

Obergericht Appenzell Ausserrhoden

4. Abteilung

Urteil vom 29. April 2015

Mitwirkende	Obergerichtspräsident E. Zingg Oberrichter M. Engler, E. Graf, R. Aebischer, P. Louis Obergerichtsschreiber T. Bienz
Verfahren Nr.	O4V 14 23
Sitzungsort	Trogen
Beschwerdeführerin	Gemeinde A____ vertreten durch: Gemeinderat A____
Vorinstanz	Regierungsrat Appenzell Ausserrhoden , Regierungsgebäude, 9100 Herisau
Gegenstand	Nichtgenehmigung des revidierten Strassenreglements

Rechtsbegehren

a) der Beschwerdeführerin:

1. Es sei der Beschluss aufzuheben und zur erneuten Prüfung des revidierten Strassenreglements im Sinne der Erwägungen an den Regierungsrat zurückzuweisen;
 - 1.1 eventualiter: Es sei das revidierte Strassenreglement, vorbehältlich der Beseitigung formaler Mängel, zu genehmigen.
2. Es sei festzustellen, dass Art. 2 Abs. 2 und 3 StrG nicht anwendbar sind.

b) der Vorinstanz:

Die Beschwerde sei vollumfänglich abzuweisen.

Sachverhalt

- A.** Der Gemeinderat A___ leitete die Revision des Strassenreglements ein und liess seinen Entwurf beim Departement Bau und Umwelt (DBU) zweimal zu einer Vorprüfung einreichen. In seinen Vorprüfungsberichten vom 10. März 2014 und 24. April 2014 wies das DBU je auf diverse formelle und materielle Mängel hin und stellte fest, dass dieses in einzelnen Punkten nicht mit dem kantonalen Strassengesetz (StrG, bGS 731.11) zu vereinbaren sei. Mit Schreiben vom 10. Juli 2014 liess der Gemeinderat beim Regierungsrat um Genehmigung des revidierten Strassenreglements nachsuchen, nachdem am 18. Mai 2014 die Stimmbürger der Gemeinde A___ diesem zugestimmt haben.
- B.** Mit Beschluss vom 9. September 2014 verweigerte der Regierungsrat dem revidierten Strassenreglement der Gemeinde A___ (rStrR) die Genehmigung. Die Nichtgenehmigung begründete der Regierungsrat im Wesentlichen wie folgt: Das rStrR entspreche zwar mehrheitlich dem aktuellen kantonalen Muster-Strassenreglement und den Zielen des neuen Strassengesetzes. In zwei wesentlichen Punkten genüge dieses aber den Anforderungen des Strassengesetzes nicht: Erstens widerspreche Art. 7 rStrR den Vorgaben in Art. 2 StrG. Demnach sei für die Widmung einer Privatstrasse zum Gemeingebrauch in jedem Fall die ausdrückliche Zustimmung des jeweiligen Grundeigentümers erforderlich. Ohne diese Zustimmung könne eine Privatstrasse nicht gewidmet werden. Bei fehlender Zustimmung bleibe nur die Enteignung. Die Aufnahme der betreffenden Privatstrasse ins

Strassenverzeichnis könne nicht ohne vorgängige rechtliche Sicherung erfolgen. Eine generelle, automatische Öffentlicherklärung einer Privatstrasse durch Aufnahme ins Strassenverzeichnis sei nicht möglich. Denn die Gemeinde dürfe eine Privatstrasse nur dann dem Gemeingebrauch widmen, wenn sie die Verfügungsgewalt über diese besitze und durch die Öffentlicherklärung keine privaten dinglichen Rechte verletzt seien (AR GVP 16/2004, Nr. 1413, E. 3.a). Zweitens sei die in Art. 24 Abs. 2 rStrR vorgesehene Anknüpfung der Beiträge der Gemeinde an den Unterhalt von öffentlichen Strassen und Wegen im privaten Eigentum nach den Vorgaben in Art. 81 in Verbindung mit Art. 79 StrG bzw. Art. 22 rStrR nicht zulässig. Wie die Flurgenossenschaften oder die privaten Grundeigentümer die Unterhaltsbeiträge regeln, sei für die Beitragspflicht nach Art. 81 StrG nicht relevant. Es sei nicht zulässig, die in Art. 81 StrG vorgegebenen Mindestbeitragssätze von zusätzlichen Kriterien abhängig zu machen. Ferner sei das rStrR auch hinsichtlich des Art. 4 (Strassenverzeichnis), Art. 5 (Einteilung), Art. 9 (Übernahme von Privatstrassen), Art. 15 (Benützungsgebühren), Art. 19 (Winterdienst), Art. 22 (Kostenteilung), Art. 25 (Verfahren und Zuständigkeit) und Art. 27 (Rechtsschutz) materiell mangelhaft. Diese materiellen und auch diverse formelle Mängel seien entsprechend den beiden Vorprüfungsberichten zu beheben.

- C. Gegen diese Nichtgenehmigung erhob der Gemeinderat A___ mit Eingabe vom 15. Oktober 2014 Beschwerde beim Obergericht und stellte die eingangs erwähnten Rechtsbegehren. Die Beschwerdeführerin hält im Wesentlichen an ihrer Auffassung fest, dass Art. 7 rStrR mit den Vorgaben im Strassengesetz zu vereinbaren sei. Zwar gehe der Regierungsrat zu Recht davon aus, dass die Widmung für den Gemeingebrauch sachenrechtlich gesichert werden müsse, weshalb die Gemeinde für die betroffene Sache die entsprechende Verfügungsmacht besitzen müsse (AR GVP 16/2004, Nr. 1413, E. 3.a). Widersetze sich der betroffene Grundeigentümer einer freiwilligen Abtretung des erforderlichen Rechts, sei dieser aber zur Widmung für den Gemeingebrauch nicht zwingend zu enteignen. Der private Eigentümer habe grundsätzlich Eingriffe des Staates im öffentlichen Interesse zu dulden, wie sich analog aus BGE 139 II 28, E. 2.7 ergebe. Ein Enteignungstatbestand liege nur vor, wenn ein bestimmter Eigentümer mehr als jeder andere belastet werde (Sonderopfer, materielle Enteignung) oder ein Gesetz den Staat zur formellen Enteignung gegen volle Entschädigung berechtige und verpflichte. Die Erstellung von Strassen gemäss den Grundsätzen in Art. 3 StrG habe für die Grundeigentümer sowohl belastende als auch begünstigende Wirkung. Da die Erschliessung privater Grundstücke überwiegend privaten Interessen diene, stelle sich die Frage, ob der hoheitliche Eingriff in die privaten Eigentumsrechte zu einem Minder- oder Mehrwert führe. Die Abwägung sei im Einzelfall vorzunehmen, weshalb in Art. 7 Abs. 4 StrR auf das Verfahren in Art. 2 Abs. 5 bzw. Art. 37

StrG verwiesen werde. In diesem (Planauflege-)Verfahren könne der private Eigentümer sämtliche, auch privaten Rechte geltend machen, welche ihm die Rechtsordnung verleihe. Demgegenüber seien die Vorgaben des DBU im Musterreglement nicht praxistauglich und extrem teuer. Unter Hinweis auf seine Ausführungen in den Erläuterungen zur Volksabstimmung (act. 2.7) hält der Gemeinderat dafür, dass die Widmung zum Gemeingebrauch nicht von der Zustimmung des einzelnen Eigentümers abhängig gemacht werden könne. Nach Auskunft des kantonalen Grundbuchinspektors sei die Eintragung von Dienstbarkeiten im Grundbuch unumgänglich. Eine bloss stillschweigende, schriftliche oder mündliche Zustimmung sei unwirksam und mit grosser Rechtsunsicherheit verbunden. Die Eintragung von Dienstbarkeiten für über hundert in der Gemeinde betroffene Grundstücke bedinge einen grossen personellen Einsatz und Gebühren von über Fr. 100'000. Deshalb habe der Gemeinderat als pragmatische Lösung einen vom Wortlaut des Gesetzes abweichenden Weg gewählt. Der Gemeinderat lege die Widmung fest und lege hernach den entsprechenden Plan und das öffentliche Strassenverzeichnis öffentlich auf. Eigentümer und andere Betroffene, welche mit der Widmung nicht einverstanden seien, könnten sich dann mit allen Rechtsmitteln dagegen zur Wehr setzen. Auf die weiteren Vorbringen dazu und zur Verletzung der Gemeindeautonomie wird, soweit erforderlich, in den Erwägungen eingetreten. Die Gemeinde hält ferner daran fest, dass der vom Stimmbürger genehmigte Art. 24 rStrR die die Beiträge der Gemeinde an den Unterhalt in zulässiger Weise regle. Denn Art. 24 Abs. 1 rStrR entspreche der gesetzliche Mindestlösung und in Abs. 2 seien höhere Beiträge an den Unterhalt vorgesehen, wenn die Berechtigten durch einen den wirtschaftlichen Sondervorteil berücksichtigenden Kostenverteiler verpflichtet seien. Da die Gemeinde mit Abs. 2 mehr als das gesetzliche Beitragsminimum an den Unterhalt leiste, sei sie berechtigt, diesen Anspruch an zusätzliche Bedingungen zu knüpfen. Bezüglich der übrigen, von der Vorinstanz festgestellten materiellen und formellen Mängel beschränkt sich die Beschwerdeführerin auf die Gegenbemerkung, der Regierungsrat habe diese Mängelrügen unbesehen vom DBU übernommen und damit nicht nur seine Prüfungspflicht verletzt, sondern auch seinen Beschluss mangelhaft begründet.

- D.** Die Vorinstanz hielt der Beschwerdeführerin in ihrer Stellungnahme im Wesentlichen entgegen, hinsichtlich der gerügten Verletzung der Gemeindeautonomie übersehe die Beschwerdeführerin, dass das kantonale Recht die strittige Widmung der Privatstrassen und der Strassen von Flurgenossenschaftstrassen abschliessend ordne. Dies ergebe sich einerseits aus Art. 1 Abs. 1 StrG, wonach dieses für die öffentlichen Strassen gelte, welche dem Gemeingebrauch gewidmet seien. Die Regelungskompetenz der Gemeinden sei in Art. 12 Abs. 1 lit. a und Art. 9 Abs. 3 StrG näher bestimmt, aber in Art. 2 Abs. 2 StrG habe der Gesetzgeber klar zum Ausdruck gebracht, dass es sich dabei um eine abschliessende

kantonale Regelung handle. Für eine kommunale Entscheidung über die rechtliche Ausgestaltung der Widmung von Privatstrassen und Strassen von Flurgenossenschaft lasse das kantonale Recht den Gemeinden keinen Spielraum offen. Entsprechend sehe das Muster-Reglement vor, dass Strassen, welche den von der Gemeinde im Rahmen von Art. 12 Abs. 1 lit. d StrG festgelegten technischen Anforderungen entsprechen, unter den Voraussetzungen gemäss Art. 2 Abs. 2 StrG durch den Gemeinderat dem Gemeingebrauch gewidmet werden können. Der Gemeinde stehe daher keine Kompetenz zu, eine vom kantonalen Recht abweichende Regelung für die Widmung von Privatstrassen und Strassen von Flurgenossenschaften vorzusehen. Aus diesem Grund seien der Haupt- und Eventualantrag (Ziff. 1 und 1.1) abzuweisen. Dem Feststellungsbegehrens zu Art. 2 Abs. 2 und 3 StrG (Antrag Ziff. 2) hält die Vorinstanz entgegen, dieses liege ausserhalb des Streitgegenstandes (Nichtgenehmigung), und gegen einen kantonalen Erlass gerichtete Begehren seien vor Bundesgericht geltend zu machen. Ferner hält die Vorinstanz daran fest, dass die kommunale Regelung der Widmung von Privatstrassen (Art. 7 rStrR) den Vorgaben in Art. 2 Abs. 2 und 3 StrG und auch sonst in mehrfacher Hinsicht dem kantonalen Recht widerspreche. Insbesondere setze die Widmung zum Gemeingebrauch in jedem Fall die Verfügungsmacht des Gemeinwesens über die im Privateigentum verbliebene Strasse voraus. Bei Privatstrassen müsse das Gemeinwesen die Zustimmung des Eigentümers zur Widmung einholen oder ihm eine entsprechende öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkung auferlegen. Wolle eine Gemeinde eine solche Strasse ohne Zustimmung für öffentlich erklären, so bleibe ihr nur die Enteignung. Auf die weiteren Ausführungen dazu und zur bestrittenen Praxis-tauglichkeit wird, soweit erforderlich, in den Erwägungen eingetreten. Hinsichtlich der Beiträge an den Strassenunterhalt hält die Vorinstanz daran fest, dass für dies nicht relevant sein könne, wie die Flurgenossenschaften oder die privaten Grundeigentümer die Unterhaltsbeiträge geregelt haben. Die in Art. 81 StrG vorgegebenen Mindestbeitragsätze dürften nicht von zusätzlichen Kriterien abhängig gemacht werden. Diese Regelung sei insofern abschliessend, als den Gemeinden nach Art. 81 Abs. 2 StrG i. V. m. Art. 12 Abs. 1 lit. b StrG lediglich die Regelung der Höhe des Beitrages an den Unterhalt der öffentlichen Strassen im privaten Eigentum zustehe. Dagegen seien sie nicht berechtigt, über die Einteilung der Strassen in Klassen (Art. 8 StrG) hinausgehende zusätzliche Kriterien zur Differenzierung der Beitragshöhe einzuführen. Die Genehmigung des Art. 24 Abs. 2 StR müsse daher verweigert werden. Auf die weiteren Ausführungen wird, soweit erforderlich, in den Erwägungen eingetreten.

- E. Mit ihrer Replik bzw. Duplik haben die Parteien je ausdrücklich auf eine mündliche Verhandlung verzichtet. Sie halten damit im Wesentlichen an ihren Standpunkten fest. Darauf wird, soweit erforderlich, in den Erwägungen eingetreten.

- F. Auf die Eröffnung des Urteilsdispositivs hin haben die Vorinstanz und die Beschwerdeführerin je ausdrücklich auf einer Begründung bestanden.

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, in der Fassung gemäss Art. 100 Abs. 1 Justizgesetz, bGS 145.31) zur Behandlung der Beschwerde gegen den in Anwendung von Art. 12 Abs. 2 StrG ergangenen (Nicht-)Genehmigungsentscheid des Regierungsrates zuständig ist: Nach den Erläuterungen des Regierungsrates zum VRPG (vom 16.10.2001, S. 13 zu Art. 54) sind auch Verfügungen, die der Regierungsrat als einzige Instanz trifft, anfechtbar (vgl. auch AR GVP 11/1999, Nr. 2180 und BGE 135 II 38 E. 4.6-8 zur Nichtgenehmigung von Reglementen und Plänen untergeordneter Gemeinwesen). Soweit die Beschwerdeführerin mit Ziff. 2 allerdings nicht eine akzessorische, sondern eine abstrakte Normenkontrolle beantragt, ist auf die Beschwerde nicht einzutreten. Das Obergericht ist nach Art. 61 Abs. 3 der Kantonsverfassung (bGS 111.1) zur akzessorischen, nicht aber zur abstrakten Kontrolle kantonaler Erlasse befugt (vgl. J. Schoch, Leitfaden durch die Ausserrhodische Kantonsverfassung, Herisau 1996, S. 111 ff. zu Art. 61). Zulässiges Anfechtungsobjekt ist deshalb nicht der kantonale Erlass (StrG), sondern - wie in verschiedenen anderen Kantonen auch - nur der darauf gestützte Anwendungsakt und somit vorliegend die gestützt auf Art. 12 Abs. 2 StrG der Gemeinde eröffnete Nichtgenehmigung ihres Strassenreglements (vgl. P. Tschannen, Staatsrecht der Schweiz. Eidgenossenschaft, 3. A. 2011, N 5 u. 44 zu §11). Nicht einzutreten ist ferner auf pauschal erhobene Rügen, soweit sich für diese nachfolgend ergeben wird, dass es diesen an einer in der Beschwerde selber enthaltenen Begründung fehlt; darauf ist zurückzukommen. Die Gemeinde A___ ist im Übrigen aber als Adressatin des angefochtenen Entscheides formell beschwert und durch die Nicht-Genehmigung namentlich der Art. 7 und 24 ihres Strassenreglements in eigenen öffentlichen Interessen berührt. Insofern ist die Gemeinde gestützt auf Art. 32 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 59 VRPG zur Beschwerde berechtigt. Dies gilt auch dann, wenn sich im Folgenden ergeben sollte, dass die Gemeinde durch die Nichtgenehmigung nicht im Autonomiebereich, sondern im Bereich übertragener Befugnisse in eigenen Interessen berührt ist (vgl. AR GVP

18/2006, Nr. 2259, E. 3.). Da die Beschwerde auch form- und fristgerecht eingereicht wurde, ist darauf somit teilweise einzutreten.

2. Angefochten ist vorab die Nichtgenehmigung des Art. 7 rStrR. Die Vorinstanz hält diese für Privatstrassen und -wege geltende Bestimmung als nicht mit Art. 2 Abs. 2 StrG vereinbar.

2.1 Nach Art. 2 Abs. 2 StrG werden Privatstrassen entweder mit der ausdrücklichen Zustimmung der Eigentümerin, oder durch die Errichtung einer Dienstbarkeit nach Art. 781 ZGB zugunsten der Öffentlichkeit durch die zuständige Gemeindebehörde dem Gemeingebrauch gewidmet. Art. 7 rStrR sieht zunächst in Übereinstimmung mit Ziff. 2 Abs. 1 des Musterreglements und Art. 12 Abs. 1 lit. d StrG vor, dass Privatstrassen und -wege, die den technischen Anforderungen gemäss Art. 20 dieses Reglements genügen, durch den Gemeinderat dem Gemeingebrauch gewidmet werden können. Dies unter der Voraussetzung (Abs. 2, und insofern abweichend zu Art. 2 Abs. 2 StrG), dass ein öffentliches Interesse insbesondere hinsichtlich der Erschliessung oder des allgemeinen Verkehrs besteht. Der Gemeinderat möchte damit nach eigenen Angaben vermeiden, dass er vorgängig einer Widmung entweder die Zustimmung des Eigentümers der Privatstrasse oder das Eintragen einer Dienstbarkeit veranlassen muss. In Abs. 4 sieht er stattdessen vor, dass der mit einer Widmung zum Gemeingebrauch nicht einverständene Grundeigentümer sich dann nachträglich - im gleichen Verfahren wie zur Entwidmung - im Verfahren nach Art. 37 StrG auch gegen eine allfällige Enteignung einer Dienstbarkeit zur Wehr setzen könne.

2.2 Nach Lehre und Rechtsprechung ist die Widmung ein Verwaltungsakt, durch den eine Sache zur öffentlichen Sache im Gemeingebrauch erklärt wird (auch als dingliche Allgemeinverfügung qualifiziert). Die Widmung zum Gemeingebrauch ist dann unproblematisch und kann auch formlos erfolgen, wenn das Gemeinwesen, dem die Herrschaft über eine Strasse zukommt, auch ihr Eigentümer ist: Insbesondere Kantons- und Gemeindestrassen werden in aller Regel auf Flächen erstellt, die das Gemeinwesen zuvor freihändig, durch formelle Enteignung oder Landumlegung erworben hat, wobei später die Widmung häufig gar nicht mehr nachweisbar ist, weshalb sich die Widmung in diesen Fällen auch daraus ergeben kann, dass die Strasse seit unvordenklicher Zeit im Gemeingebrauch steht (vgl. Wiederkehr/Richli, Praxis des allgemeinen Verwaltungsrechts, Bd. II, N 144 ff. zu §8; F. Gygi, Verwaltungsrecht, 1986, S. 232 ff.). Die Widmung einer *im Privateigentum* stehenden Sache zum Gemeingebrauch setzt nach Lehre und Rechtsprechung voraus, dass dem Gemeinwesen die Verfügungsmacht über die Sache wie folgt zukommt: Die Verfügungsmacht des Gemeinwesens kann sich aus einem *zivilrechtlichen Titel* ergeben (Eigentum, beschränktes dingliches Recht) oder aber öffentlich-rechtlich begründet werden: dies setzt

eine explizite (förmliche oder formlose) Zustimmung des privaten Eigentümers oder eine unmittelbar wirkende öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkung voraus (Wiederkehr/Richli, a.a.O., N 148 zu §8; Imboden/Rhinow, Verwaltungsrechtsprechung, 6. Aufl., Nr. 116/B./III.). Anders als bei den im Eigentum des Gemeinwesens stehenden Strassen kann bei Privatstrassen durch Schweigen keine Zustimmung erfolgen, dass dem Gemeinwesen die Verfügungsmacht über die im Privateigentum stehende Sache zukommen soll: Das blosses Dulden beispielsweise von Unterhaltsarbeiten vermag keine Zustimmung der (privaten) Eigentümer der Strasse zu begründen, dass diese fortan als öffentliche Sache gelten könnte (vgl. Wiederkehr/Richli, a.a.O.; BGer vom 15.8.2012, 5A_348/2012, E 4.3.2). Daraus erhellt, dass das Gemeinwesen einer privaten Strasseneigentümerin (oder einer als Eigentümerin betroffenen öffentlich-rechtlichen Körperschaft) die Öffnung ihres Grundeigentums zum Gemeingebrauch nicht einfach aufzwingen kann; ein derartiges Vorgehen wäre mit der Eigentumsgarantie (Art. 26 BV) nicht zu vereinbaren, beseitigt doch die öffentlich-rechtliche Widmung das Recht des privaten Eigentümers, den Gemeingebrauch privat-autonom zu beschränken oder aufzuheben (vgl. A.W. Moser, Der öffentliche Grund und seine Benützung, Diss. Bern 2011, S. 39 und 377). Dass durch die Widmung ein öffentliches Benützungsrecht eingeräumt wird, ergibt sich vorliegend aus Art. 13 StrG, wonach Strassen im Gemeingebrauch einerseits "von allen" benutzt werden können und andererseits daraus, dass nach Abs. 2 dieser Bestimmung eine Beschränkung oder Aufhebung dieses Gemeingebrauchs nur im öffentlichen Interesse und nicht mehr im rein privaten Interesse erfolgen kann.

- 2.3** Für die Zuordnung einer Sache zum Verwaltungsvermögen genügt nicht, dass diese unmittelbar der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe dient, sondern die Sache muss dazu in der Verfügungsgewalt des Gemeinwesens stehen, sei es aufgrund des Eigentums, eines beschränkten dinglichen oder ausnahmsweise auch eines persönlichen Rechts (Rhinow/Krähenmann, Ergänzungsband, S. 352; Urteil BGer vom 15.8.2012, 5A_348/2012, E. 4.3.1/4.3.2). Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts zu Art. 6 Abs. 1 und Art. 664 Abs. 1 ZGB entscheidet das öffentliche Recht der Kantone darüber, ob und wieweit in ihrem Gebiet befindliche öffentliche Sachen dem Privatrecht oder dem öffentlichen Recht unterstehen. Die Kantone sind daher - entgegen den Ausführungen der Beschwerdeführerin in Ziff. 1.b ihrer Replik - grundsätzlich befugt, die Anwendung des Bundesprivatrechts auf die in ihrem Gebiet befindlichen öffentlichen Sachen auszuschliessen und diese Sachen einer rein öffentlichen Regelung zu unterwerfen (Rhinow/Krähenmann, a.a.O., S. 352; A.W. Moser, a.a.O., S. 25ff., auch zum Folgenden). Für eine rein öffentlich-rechtliche Regelung der Rechtsverhältnisse an öffentlichen Sachen hat sich indessen kein Kanton entschieden, sondern die meisten sehen einen dualistischen Ansatz vor und bestimmen im Einführungsgesetz zum Zivilgesetzbuch oder in Spezialerlassen wie eben der Strassenge-

setzung inwiefern besondere öffentlich-rechtliche Bestimmungen die Anwendbarkeit des Privatrechts einschränken. Der kantonale Gesetzgeber war somit ohne Verletzung von Bundesrecht befugt, die Widmung der Privatstrassen zum Gemeingebrauch in Art. 2 Abs. 2 StrG an zwei alternative Voraussetzungen zu knüpfen (ausdrückliche Zustimmung des Grundeigentümers, Errichtung einer Wegdienstbarkeit zugunsten der Öffentlichkeit) und für die Entwidmung in Art. 2 Abs. 5 StrG das davon abweichende Verfahren in Art. 37 ff. StrG vorzusehen. Dass es zum Erlangen der Verfügungsgewalt auch noch andere Formen von öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen gegeben hätte (vgl. Moser, a.a.O., S. 39 f.), vermag nichts daran zu ändern, dass sich der kantonale Gesetzgeber auf zwei Formen, wie das Gemeinwesen die Verfügungsmacht über eine Privatstrassen erlangen kann, beschränken durfte. Eine abschliessende Regelung, wie das Gemeinwesen die erforderliche Verfügungsmacht erlangen kann, kennen denn auch andere Kantone. So hat der Kanton Bern in Art. 13 Abs. 3 seines aus dem Jahre 2008 stammenden Strassengesetzes ebenfalls abschliessend und weitgehend in gleicher Weise bestimmt, dass Privatstrassen dem Gemeingebrauch wie folgt gewidmet werden: a) durch Verfügung der Gemeinde, wenn die Grundeigentümerin oder der Grundeigentümer zugestimmt hat; b) durch Errichtung einer Wegdienstbarkeit zugunsten der Öffentlichkeit oder c) durch die Übertragung der Unterhaltspflicht an einer dem allgemeinen Verkehr offenen Strasse an die Gemeinde. Dass unser Kanton sich auf zwei dieser drei Formen beschränkt hat, ist nicht zu beanstanden und dient einer gewissen Vereinheitlichung des kantonalen Strassenrechts, wie sie der Gesetzgeber mit dem neuen StrG angestrebt hat, und zwar unter Inkaufnahme einer gewissen Beschränkung der zuvor im Bereich des Gemeindestrassenwesens noch kaum begrenzten Gemeindeautonomie (vgl. Erläuternder Bericht zur Totalrevision Strassengesetz, vom 2. Dez. 2008, S. 2).

Dass der kantonale Gesetzgeber die Zustimmung des Grundeigentümers nicht auch ausdrücklich an den Erlass einer die Widmung anordnenden Verfügung geknüpft hat, ändert nichts daran, dass die Gemeindebehörde auch hierorts nicht um das Eröffnen einer Verfügung als notwendiger Widmungsakt herumkommt: die Gemeinde A___ hat nämlich - insofern in Übereinstimmung mit Ziff. 2 des Musterreglements - in Art. 7 Abs. 1 rStrR die Widmung durch den Gemeinderat an die Voraussetzung geknüpft, dass die betreffenden Privatstrassen und -wege den technischen Anforderungen in Art. 20 ihres Reglements genügen. Damit ist die Gemeindebehörde faktisch und rechtlich ebenfalls gehalten, die Widmung zum Gemeingebrauch jedenfalls bei Privatstrassen stets mittels einer Verfügung zu beschliessen, muss sie doch für alle Betroffenen verbindlich und anfechtbar feststellen, dass die zu widmende Privatstrasse den technischen Anforderungen genügt. In ihrer Verfügung kann und sollte sie dann jeweils auch festhalten, dass der oder die betroffenen privaten Strasseneigentümer der Widmung zum Gemeingebrauch gegebenenfalls zugestimmt haben. Nachdem ihre Verfügung in Rechtskraft erwachsen ist, kann sie diese

dann auch als öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkung im Grundbuch anmerken lassen. Dazu besteht in Art. 93 StrG eine gesetzliche Grundlage und die Grundbuchämter sind dann auch zu deren Anmerkung befugt. Inwiefern das bei Privatstrassen nach dem Gesagten ohnehin erforderliche Eröffnen einer Verfügung als Widmungsakt mit anschliessender Anmerkung im Grundbuch nicht praktikabel oder mit grossen Unkosten verbunden sein soll, ist nicht ersichtlich. Die Beschwerdeführerin scheint zu übersehen, dass eine blossen Anmerkungen im Grundbuch nach dem für die Gemeinden massgebenden Gebührentarif (bGS 153.2, Art. 12 Ziff. 8.5) nur geringe oder allenfalls gar keine Gebühren zur Folge hat. Soweit die Gemeinde A___ ferner behaupten lässt, eine stillschweigende, mündliche oder schriftliche Zustimmung sei mit einer grossen Rechtsunsicherheit verbunden, so verkennt sie auch Folgendes: Art. 2 Abs. 2 StrG setzt für Privatstrassen eine *ausdrückliche* Zustimmung voraus, so dass eine bloss stillschweigende Zustimmung des privaten Eigentümers ohnehin nicht genügt. Dasselbe ergibt sich auch aus der Rechtsprechung zum blossen Dulden der allgemeinen Benützung (vgl. Moser, a.a.O., Fn 203, m. H. auf Urteil BGer 1P.375/1991, E. 5). Ist für Privatstrassen zumindest eine mündliche oder schriftliche Zustimmung der Eigentümer erforderlich, muss diese danach mittels Verfügung für alle Beteiligten in verbindlicher Form eröffnet werden. Sobald diese Verfügung in Rechtskraft erwachsen ist, kann der Gemeinderat die Widmung im Grundbuch anmerken lassen, und fortan steht es nicht mehr im Belieben der privaten Eigentümer und deren Rechtsnachfolger, diesen öffentlich-rechtlichen Widmungsakt durch blossen Widerruf ihrer Zustimmung in Frage zu stellen. Die Beschwerdeführerin scheint zu übersehen, dass die auf Zustimmung der privaten Strasseneigentümer hin erfolgte Widmung zum Gemeingebrauch als rechtsgestaltender Verwaltungsakt durch das Gemeinwesen erfolgt und nicht etwa durch die betreffenden Privatpersonen (vgl. Moser, a.a.O., S. 41 Fn. 205). Entsprechend liegt danach auch eine allfällige Entwidmung (als Widerruf des Widmungsakts) nicht im Belieben der zustimmenden Eigentümer, sondern im pflichtgemässen Ermessen des Gemeinwesens. Der betreffende Privateigentümer kann zwar ein Gesuch um Entwidmung "seiner" Strasse stellen, aber diese wird ihm durch den dafür zuständigen Gemeinderat im Verfahren nach Art. 2 Abs. 5 in Verbindung mit Art. 37 StrG nur gewährt, wenn der Gemeingebrauch - bei veränderten Verhältnissen - im öffentlichen Interesse aufgehoben oder beschränkt werden kann (Art. 13 Abs. 2 StrG). Von einer Rechtsunsicherheit als Folge einer "bloss" durch Zustimmung erfolgten Widmung zum Gemeingebrauch kann somit keine Rede sein.

- 2.4** Soweit die Beschwerdeführerin an ihrer Rüge, die Gemeindeautonomie sei verletzt, in ihrer Replik festhält, bleibt festzustellen, dass die Gemeindeautonomie bei der Widmung von Privatstrassen zum Gemeingebrauch durch die abschliessende Regelung in Art. 2 Abs. 2 nicht verletzt ist: die Autonomie wurde durch den kantonalen Gesetzgeber einzig dahingehend eingeschränkt, dass kantonal abschliessend bestimmt wurde, wie das Gemein-

wesen die notwendige Verfügungsmacht vorgängig einer Widmung zum Gemeingebrauch erlangen kann, nämlich entweder durch die vorgängige Zustimmung des Eigentümers der Privatstrasse oder durch die Errichtung einer Dienstbarkeit nach Art. 781 ZGB. Im Übrigen bleibt es aber weitgehend dem Ermessen des Gemeinwesens überlassen, welche Privatstrassen auf Gemeindegebiet es dem Gemeingebrauch widmen will. Da auch Zufahrtswege im Gegensatz zu Zufahrtsstrassen und Quartierserschliessungsstrassen "in der Regel" nicht dem allgemeinen Motorfahrzeugverkehr offen stehen (Art. 3 Abs. 4 im Gegensatz zu Abs. 3 der kantonalen Strassenverordnung, StrV, bGS 731.111), sind die Gemeinden nicht verpflichtet, alle Privatstrassen dem Gemeingebrauch zu widmen, wie dies die Beschwerdeführerin fälschlicherweise anzunehmen scheint. Bei der Strassenklassierung bleibt den Gemeinden ein weiterer Ermessensspielraum, um die Widmung der Privatstrassen zum Gemeingebrauch ihrem Umfang nach selber zu bestimmen. Daher kann eine Verletzung der Autonomie im Sinne von Art. 101 Abs. 2 KV (bGS 111.1) durch die strittige Nichtgenehmigung des Art. 7 Abs. 2 rStrR nicht festgestellt werden. Auch durch die vom Kantonsrat erlassenen abschliessenden Vorgaben in Art. 2 Abs. 2 StrG ist eine Verletzung der Gemeindeautonomie ausgeschlossen, da deren Umfang ohnehin durch das kantonale (und eidgenössische) Recht bestimmt wird (Art. 101 Abs. 1 KV). Darauf hat die Vorinstanz in ihrer Stellungnahme ausführlich und zutreffend hingewiesen. Darauf kann verwiesen werden. Somit besteht kein Grund, Art. 2 Abs. 2 StrG die Anwendbarkeit zu versagen. Das diesbezügliche Feststellungsbegehren ist abzuweisen, soweit darauf akzessorisch eingetreten werden kann (vgl. oben E. 1).

- 2.5** Weil die Widmung einer Privatstrasse zum Gemeingebrauch nach kantonalem Recht (Art. 2 Abs. 2 StrG) sowie verfassungskonform entweder die Zustimmung des Eigentümers oder die Errichtung einer Dienstbarkeit nach Art. 781 ZGB voraussetzt, hat die Vorinstanz der Lösung der Gemeinde, welche sich durch Art. 7 Abs. 2 und 3 rStrR das Recht zur Widmung durch eine öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkung eigener Prägung verschaffen wollte, zu Recht die Genehmigung verweigert. Soweit die Beschwerdeführerin in ihrer Replik für den Fall, dass beim privaten Strasseneigentümer keine Zustimmung zur Widmung erlangt werden kann, die Errichtung einer Dienstbarkeit gemäss Art. 781 ZGB als nicht notwendig und nicht angemessen bezeichnet, kann ihr nämlich auch darin nicht gefolgt werden. Die Vorinstanz hat zu Recht darauf hingewiesen, dass bei fehlender Zustimmung alternativ nur die Errichtung einer Dienstbarkeit in Frage kommen kann, wobei neben dem freihändigen Erwerb oder durch Landumlegung als ultima ratio der Gemeinde nach Art. 44 Abs. 1 StrG zum Erwerb dieses dinglichen Rechts auch der Enteignungsweg offen steht (dasselbe ergibt sich auch aus Art. 2 Ziff. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 2 Enteignungsgesetz, bGS 711.1). Der Erwerb einer Dienstbarkeit bzw. eines dinglichen Rechts an einem privaten Strassengrundstück hat demnach auf dem Weg der *formellen* Enteignung

zu erfolgen. Da die Gemeinde sich die Verfügungsmacht über das private Strassengrundstück auf dem formellen Enteignungsweg verschaffen kann, gehen die Ausführungen der Beschwerdeführerin aber auch der Vorinstanz zur *materiellen* Enteignung und deren Entschädigungsfolgen an der Sache vorbei. Der Weg über die in Art. 7 Abs. 2 und 3 rStrR vorgesehene öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkung steht der Gemeinde somit nicht offen, so dass offen bleiben kann, ob mit einer solchen Lösung die Schwelle zur materiellen (sprich entschädigungspflichtigen) Enteignung überschritten wäre, wie dies die Beschwerdeführerin bestreitet und die Vorinstanz bejaht. Bei der nach kantonalem Recht für die zwangsweise Errichtung einer Dienstbarkeit vorbehaltenen formellen Enteignung ist zweifellos eine volle Entschädigung geschuldet (statt vieler: vgl. Vallender/Hettich, St. Galler Kommentar, N 57 zu Art. 26 BV). Wie die volle Entschädigung bei einer Uneinigkeit auch über die Bemessung festzulegen ist, bestimmt ebenfalls das kantonale Enteignungsgesetz (in Art. 20). Weil damit das Verfahren der Widmung einer Privatstrasse zum Gemeingebrauch bis in alle Einzelheiten durch kantonales Gesetzesrecht bestimmt ist, steht fest, dass die Vorinstanz der davon abweichenden kommunalen Regelung (Art. 7 Abs. 2 und 3 rStrR) jedenfalls zu Recht die Genehmigung verweigert hat. In diesem Hauptpunkt erweist sich die Beschwerde als unbegründet und ist abzuweisen.

- 2.6** Soweit die Beschwerdeführerin beantragt, es sei auch bezüglich Art. 2 Abs. 3 StrG die Nicht-Anwendbarkeit festzustellen, hat sie es vor Obergericht durchwegs unterlassen, dieses Begehren zu begründen. Das Gericht ist nicht gehalten, in den bei den Vorinstanzen eingereichten Eingaben der Beschwerdeführerin nach einer allfälligen Begründung zu suchen (vgl. AR GVP 24/2012, Nr. 3586). Auch aus diesem Grund ist auf das Art. 3 Abs. 3 StG betreffende Feststellungsbegehren nicht einzutreten.
- 3.** Die Vorinstanz betrachtet die in Art. 24 Abs. 2 rStrR vorgesehene Anknüpfung der kommunalen Beiträge an den Unterhalt der öffentlichen Strassen und Wege im privaten Eigentum an das Bestehen eines Perimeters (gemäss Art. 22 rStrR bzw. Art. 79 und 82 StrG) als nicht zulässig. Ihrer Auffassung nach sei für die Beitragspflicht nach Art. 81 StrG nicht relevant, wie die privaten Grundeigentümer oder eine Flurgenossenschaft ihre Unterhaltsbeiträge verlegen würden. Dem hält die Beschwerdeführerin entgegen, in Art. 24 Abs. 1 rStrR sei der gesetzliche Mindestbeitrag im Sinne von Art. 81 StrG geregelt. Weil die Gemeinde in Art. 24 Abs. 2 StrR aber höhere Beiträge an den Unterhalt vorgesehen habe, sei sie berechtigt, diese weitergehenden Gemeindebeiträge an Bedingungen zu knüpfen. Die höheren Beiträge werden nach Abs. 2 (und laut Edikt) dann ausgerichtet, wenn ein Perimeter die Kostenverteilung nach dem wirtschaftlichen Sondervorteil regelt, wenn die Strassen in der Bauzone liegen oder wenn diese von grosser lokaler Bedeutung sind. Ge-

mäss ihrer Replik verspricht sich die Beschwerdeführerin davon eine Beruhigung der in einigen Flurgenossenschaften andauernden Streitigkeiten um eine gerechtere Verteilung der Unterhaltskosten.

- 3.1** Nach Art. 81 StrG leistet die Gemeinde an den betrieblichen und baulichen Unterhalt von öffentlichen Strassen im privaten Eigentum Beiträge, welche bei Sammelstrassen minimal 50%, bei Erschliessungsstrassen minimal 15%, bei land- und forstwirtschaftlichen Güterstrassen minimal 10% und bei separaten Wegen minimal 15% betragen. Den konkreten Beitragssatz legen die Gemeinden im Reglement fest (Abs. 2). Vom Wortlaut her erlaubt diese Bestimmung den Gemeinden für einzelne Strassenklassen auch über dem Minimalsatz liegende Beiträge an den Unterhalt vorzusehen. Abgesehen vom Minimalsatz bleibt den Gemeinden überlassen, nach welchen Kriterien sie gegebenenfalls einen höheren Beitragssatz zusprechen. Verlangt ist nur, dass sie diese in ihrem Reglement festlegen. Sinn und Zweck dieser Bestimmung ergibt sich aus den Erläuterungen des Departements Bau und Umwelt zur Totalrevision Strassengesetz (vom 2. Dezember 2008): Demnach erhalten die Gemeinden vom Kanton Beiträge für den Bau und Unterhalt der öffentlichen Strassen - aber nicht nur für die Gemeindestrassen, sondern auch für die öffentlichen Strassen im privaten Eigentum. Von diesen Geldern sollen auch Dritte profitieren, wenn sie ihre Privatstrassen der Öffentlichkeit zur Verfügung stellen oder wenn Flurgenossenschaften Erschliessungsaufgaben von der Gemeinde übernehmen. Entsprechend wurden in Abs. 1 lit. a-d Minimalsätze festgelegt (a.a.O., S. 39 zu Art. 82, der dem heutigen Art. 81 StG entspricht). Die angestrebte Weitergabe der aus der LSVA und den Strassenverkehrssteuern stammenden Gelder an die genannten Dritten ist erfüllt, wenn die Gemeinde sich auf die Ausrichtung der gesetzlichen Minimalbeiträge beschränkt. Eine Vereinheitlichung der Vergabe der allenfalls höheren Gemeindebeiträge ist für das Erreichen der kantonalen Zielsetzung grundsätzlich nicht erforderlich. Dies lässt darauf schliessen, dass die Gemeinden die Beitragshöhe autonom festlegen können, sobald sie Unterhaltsbeiträge über dem Minimalsatz ausrichten und den Privaten aber auch die Möglichkeit offen stehen muss, den Minimalsatz ohne Bindung an zusätzliche kommunale Bedingungen erhalten zu können. Diesen Anforderungen genügt Art. 24 rStrR, steht es doch den Normadressaten wahlweise offen, sich entweder für die Minimalbeiträge nach Abs. 1 oder aber für die höheren Beiträge zu entscheiden, wofür sie dann aber die genannten besonderen Voraussetzungen des Abs. 2 erfüllen müssen. Der nach Sinn und Zweck somit zu engen Auslegung des Art. 81 StrG durch die Vorinstanz kann nicht gefolgt werden. In diesem Punkt erweist sich die Beschwerde als begründet, weshalb die Nichtgenehmigung des Art. 24 Abs. 2 rStrR antragsgemäss aufzuheben und die Genehmigung insofern zu erteilen ist.

4. Im angefochtenen Entscheid hat die Vorinstanz nebst den beiden, eben in Erw. 2 und 3 erwähnten gewichtigen Mängeln noch diverse andere materielle und formelle Mängel unter Hinweis auf die Ausführungen in den beiden Vorprüfungsberichten (vom 10.3 und 24.4.2014) beurteilt und bestätigt. Sie empfahl der Beschwerdeführerin ausdrücklich, diese Mängel unter Zuhilfenahme der beiden Vorprüfungsberichte zu beheben. Die Beschwerdeführerin lässt zu diesen insbesondere das Strassenverzeichnis, die Einteilung und Übernahme von Privatstrassen, die Benützungsgebühren, den Winterdienst und die Kostenteilung betreffenden Mängeln einzig pauschal rügen (C/9), dass die Vorinstanz diese unbesehen vom DBU übernommen habe. Damit habe sie ihre Prüfungspflicht verletzt und die Nichtgenehmigung sei nur mangelhaft begründet. Daran anschliessend behielt sich die Beschwerdeführerin vor (C/10), im Schriftenwechsel weitere Beweismittel und rechtliche Argumente beizubringen. In ihrer Replik finden sich dann aber dazu keinerlei weitere Argumente oder Beweismittel. Dazu ist folgendes festzuhalten:

4.1 Die Genehmigung eines kommunalen Reglements durch den Regierungsrat hat als präventives Aufsichtsmittel eine summarische und provisorische Rechtskontrolle zur Folge, und schliesst eine spätere Überprüfung in einem abstrakten oder konkreten Normenkontrollverfahren durch eine Rechtsmittelinstanz nicht aus. Dabei gilt der Grundsatz als anerkannt, dass der Regierungsrat nur unwesentliche Mängel, so etwa Fehler stilistischer, redaktioneller oder formeller Art oder Unklarheiten bei der Regelung des Rechtsmittelweges, *selbständig* beheben und den Gemeindeerlass mit diesen Änderungen genehmigen darf. Die Genehmigung von wesentlich geänderten Normen setzt dagegen immer einen Beschluss der unteren, die Genehmigung beantragenden Behörde voraus (A.R. Gadola, Der Genehmigungsentscheid als Anfechtungsobjekt in der Staats- und Verwaltungsrechtspflege, AJP 1993, S. 292). Wird diesem Grundsatz Rechnung getragen und ferner in Betracht gezogen, dass der Beschwerdeführerin in den zwei Vorprüfungen die diversen Mängel einlässlich erläutert wurden, so dürfen an die daran anschliessende (Nicht-)Genehmigung keine überhöhten Anforderungen an die Begründung gestellt werden. Es muss der Genehmigungsbehörde erlaubt sein, auf die Vorprüfungen zu verweisen, zumal es sich hier um ein Verfahren zwischen Behörden und nicht um ein solches unter Beteiligung der nicht näher mit der Sache befassten Bürger handelt. Der Gemeinderat war in Verbindung mit den beiden Vorprüfungen jedenfalls in der Lage, sich mit den gerügten und von der Vorinstanz bestätigten Mängeln auseinanderzusetzen und die Beschwerde entsprechend detailliert zu begründen. Wenn er sich stattdessen ohne jede Bezugnahme auf die einzelnen Mängel mit der pauschalen Rüge begnügt, die Vorinstanz habe ihre Prüfungspflicht verletzt, so hat er erneut seine Begründungspflicht verletzt (vgl. oben E. 2.6).

- 4.2** Zusammenfassend steht damit fest, dass die Beschwerde einzig hinsichtlich der Bestimmung in Art. 24 Abs. 2 rStrR gutgeheissen werden kann. Insofern ist die angefochtene Nichtgenehmigung aufzuheben und dieser Bestimmung ist die Genehmigung zu erteilen. Hingegen handelt es sich bei Art. 7 Abs. 2 und 3 rStrR um eine mit dem höherrangigen Recht nicht vereinbare Norm, weshalb die Beschwerde insofern abzuweisen ist. Im Übrigen kann auf die Beschwerde - aus den genannten Gründen - nicht eingetreten werden, weshalb es mit Ausnahme von Art. 24 Abs. 2 rStrR bei der Nichtgenehmigung bleibt.
- 5.** Bei der Beschwerdeführerin wird in Anwendung von Art. 22 Abs. 1 VRPG auf die Erhebung einer Entscheidgebühr verzichtet.

Demnach erkennt das Obergericht:

1. In teilweiser Gutheissung der Beschwerde der Gemeinde A____ wird die Nichtgenehmigung des Strassenreglements durch den Regierungsrat (vom 9. September 2014) einzig insofern aufgehoben, als der Bestimmung in Art. 24 Abs. 2 Strassenreglement die Genehmigung verweigert wurde und diese nunmehr erteilt wird. Im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.
2. Auf die Erhebung einer Entscheidgebühr wird verzichtet.
3. **Rechtsmittel:** Gegen dieses Urteil kann innert 30 Tagen seit dessen Zustellung beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten gemäss Art. 39 ff., 82 ff. und 90 ff. des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (BGG, SR 173.110) geführt werden.
4. Zustellung dieses Urteils an die Beschwerdeführerin und die Vorinstanz.

Im Namen der 4. Abteilung des Obergerichts

Der Obergerichtspräsident:

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. Ernst Zingg

lic. iur. Toni Bienz

versandt am: 21.10.15