Entscheid vom 30. Januar 2023, dass der Fussweg nebst dem Verzeichnis im Richtplan im Baulinienplan "I." als Fusswegverbindung als Hinweis enthalten sei. Er diene den Fussgängern aufgrund der kürzeren Distanz zum Quartier I. In den vergangenen Jahren seien grössere Weg- und Treppenausbauten im Anschluss an die K. getätigt worden, welche mit der Wichtigkeit des Weges begründet worden seien. Dem Erhalt der bestehenden und gewachsenen Fusswege werde ein höheres öffentliches Interesse als dem Partikularinteresse der belasteten Grund-eigentümer beigemessen. Eine Aufhebung sei nur opportun, falls ein adäquater Ersatz bereitstehe. Weder die Variante über die neu erstellte F. noch über den Fussweg L./F. erfüllten diese Voraussetzung.
- 5.2 Die Vorinstanz kommt im angefochtenen Entscheid zum Schluss, dass dem Richtplan "Fusswegnetz" grundsätzlich Planbeständigkeit zukomme. Der Gemeinderat H. verfüge betreffend Erlass oder die Änderung seines kommunalen Richtplans über einen erheblichen

Ermessensspielraum. Die gesetzlichen Grundlagen sähen keinen Anspruch der benachbarten Grundeigentümer auf Aufhebung eines bestehenden Fusswegs vor. Dabei seien die Genehmigungspflicht (Art. 10 i.V.m. Art. 9 Abs. 1 Vo FWG) sowie die Ersatzpflicht zu beachten (Art. 7 Abs. 1 FWG). Dem Gemeinderat sei dahingehend zuzustimmen, dass der strittige Fussweg die derzeit direkteste Verbindung zwischen der K. und dem südlichen Teil des Gebiets I. darstelle. Die von den Beschwerdeführern vorgeschlagene Variante über die F. zur G. würde zwar in die gleiche Richtung führen, allerdings stelle sie aufgrund der Zugänglichkeit für den allgemeinen Fahrverkehr keine angemessene Ersatzlösung dar. Der neu erstellte Fussweg von der F. zum L. stelle aufgrund dessen, dass damit nicht der südliche Teil des Gebiets I. sondern die Parzellen entlang des L. für Fussgänger erschlossen würden, ebenfalls keinen angemessenen Ersatz dar. Die Rüge der Beschwerdeführer, es bestehe kein öffentliches Interesse mehr an der strittigen Wegverbindung, erweise sich daher als ungerechtfertigt.

- 5.3 Die Beschwerdeführer machen dagegen geltend, dass das Schulhaus I. zwischenzeitlich aufgelöst und das gesamte Gebiet nördlich des ehemaligen Schulhauses I. überbaut worden sei. Mit der Schaffung der G. und der Überbauung der beiden Grundstücke Nrn. xzzx und xxzz vor rund 45 Jahren sei das obere westliche Teilstück des Fusswegs aufgehoben worden, weil es in die überbaute Situation nicht mehr gepasst habe und nicht mehr erforderlich gewesen sei. Mit der Weiterführung der F. zur J. in den Jahren 2020/21 habe sich die Situation auch im unteren Teil des Quartiers I. nochmals entscheidend verändert. Das ganze Quartier sei zudem verkehrsberuhigt und mit einer Tempo 30-Zone versehen worden. Bereits vor der Verlängerung der F. sei der Einstieg von der Postauto-Haltestelle "M." ab der K. mit einer betonierten Treppe versehen und mit einem Geländer baulich verbessert worden. Mit dem Ausbau der F. komme man von der Haltestelle M. nun direkt in die F. und benötige den Fussweg zwischen dieser und der G. nicht mehr, um in den oberen Teil des Quartiers zu gelangen. Nicht stichhaltig sei zudem, wenn die Vorinstanz das Quartier I. in einen südlichen und einen westlichen Teil auftrennen wolle, weil dafür die Distanzen im Quartier schlicht zu kurz seien. Zudem stehe den Fussgängern mit dem neuen Fussweg über den L. weiterhin eine verkehrsfreie Verbindung zwischen F.- und G. zur Verfügung, deren Abstand zu strittigen Fussweg nur rund 35 m betrage. Dieser sei steil, gefährlich und in einem schlechten Ausbauzustand. Es liege im öffentlichen Interesse, dass die Fussgänger die sichere Verbindung über die F. benutzten, zumal die Gemeinde auf dem Fussweg nicht für die Schneeräumung Sorge. Die Aufrechterhaltung des Fusswegs sei zudem aufgrund des Eigentumseingriffs und des Haftungsrisikos unverhältnismässig. Die Vorinstanz habe das ihr zustehende Ermessen unterschritten und die ihr obliegende Pflicht zu einer objektiven Abwägung der sich gegenüberstehenden Interessen verletzt.

- 5.4 Die Vorinstanz führt dazu u.a. vernehmlassungsweise aus, dass ein bestehender Fussweg nicht ohne Weiteres, sondern nur unter Schaffung eines angemessenen Ersatzes im Sinne von Art. 7 Abs. 1 FWG aufgehoben werden könne. Bei der verlängerten F. handle es sich um eine dem allgemeinen Fahrverkehr geöffnete Strasse, weshalb ein auf ihr geführter Fussweg ersetzt werden müsste. Eine Verlegung des Fusswegs auf die F. falle damit ausser Betracht.
- 5.5 Die Vorinstanz hält im angefochtenen Entscheid fest, dass die gesetzlichen Grundlagen keinen Anspruch der benachbarten Grundeigentümer auf Aufhebung eines bestehenden Fussweges vorsehen würden. Dies würde bedeuten, dass Grundeigentümerinnen und Grundeigentümer, welche von einem Fussweg im Sinne des FWG betroffen sind, gar nie berechtigt wären, dessen Rechtmässigkeit zu überprüfen bzw. die Aufhebung zu beantragen. Dies wäre zum einen mit der Eigentumsgarantie nur schwer vereinbar, zum anderen hält Art. 11 Vo FWG fest, dass die Richtpläne über die Fuss- und Wanderwege (nur) für die Behörden (und damit nicht für die Grundeigentümerinnen und Grundeigentümer) verbindlich sind (vgl. dazu auch Art. 9 RPG). Der Richtplan Fuss- und Wanderwege und die entsprechenden Verfahrensbestimmungen zu dessen Änderung und Erlass richten sich damit in erster Linie an Behörden und nicht an Private. Dies hat zwar zur Folge, dass der Richtplan und allfällige Änderungen durch Private nicht direkt angefochten werden können. Jedoch ergeben sich für die betroffenen Grundeigentümer durch die Aufnahme eines Fusswegs im kommunalen Richtplan keine Bindungswirkungen und öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkungen, sofern der öffentliche Zugang nicht gleichzeitig anderweitig rechtlich gesichert ist (vgl. dazu auch PETER HÄNNI, Planungs-, Bau- und besonderes Umweltschutzrecht, 7. Aufl., 2022, S. 145 f.). Art. 6 Abs. 1 lit. c FWG und Art. 17 Abs. 2 Vo FWG halten deshalb auch lediglich fest, dass die Gemeinden für die rechtliche Sicherung des öffentlichen Zugangs zu sorgen haben, indem sie die erforderlichen Rechte erwerben. Die Fuss- und Wanderweggesetzgebung enthält jedoch für das Verfahren des Rechtserwerbs und der Aufhebung des öffentlichen Zugangs keine Regelungen.
- 5.6 Wie oben ausgeführt, wurde der strittige Fussweg auf den Parzellen Nrn. xxxx und xxyy gemäss Art. 2 Abs. 2 StrG dem Gemeingebrauch gewidmet und nach Art. 2 Abs. 4 StrG als öffentlicher Fussweg im Grundbuch angemerkt. Damit gilt dieser nach Art. 11 Abs. 2 StrG und Art. 2 Abs. 2 lit. b des Strassenreglements H. (StrR) als öffentlicher Fussweg im privaten Eigentum. Richtet sich die Widmung nach dem Strassengesetz, hat dies zur Folge, dass auch für die Entwidmung bzw. die Aufhebung des Fusswegrechts die Strassengesetzgebung zur Anwendung kommen muss. Der Umstand, dass der Fussweg auch im kommunalen Richtplan enthalten ist, steht dem nicht entgegen, da die öffentlichen Wege im Sinne der Strassengesetzgebung durch Fuss- und Wander- und Radwegnetze überlagert

werden können (Art. 5 Abs. 2 StrV). Gemäss Art. 2 Abs. 5 StrG und Art. 8 Abs. 2 StrR ist für die Aufhebung und Verlegung von öffentlichen Strassen (Entwidmung) das Einspracheverfahren nach Art. 37 ff. StrG sinngemäss durchzuführen. Dies bedeutet, dass über die allfällige Aufhebung eines öffentlichen Fusswegs nur nach Durchführung eines Einspracheverfahrens entschieden werden kann. Ein Verzicht in einzelnen Fällen auf das Einspracheverfahren ist im Gesetz weder vorgesehen noch entspricht ein solcher Verzicht Sinn und Zweck dieser Verfahrensvorschriften. Der Grund besteht darin, dass mit der öffentlichen Anzeige auch einer weitergehenden Öffentlichkeit die Möglichkeit zur Einsprache gegen die angebehrte Aufhebung des Wegrechts geboten werden soll (vgl. dazu AR GVP 2/1990 Nr. 1195; dieser Entscheid bezog sich noch auf alt.Art. 160 EG zum ZGB, welcher durch Art. 2 Abs. 5 StrG ersetzt wurde). Die verfügende Behörde hätte damit das Gesuch zur Aufhebung des Fusswegs zwingend öffentlich auflegen und allfällige direkt anstossende Grundeigentümerinnen und Grundeigentümer schriftlich von der öffentlichen Auflage benachrichtigen müssen, bevor sie über das Gesuch entschied. In den vorinstanzlichen Akten ergeben sich jedoch keine Anhaltspunkte, dass ein solches Einspracheverfahren stattfand. Dieses Versäumnis kann nicht im Beschwerdeverfahren nachgeholt werden, zumal nicht der Regierungsrat, sondern das Departement Bau und Volkswirtschaft als Rekursinstanz gegen Verfügungen und Beschlüsse des Gemeinderats in Anwendung des Strassengesetzes fungiert (Art. 88 Abs. 1 StrG).

- 5.7 Dazu kommt Folgendes: Nach Ansicht des Obergerichts kommt aus dem angefochtenen Entscheid bzw. der Verfügung des Gemeinderats vom 30. Januar 2023 nicht konkret zum Ausdruck, ob und inwiefern ein hinreichendes öffentliches Interesse an der Aufrechterhaltung des strittigen Fusswegs besteht (vgl. dazu auch AR GVP 22/2021 Nr. 3808). Diesbezüglich fehlen konkrete Angaben über die Frequenz der Fussgänger, wobei zu berücksichtigen ist, dass es sich beim Fussweg nicht um einen Wanderweg handelt, womit er primär den Anwohnern und nicht den Wanderern dienen muss. Der Fussweg erscheint zwar geeignet, eine Fusswegverbindung zwischen dem südlichen Quartier I. und dem Zentrum zu gewährleisten. Diese (grundsätzliche) funktionelle Geeignetheit muss jedoch von einer genügenden Bedeutung für den Fussverkehr getragen werden, damit das öffentliche Interesse an der Beschränkung des Grundeigentums der Beschwerdeführer gerechtfertigt werden kann. Die Bedeutung des Wegs ist nach der konkreten Intensität zu bemessen, wobei allfällige Einsprachen gegen die beantragte Aufhebung einen Anhaltspunkt bilden könnten. In die Beurteilung muss auch die Distanz zum neuen Fussweg vom L. zur F. und die Topografie und der Ausbaustandard dieses Fusswegs einfließen, wobei als Faustregel von einer Maschenweite des Fusswegnetzes im Siedlungsgebiet von maximal 100 m ausgegangen wird (Bundesamt für Strassen [ASTRA], Handbuch Fusswegnetzplanung, 2015, Ziff. 2.3.1 S. 25; Urteil des Bundesgerichts 1C_153/2021 vom 12. April 2022 E. 2.3).

Personen, welche die strittige Wegverbindung für Freizeitinteressen nutzen, kann ein geringer Umweg eher zugemutet werden, als Personen, welche eine Verbindung tagtäglich begehen, um zu ihrer Wohnung, zur Arbeit oder zur Schule zu gelangen. An dieser zwingenden Interessenabwägung ändert auch der Umstand nichts, dass der strittige Fussweg im neuen kommunalen Richtplan Fuss- und Wanderwege aufgeführt wird. Der behördenverbindliche Richtplan ist zwar in die Interessenabwägung mitein-zubeziehen. Dabei fällt jedoch auf, dass im Richtplan die Verlängerung der F. (noch) nicht aufgeführt ist und das Fusswegnetz durch die überbaute Parzelle Nr. xzyx führt. Zudem führt das übergeordnete Fusswegnetz mit der strittigen Fusswegverbindung auf der Strecke O.-P.-I. gemäss dem neuen Richtplan in weiten Teilen über befestigte im Strassenverzeichnis klassierte Erschliessungsstrassen, welche dem allgemeinen Motorfahrzeugverkehr offen stehen (N., J., G.). Damit erscheint fraglich, ob dieses Fusswegnetz den bundesrechtlichen Anforderungen von Art. 2 Abs. 2 FWG überhaupt genügt, zumal Art. 7 Abs. 2 lit. c FWG eine Ersatzpflicht stipuliert, wenn bestehende Wege auf einer grösseren Strecke für den allgemeinen Fahrverkehr geöffnet werden. Die Vorinstanz setzt sich diesbezüglich in ihrer Vernehmlassung in einen gewissen Widerspruch zu dem von ihr genehmigten Richtplan, indem sie festhält, dass ein auf der F. geführter Fussweg ersetzt werden müsste, weil diese dem allgemeinen Verkehr diene. Die Aufnahme im neuen kommunalen Richtplan lässt daher nicht ohne Weiteres auf ein überwiegendes öffentliches Interesse an der Aufrechterhaltung der strittigen Fusswegverbindung schliessen.

- 5.8 Schlussendlich ist nicht nachvollziehbar, weshalb der strittige Fussweg, welcher die im Strassenverzeichnis klassierten G. und F. verbindet und gemäss neuem Richtplan Bestandteil des übergeordneten Fusswegnetzes bildet, nicht gemäss Art. 7 Abs. 1 lit. d StrG und Art. 5 StrV als öffentlicher Weg im kommunalen Strassenverzeichnis eingeteilt ist. Öffentliche Strassen (und Wege) im privaten Eigentum stehen unter der Hoheit der Gemeinde (Art. 11 Abs. 2 StrG i.V.m Art. 1 Abs. 2 StrG). Art. 8 Abs. 3 StrG gibt vor, dass die Gemeinden *ein öffentliches Verzeichnis über die unter ihrer Hoheit stehenden Strassen (und Wege) mit Angabe der Einteilung* führen. Diese Norm ist nach Ansicht des Obergerichts zwingend, womit die Aufnahme der strittigen Fusswegverbindung ins Strassenverzeichnis nicht im Ermessen des Gemeinderats liegt (vgl. dazu auch die Stellungnahme des kantonalen Tiefbauamts vom 23. März 2023; act. 9.5). Sollte die verfügende Behörde nach der Durchführung des Einspracheverfahrens weiterhin ein begründetes überwiegendes öffentliches Interesse an der Aufrechterhaltung des Fusswegs bejahen, müsste der strittige Fussweg konsequenterweise ins kommunale Strassenverzeichnis aufgenommen werden. Dies hätte zur Folge, dass die Gemeinde nach Art. 81 StrG und Art. 29 StrR Beiträge an den Unterhalt des Fusswegs zu leisten hätte und grundsätzlich auch verpflichtet wäre, den Winterdienst zu organisieren

(Art. 51 Abs. 1 StrG und Art. 20 StrR). Zudem müsste der Fussweg an die technischen Anforderungen von Art. 23 StrR angepasst werden.

6. Aus den vorstehenden Erwägungen folgt, dass die verfügende Behörde zu Unrecht auf die Durchführung des Einspracheverfahrens verzichtet hat. Die Vorinstanzen haben zudem den rechtserheblichen Sachverhalt ungenügend abgeklärt und die relevanten Interessen nicht rechtsgenügend ermittelt und gegeneinander abgewogen. Demzufolge ist der angefochtene Rekursentscheid in teilweiser Gutheissung der Beschwerde aufzuheben und die Sache in Berücksichtigung der obigen Erwägungen zur Durchführung des Einspracheverfahrens und anschliessender Neuurteilung an die verfügende Behörde zurückzuweisen (Art. 59 VRPG i.V.m. Art. 41 Abs. 2 VRPG). Damit kann offen gelassen werden, ob die Vorinstanz das rechtliche Gehör der Beschwerdeführer verletzt, indem sie auf den beantragten Beizug der Akten betreffend das Strassenbauprojekt zur Verlängerung der F. und Aufhebung des westlichen Teilstücks des ursprünglichen Wegs verzichtete.
7. Nach Art. 19 Abs. 3 in Verbindung mit Art. 53 Abs. 1 VRPG ist im Beschwerdeverfahren vor Obergericht gebühren- und kostenpflichtig, wer ganz oder teilweise unterliegt oder auf dessen Rechtsmittel nicht eingetreten wird. Die Rückweisung der Sache an die erstinstanzliche Gemeindebehörde zu erneuter Abklärung (mit noch offenem Ausgang) gilt für die Frage der Auferlegung der Gerichtskosten wie auch der Parteientschädigung praxisgemäss als volles Obsiegen der Beschwerdeführer. Die Gerichtskasse ist daher anzuweisen, ihnen den Kostenvorschuss von Fr. 2'500.-- zurückzuerstatten. Für dieses Verfahren wird eine Entscheidgebühr von Fr. 1'500.-- erhoben, welche der verfügenden Behörde auferlegt wird, wobei in Anwendung von Art. 22 Abs. 1 VRPG auf die Erhebung zu verzichten ist.
8. Nach Art. 53 Abs. 3 VRPG hat die obsiegende Partei in der Regel Anspruch auf eine Entschädigung für ihre notwendigen Kosten und Auslagen. Die Parteientschädigung geht zulasten der unterliegenden Partei. Aus Billigkeitsgründen kann sie auch der Staats- oder Gemeindekasse auferlegt werden (Art. 59 i.V.m. Art. 24 Abs. 2 VRPG). Ausgangsgemäss ist dem Entschädigungsbegehren der Beschwerdeführer zu entsprechen. Die Entschädigung setzt sich zusammen aus einem Honorar und den Barauslagen; die Mehrwertsteuer wird als Zuschlag in Rechnung gestellt (Art. 3 der Verordnung über den Anwaltstarif, AT, bGS 145.53). In Verfahren vor dem Obergericht in Verwaltungssachen wird das Honorar pauschal festgelegt (Art. 13 Abs. 1 lit. c AT) und beträgt Fr. 1'000.-- bis Fr. 10'000.-- (Art. 16 Abs. 1 AT). Innerhalb des für eine Pauschale gesetzten Rahmens richtet sich das Honorar nach den besonderen Umständen des Falles. In Betracht fallen namentlich Art und Umfang der Bemühungen, die Schwierigkeiten des Falles sowie die wirtschaftlichen Verhältnisse der

Beteiligten (Art. 17 AT). Grundsätzlich kann die mögliche Bandbreite der Honorare unterteilt werden in

- a) einfache, unterdurchschnittlich aufwändige Fälle, in denen ein Honorar von Fr. 1'000.- bis zu Fr. 4'000.-- zu sprechen ist;
- b) mittlere Fälle, die durchschnittlich schwierige Rechts- und/oder Sachverhaltsfragen betreffen und einen durchschnittlichen Aufwand benötigten, in denen ein Honorar in der Grössenordnung von Fr. 4'000.-- bis Fr. 7'000.-- angemessen erscheint; und
- c) schwierige Fälle sowohl bezüglich Sachverhalts- und/oder Rechtsfragen, in denen überdurchschnittlich umfangreiche Eingaben notwendig waren und umfangreiche Akten zu studieren waren, was ein Honorar von Fr. 7'000.-- bis Fr. 10'000.--, bzw. in aussergewöhnlichen Fällen bis zu Fr. 15'000.-- rechtfertigt.

RA CD., welcher die Beschwerdeführer im vorliegenden Beschwerdeverfahren vertrat, hat keine Kostennote eingereicht. Vorliegend ist von einem mittleren Fall auszugehen, bei welchem unterdurchschnittlich schwierige Rechtsfragen zu beantworten waren. Dabei gilt es zu berücksichtigen, dass der Rechtsvertreter die Beschwerdeführer bereits im Rekursverfahren vertrat. Dem Aufwand und den Anforderungen angemessen erscheint daher ein Honorar in der Höhe von Fr. 4'000.--. Dazu kommt praxisgemäss ein Zuschlag von 4% für die Barauslagen, 7.7% für die Mehrwertsteuer im Jahr 2023 und 8% im Jahr 2024, wobei durch die Beschwerdeschrift vom 10. Oktober 2023 und die Stellungnahmen vom 10. Januar und 8. Mai 2024 je etwa 50% des Aufwands entstanden sind. Dies führt zu einer Entschädigung von insgesamt Fr. 4'480.30 ($2'000 \times 1.04 \times 1.077$) + ($2'000 \times 1.04 \times 1.08$) zugunsten der Beschwerdeführer. Diese wird ausgangsgemäss der verfügenden Behörde auferlegt.

- 9. Aufgrund der Aufhebung der vorinstanzlichen Entscheide obsiegen die Beschwerdeführer nachträglich im Rekursverfahren. Die Sache ist infolgedessen in Bezug auf die Neuverlegung der Kosten und Entschädigungen des Rekursverfahrens an die Vorinstanz zurückzuweisen.
- 10. Das vorliegende Urteil schliesst das Verfahren nicht ab, sondern weist die Streitsache an die erstinstanzlich zuständige Gemeindebehörde zurück. Es ist daher den Zwischenentscheiden zuzuordnen, weshalb sich seine Anfechtung nach Art. 93 des Bundesgerichtsgesetzes (BGG, SR 173.110) richtet.

Das Obergericht erkennt:

1. In teilweiser Gutheissung der Beschwerde werden der Rekursentscheid des Regierungsrats vom 5. September 2023 sowie der Entscheid des Gemeinderats H. vom 30. Januar 2023 aufgehoben und die Sache im Sinne der Erwägungen zur Durchführung des Einspracheverfahrens und anschliessender Neubeurteilung an den Gemeinderat H. zurückgewiesen.
2. Es wird eine Entscheidgebühr von insgesamt Fr. 2'500.-- festgesetzt, welche auf die Staatskasse genommen wird. Die Gerichtskasse wird angewiesen, den Beschwerdeführern den Kostenvorschuss von Fr. 2'500.—zurückzuerstatten.
3. Die verfügende Behörde wird verpflichtet, den Beschwerdeführern eine Parteientschädigung von Fr. 4'480.30 (Barauslagen und Mehrwertsteuer inbegriffen) für das Beschwerdeverfahren zu bezahlen.
4. In Bezug auf die Neuverlegung der Kosten- und Entschädigungsfolgen des Rekursverfahrens wird die Sache an die Vorinstanz zurückgewiesen.
5. Mitteilung an:
 - RA CD., mit Gerichtsurkunde
 - Departement Bau und Volkswirtschaft, mit Gerichtsurkunde
 - RA HH., mit Gerichtsurkundenach Rechtskraft an:
 - die Gerichtskasse (im Dispositiv), interne Post

Im Namen der 4. Abteilung des Obergerichts

Der Obergerichtsvizepräsident:

Der Gerichtsschreiber:

Dr. iur. Manuel Hüsler

lic. iur. Daniel Hofmann

versandt am: 10. Juli 2024