

# **BE\_BVD 110 2019 132 vom 15. Oktober 2019**

Be Bvd, 2019-10-15, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/be\\_bvd\\_110\\_2019\\_132](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/be_bvd_110_2019_132)

FR: BE\_BVD 110 2019 132 du 15 octobre 2019

IT: BE\_BVD 110 2019 132 del 15 ottobre 2019

## **Regeste**

Sanierung Zufahrtsstrasse | Amsoldingen

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Eintretensvoraussetzungen a) Der Entscheid der Gemeinde vom 5. Juli 2019 ist ein Gesamtentscheid im Sinne von Art. 9 Abs. 1 KoG<sup>4</sup>, die Verfügung des AGR eine weitere Verfügung im Sinne von Art. 9 Abs. 2 Bst. b KoG. Beide sind gestützt auf Art. 11 Abs. 1 KoG in Verbindung mit Art. 5 Abs. 1 KoG mit Beschwerde nach Art. 40 Abs. 1 BauG<sup>5</sup> bei der BVE anfechtbar. Diese ist somit zur Beurteilung der Beschwerde zuständig. b) Zur Beschwerde befugt sind die Baugesuchstellerinnen, die Baugesuchsteller, die Einsprecherinnen, die Einsprecher und die zuständige Gemeindebehörde (Art. 10 KoG i.V.m. Art. 40 Abs. 2 BauG). Einspracheberechtigt sind nach Art. 35 Abs. 2 Bst. c BauG die Behörden der Gemeinden und die Organe von Gemeindeverbindungen, des Kantons und des Bundes. Im bernischen Verfassungsrecht ist der Begriff "Organ" weiter gefasst als im Privatrecht und umfasst jede für den Kanton tätige Person.<sup>6</sup> Daraus ist abzuleiten, dass der Begriff "Organ" auch im Baurecht und damit bei Art. 35 Abs. 2 Bst. c BauG weit auszulegen ist und

### **E. 4**

Koordinationsgesetz vom 21. März 1994 (KoG; BSG 724.1).

### **E. 5**

Baugesetz vom 9. Juni 1985 (BauG; BSG 721).

### **E. 6**

Vgl. für den Bereich der Staatshaftung: Art. 71 der Verfassung des Kantons Bern vom 6. Juni 1993 (KV; BSG 101.1) sowie die Ausführungen dazu in Walter Kälin/Urs Bolz, Handbuch des bernischen Verfassungsrechts, 1995, Art. 71 N. 2a. Ebenso Art. 69 Abs. 3 KV für den Bereich der Delegation.

RA Nr. 110/2019/132 Seite 4 von 13 nicht die Verfügungs- oder Entscheidungsbefugnis einer Amtsstelle voraussetzt. Eingeschränkt wird das Einspracherecht der Behörden und Organe vielmehr dadurch, dass diese nur Rügen zur Wahrung der ihnen anvertrauten öffentlichen Interessen erheben können (Art. 35c Abs. 2 BauG). Diese Voraussetzung ist vorliegend erfüllt: Gemäss Art. 31 SV7 ist das Tiefbauamt die kantonale Fachstelle für Fuss- und Wanderwege im Sinne des Bundesrechts. Das TBA ist daher gestützt auf Art. 35 Abs. 2 Bst. c und Art. 35c Abs. 2 BauG zur Einsprache befugt. c) Vorliegend hat der Beschwerdeführer im vorinstanzlichen Verfahren keine Einsprache, sondern lediglich einen negativen Fachbericht eingereicht. Es stellt sich deshalb die Frage, ob er dennoch zur Beschwerde

legitimiert ist. Die BVE hat diesbezüglich in der Vergangenheit die Ansicht vertreten, dass die zuständige Behörde nur zur Beschwerde legitimiert ist, wenn sie im Baubewilligungsverfahren Einsprache erhoben hat.<sup>8</sup> Diese Haltung erweist sich aufgrund eines neueren Verwaltungsgerichtsentscheidungs<sup>9</sup> als überholt. Darin anerkannte das Verwaltungsgericht des Kantons Bern – entgegen dem Schluss der BVE – die Beschwerdebefugnis der Kantonalen Denkmalpflege (KDP) und kam dabei zum Schluss, dass es bei Einreichen des negativen Fachberichts im Verlauf des Verfahrens innerhalb der Einsprachefrist überspitzt formalistisch wäre, als Voraussetzung für eine allfällige Beschwerde der Amtsstelle an die BVE zusätzlich eine förmliche Einsprache zu verlangen. Dieser Rechtsprechung ist auch vorliegend zu folgen. Der Beschwerdeführer hat in seinem negativen Fachbericht klar zu bekennen gegeben, wieso das umstrittene Bauvorhaben nicht bewilligt werden kann. Dieser Fachbericht vom 3. April 2019 ging während der Einsprachefrist ein (gemäss angefochtenem Entscheid vom

#### **E. 7**

Strassenverordnung vom 29. Oktober 2008 (SV; BSG 732.111.1).

#### **E. 8**

BDE 110/2015/128 vom 10. März 2016, auch BDE 11188-99 B1 vom 31. März 2000, E. 2.2, in BVR 2001 S. 128 (in beiden Fällen hat die BVE jedoch den angefochtenen Entscheid aufgrund erheblicher Mängel gestützt auf Art. 40 Abs. 3 BauG von Amtes wegen aufgehoben).

#### **E. 9**

VG 2016/98 vom 5. Dezember 2017, E. 4, bestätigt durch BGer 1C\_38/2018 vom 6. September 2018, beide in BVR 2018 S. 469.

#### **E. 10**

Vgl. Kommentar Ludwig zu den in der FN 9 erwähnten Entscheiden, in BVR 2018 S. 480.

RA Nr. 110/2019/132 Seite 5 von 13 2. Streitgegenstand a) Anfechtungsobjekt ist die Verfügung der Vorinstanz. Der Streitgegenstand braucht sich nicht mit dem Anfechtungsobjekt zu decken, kann aber auch nicht über dieses hinausgehen. Innerhalb dieses Rahmens bestimmen die Parteien den Streitgegenstand. Sowohl für das Einleiten eines Beschwerdeverfahrens als auch für dessen Umfang und eine allfällige vorzeitige Beendigung gilt somit die Verfügungs- oder Dispositionsmaxime sowie das Rügeprinzip. Die Parteien können den Streitgegenstand im Verlauf des Verfahrens nicht erweitern, sondern nur einschränken.<sup>11</sup> b) Mit dem angefochtenen Entscheid bewilligte die Vorinstanz die Sanierung der Zufahrtsstrasse zum C.\_\_\_\_\_ 2 und den Anschluss der Liegenschaft C.\_\_\_\_\_ 2 an die Abwasserreinigungsanlage. Der Beschwerdeführer beantragt zwar die Aufhebung des gesamten Bauentscheids. Als kantonale Fachstelle für Fuss- und Wanderwege wehrt er sich aber einzig gegen die Sanierung der Zufahrtsstrasse. Der Antrag ist daher unter Zuhilfenahme der Begründung so zu verstehen, dass der Beschwerdeführer bloss die Aufhebung der Baubewilligung hinsichtlich dieser Sanierung verlangt. Der ebenfalls bewilligte Anschluss der Liegenschaft C.\_\_\_\_\_ 2 an die Abwasserreinigungsanlage, welcher nichts mit dem hier umstrittenen Bauvorhaben zu tun hat, bildet daher nicht Streitgegenstand des vorliegenden Verfahrens. 3. Eingriff in Wanderweg a) Das von der Vorinstanz bewilligte Bauvorhaben umfasst eine vollflächige Betonierung eines rund 120 m langen Teilstücks des Weges "C.\_\_\_\_\_ " (im bewilligten

Situationsplan<sup>12</sup> grün eingetragen, bezeichnet als "unteres Teilstück"), wobei gemäss den unbestritten gebliebenen Ausführungen des Beschwerdeführers auf rund 90 m dieses Teilstücks bereits in einem früheren Verfahren das Einbringen eines Asphaltgranulats bewilligt wurde.<sup>13</sup> Auf diesem Teilstück bewilligte die Vorinstanz damit einen Belagsersatz auf einer Länge von rund 90 m (von Asphaltgranulat zu vollflächigem Beton) und eine

#### **E. 11**

Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum bernischen VRPG, 1997, Art. 72 N. 6 bis 8.

#### **E. 12**

Situationsplan vom 18.12.2018, mit Bewilligungsstempel der Gemeinde vom 5. Juli 2019.

#### **E. 13**

Bauentscheid der Gemeinde vom 9. März 2015 zu Baugesuchsnummer 0921.2012.013, vgl. insbesondere den damals bewilligten Plan "Situation 1:1000" vom 10. September 2012 mit Stempel Gemeinde vom 9. März 2015, worin dieses Teilstück auch rund 90 m beträgt.

RA Nr. 110/2019/132 Seite 6 von 13 vollflächige Neubetonierung auf einer Länge von rund 30 m. Im oberen Teilstück dieses Weges mit einer Länge von rund 170 m (im bewilligten Situationsplan rot eingetragen, bezeichnet als "oberes Teilstück") bewilligte die Gemeinde mit dem angefochtenen Entscheid den Einbau von Beton im Bereich der Fahrspuren. Der betreffende Weg ist Teil der im kantonalen Sachplan Wanderroustennetz eingetragenen Ergänzungsrouten I.\_\_\_\_\_ Die rund 90 m des unteren Wegstücks mit Asphaltgranulat sind im Sachplan als Ergänzungsrouten mit Hartbelag verzeichnet, der Rest des betroffenen Abschnitts (rund 30 m des unteren Wegstücks, rund 170 m des oberen Wegstücks) als Ergänzungsrouten mit Naturbelag. Der Weg ist zudem Teil der im Bundesinventar der historischen Verkehrswege der Schweiz (IVS) inventarisierten Strecke J.\_\_\_\_\_ von lokaler Bedeutung mit Substanz. b) Der Beschwerdeführer rügt, er habe im Fachbericht beantragt, die Bewilligung sei nicht zu erteilen, da der Wanderweg mit einem für Wanderer ungeeigneten Belag versehen werden solle und ein entsprechender Ersatz fehle. Die Gemeinde sei auf seine Forderung nicht eingegangen. Der im FWG beschriebene Zielzustand für das Wanderwegnetz laute, dass dieses keine grösseren Wegstrecken mit ungeeigneten Belägen enthalten solle. Um diesen Zielzustand zu erreichen, sei Ersatz auch für kürzere Belagsstrecken erforderlich, da sonst daraus über die Zeit grössere Belagsstrecken entstünden. Dies zeige sich auch in Amsoldingen deutlich, wo bereits über 50 % des Wanderwegnetzes mit Hartbelägen versehen sei. Die Praxis des Kantons Bern wende zwar einen sogenannten Toleranzbereich an, wonach die Fachstelle dem Belagseinbau zustimme, wenn die vorgesehene Belagsstrecke bei einem Vorhaben innerhalb des Bereichs von 100 bis 200 m liege und kein angemessener Ersatz realisierbar sei. Vorliegend sei jedoch auch dieser Toleranzbereich ausgereizt. Indem die Gemeinde das Bauvorhaben ohne Ersatzpflicht bewilligt habe, habe sie gegen das FWG verstossen. Die Gemeinde entgegnet in ihrer Stellungnahme vom 3. September 2019, das untere Wegstück, welches vollumfänglich mit Beton befestigt werden soll, werde im Sachplan Wanderroustennetz bereits als vollbefestigt geführt. Das obere Teilstück werde bewusst nicht vollflächig, sondern nur in den Fahrspuren befestigt. In der Mitte bleibe ein Grünstreifen. Somit verändere sich gegenüber dem Sachplan Wanderroustennetz nichts. Der gesamte Abschnitt von K.\_\_\_\_\_ bis L.\_\_\_\_\_, auf welchem sich der projektierte

RA Nr. 110/2019/132 Seite 7 von 13 Asphaltweg befinde, werde von den Wanderern extrem selten genutzt, er diene eher als Biker-Strecke. Das AGR führte mit Stellungnahme vom 3. September 2019 aus, es habe im Bewilligungsverfahren keine Kenntnisse vom negativen Fachbericht des Beschwerdeführers gehabt. Man habe sich hierzu nicht äussern können bzw. keine abschliessende raumplanungsrechtliche Interessenabwägung nach Art. 34 Abs. 4 RPV14 vornehmen können. Die Verfügung vom 29. Mai 2019 sei somit nicht vollständig; es fehle die raumplanungsrechtliche Interessenabwägung mitsamt dem ablehnenden Fachbericht "Wanderweg und IVS". Dem Vorhaben dürfte vorliegend ein überwiegendes Interesse entgegenstehen und es sei voraussichtlich mit einer negativen Verfügung ihrerseits zu rechnen. Die Beschwerde sei daher gutzuheissen. c) Das FWG verpflichtet die Kantone, dafür zu sorgen, dass Fuss- und Wanderwege angelegt, unterhalten und gekennzeichnet werden, diese Wege frei und möglichst gefahrlos begangen werden können und der öffentliche Zugang rechtlich gesichert ist (Art. 6 Abs. 1 FWG). Ein wichtiges Anliegen der Gesetzgebung ist es zu verhindern, dass sich die Lage der Wanderwege verschlechtert.<sup>15</sup> Für angemessenen Ersatz durch vorhandene oder neu zu schaffende Wege ist zu sorgen, wenn die in den Plänen enthaltenen Fuss- und Wanderwegnetze oder Teile davon aufgehoben werden müssen (Art. 7 Abs. 1 FWG). Dies gilt beispielsweise, wenn solche Wege auf einer grösseren Wegstrecke mit Belägen versehen werden, die für die Fussgängerinnen und Fussgänger ungeeignet sind (Art. 7 Abs. 2 Bst. d FWG). Für Wanderwege ungeeignet sind namentlich alle bitumen-, teer- oder zementgebundenen Deckbeläge (Art. 6 FWV). Gemäss der gängigen Praxis im Kanton Bern gelten Strecken ab 100 m bei vollflächigen Belägen und Strecken ab 200 m bei nicht vollflächigen Belägen (Fahrspuren) als grössere Wegstrecken. d) Die Strecke, welche gemäss dem Baugesuch der Beschwerdegegnerschaft mit betonierten Asphaltspuren versehen werden soll, beträgt rund 170 m. Auf einer Teilstrecke von rund 30 m des unteren Teilstücks soll der Naturbelag zudem neu durch einen vollflächigen Betonbelag ersetzt werden. Bei beiden Strecken handelt es sich unstrittig um Wegstrecken mit Belägen, die für die Fussgängerinnen und Fussgänger ungeeignet sind. Rechnet man diese zusammen und berücksichtigt dabei den Umstand, dass die

#### **E. 14**

Raumplanungsverordnung des Bundesrats vom 28. Juni 2000 (RPV; SR 700.1).

#### **E. 15**

Botschaft des Bundesrats zu einem Bundesgesetz über Fuss- und Wanderwege vom 26.9.1983, in BBl 1983 IV 1, S. 8.

RA Nr. 110/2019/132 Seite 8 von 13 vollflächige Betonierung gemäss der erwähnten Praxis doppelt ins Gewicht fällt, so überschreitet dieses Vorhaben den Toleranzbereich. Dazu kommt, dass eine weitere Wegstrecke von rund 90 m einen Belagsersatz erfahren soll (von Asphaltgranulat zu vollflächigem Beton), was für die Fussgängerinnen und Fussgänger und damit aus Sicht des FWG auch eine Verschlechterung darstellt. Damit löst die geplante Betonierung nach Art. 7 FWG eine Ersatzpflicht aus. Eine Ersatzroute auf einem anderen Streckenabschnitt oder einen anderen angemessenen Ersatz sehen die Beschwerdegegnerschaft und die Gemeinde jedoch nicht vor. Das Bauvorhaben verstösst damit gegen Art. 7 FWG. Es widerspricht deshalb den Zielen der Fuss- und Wanderweggesetzgebung und stellt einen erheblichen Eingriff an einem bestehenden Wanderweg dar. e) Ist ein erheblicher Eingriff an einem bestehenden Wanderweg geplant,

so haben die urteilenden Behörden eine umfassende Interessenabwägung vorzunehmen.<sup>16</sup> Eine solche ist vorliegend im Rahmen der Prüfung der Zonenkonformität des umstrittenen Vorhabens angezeigt (Art. 16a Abs. 1 RPG<sup>17</sup>, Art. 34 Abs. 4 Bst. b RPV).

Wie das AGR in seiner Stellungnahme vom 3. September 2019 festhält, hat es – mangels Kenntnis des negativen Fachberichts des Beschwerdeführers – keine abschliessende Interessenabwägung vorgenommen. Dies muss daher nachgeholt werden, wobei Folgendes zu berücksichtigen ist: Zu den wichtigen Anliegen der Raumplanung gehört der Schutz der Erholungsräume (Art. 3 Abs. 2 Bst. d RPG) und in diesem Zusammenhang die Erhaltung zusammenhängender Fuss- und Wanderwegnetze (Art. 3 Abs. 3 Bst. c RPG, Art. 1 FWG). Das FWG will unter anderem dem drohenden Verschwinden von Fuss- und Wanderwegen durch Teerung, durch Ausbau und Beanspruchung durch den motorisierten Verkehr und der Unterbrechung bestehender Wegverbindungen durch bauliche Massnahmen zugunsten Dritter entgegenwirken.<sup>18</sup> Bei der Interessenabwägung ist zu beachten, dass die zunehmende Asphaltierung von Wanderwegen Ausgangspunkt für die Schaffung von Art. 37<sup>quater</sup> aBV<sup>19</sup> (heute: Art. 88 BV<sup>20</sup>) war.<sup>21</sup> Es darf deshalb nicht leichthin

#### **E. 16**

VG 2012/78 vom 12. November 2012 E. 5.1 mit Hinweisen.

#### **E. 17**

Bundesgesetz vom 22. Juni 1979 über die Raumplanung (Raumplanungsgesetz, RPG; SR 700).

#### **E. 18**

Heinrich Jud, Rechtsfragen bei Fuss- und Wanderwegen, Aspekte der rechtlichen Sicherung, der Haftung und des Unterhaltes, Arbeitsgemeinschaft Recht für Fussgänger, Zürich 1986.

#### **E. 19**

Bundesverfassung vom 29. Mai 1874 (aBV).

#### **E. 20**

Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV; SR 101).

RA Nr. 110/2019/132 Seite 9 von 13 von der Zielsetzung, die weitere Asphaltierung von Wanderwegen zu verhindern, abgewichen werden.<sup>22</sup> Gleichzeitig ist aber zu berücksichtigen, dass es sich vorliegend gemäss Sachplan nicht um eine Hauptwanderoute, sondern um eine Ergänzungsrouten handelt, und dass diese auf einem Abschnitt des unteren Teilstücks bereits als Hartbelag geführt ist. Bei der Interessenabwägung ist auch miteinzubeziehen, dass der umstrittene Weg durch verschiedene Schutzgebiete führt (geschützte Moorlandschaft, BLN-Gebiet). Die Interessen am Erhalt des Wanderweges sind den Interessen der Beschwerdegegnerschaft am Bauvorhaben gegenüberzustellen, welche der BVE mangels näherer Ausführungen dazu in den Vorakten bzw. in der angefochtenen Verfügung des AGR und dem angefochtenen Entscheid der Gemeinde nicht bekannt sind. f) Nach Art. 72 Abs. 1 VRPG<sup>23</sup> entscheidet die Beschwerdeinstanz in der Sache oder weist die Akten ausnahmsweise mit verbindlichen Anordnungen an die Vorinstanz zurück. Es müssen besondere Gründe dafür sprechen, dass die Vorinstanz noch einmal zum Entscheid über das streitige Rechtsverhältnis aufgerufen wird. Mangelnde Entscheidreife der

Angelegenheit kann einen solchen Grund abgeben.<sup>24</sup> Nach dem Gesagten erweist sich die  
Angelegenheit als nicht entscheidreif. Es ist nicht Aufgabe der BVE als  
Rechtsmittelinstanz, die erwähnte umfassende Interessenabwägung erstmals im  
Baubeschwerdeverfahren vorzunehmen. Es rechtfertigt sich daher, die Akten gestützt auf  
Art. 72 Abs. 1 VRPG zur Fortsetzung des Verfahrens im Sinne der Erwägungen an die  
Vorinstanz zurückzuweisen. Die Gemeinde wird dabei eine neue Verfügung beim AGR  
einholen müssen, welche auf einer umfassenden Interessenabwägung in Kenntnis aller  
relevanten Sachverhaltselemente und Facheinschätzungen beruht.

#### **E. 21**

BVR 1992 S. 326 E. 6d/cc; VGE 2011/224 vom 9. Januar 2012, E. 5.3.4, bestätigt in BGer  
1C\_99/2012 vom 5. Juli 2012, E. 3.2; Botschaft des Bundesrats zu einem Bundesgesetz  
über Fuss- und Wanderwege vom

#### **E. 26**

BVR 2015 S. 541 E. 8.1.

RA Nr. 110/2019/132 Seite 11 von 13 b) Der Beschwerdeführer hat als Behörde im Sinne  
von Art. 2 Abs. 1 Bst. a VRPG keinen Anspruch auf Parteikostenersatz (Art. 104 Abs. 3  
VRPG). Parteikosten werden daher keine gesprochen. c) Die amtlichen Kosten für das  
erstinstanzliche Baubewilligungsverfahren vor der Vorinstanz betragen Fr. 2'563.00  
(Ziffer 4.3 des angefochtenen Entscheids). Eine nähere Kostenzusammenstellung findet  
sich weder im Entscheid noch in den zugestellten Vorakten, weshalb sich diese Kosten  
nicht auf die beiden Bauvorhaben aufteilen lassen. Die Kostenverfügung ist daher trotz der  
bloss teilweisen Aufhebung des angefochtenen Entscheids ganz aufzuheben. Die amtlichen  
Kosten im Zusammenhang mit dem Bauvorhaben "Anschluss der Liegenschaft C. \_\_\_\_\_  
2 an die Abwasserreinigungsanlage" hat die Gemeinde der Beschwerdegegnerschaft nach  
Rechtskraft des vorliegenden Entscheids mittels separater Kostenverfügung in Rechnung zu  
stellen. Hinsichtlich des Bauvorhabens "Sanierung der Zufahrtsstrasse zum C. \_\_\_\_\_ 2"  
geht die Sache zur Fortsetzung des Verfahrens zurück an die Gemeinde, so dass sie die  
diesbezüglichen Kosten im Rahmen des zu fällenden Entscheides liquidieren kann. III.  
Entscheid

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte  
Originaltext. Quellen-URL siehe oben.