

# **SO\_GERICHTE VWBES.2015.458 vom 27. Oktober 2016**

SO Obergericht, 2016-10-27, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/so\\_gerichte\\_VWBES.2015.458](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/so_gerichte_VWBES.2015.458)

FR: SO\_GERICHTE VWBES.2015.458 du 27 octobre 2016

IT: SO\_GERICHTE VWBES.2015.458 del 27 ottobre 2016

## **Erwägungen**

### **E. 1**

A. \_\_\_ und B. \_\_\_ erstellten auf GB K. (heute: Gemeinde N.) Nr. 130 zwei Folientunnel; sie haben zudem einen Regenwasserbiotop. Nachträglich reichten sie dafür ein Baugesuch ein. Es wurde eine Einsprache erhoben. Die Parzelle liegt in der Landwirtschaftszone, überlagert von der Juraschutzzone. Das Bau- und Justizdepartement verfügte am 8. Dezember 2015 Folgendes: Die Einsprache werde gutgeheissen. Die zwei Folientunnel und der Regenwasserbiotop seien ausserhalb der Bauzone weder zonenkonform noch standortgebunden. Eine nachträgliche Bewilligung könne nicht erteilt werden. Die Folientunnel und der Regenwasserbiotop seien zu entfernen, und der ursprüngliche Zustand sei wieder herzustellen. Im Unterlassungsfall werde das Oberamt mit der Vollstreckung beauftragt.

### **E. 2**

Dagegen liessen A. \_\_\_ und B. \_\_\_ Verwaltungsgerichtsbeschwerde erheben. Die Hauptanträge lauteten, die Verfügung sei aufzuheben, und es sei die Bewilligung für Folientunnel und den Regenwasserbiotop zu erteilen. Eventuell sei die Sache zur neuen Beurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Der Beschwerde wurde aufschiebende Wirkung erteilt. Die Beschwerde wurde namentlich wie folgt begründet: Die Folientunnel seien nicht auf Dauer angelegt und auch nicht fest mit dem Erdboden verbunden. Sie würden lediglich dem Schutz der Gemüse und Früchte vor Witterungseinflüssen nach der Aussaat dienen. Danach würden die Gemüse und Früchte ohne Schutz der Folientunnel weiterwachsen. Es handle sich nicht um eine auf Dauer angelegte Einrichtung. Die durchsichtigen Folientunnel mit Flächen von rund 90 und 100 Quadratmetern würden das Landschaftsbild nicht erheblich verändern. Lediglich 120 Meter Luftlinie entfernt bestehe auf der Nachbarparzelle ein fest im Boden verankerter, einbetonierter Folientunnel mit einer Fläche von mindestens 200 Quadratmetern. Das Landschaftsbild sei bereits durch diesen Folientunnel geprägt. Die Beschwerdeführer hätten in gutem Glauben gehandelt. Sie hätten gemeint, sie bräuchten hierfür keine Bewilligung. Es handle sich um eine bodenabhängige Produktionsform. In den Tunneln werde kein künstliches Klima erzeugt, etwa durch Beleuchtung oder Belüftung. Selbst die Bewässerung erfolge weitgehend durch ausserhalb der Folie versickertes Regenwasser. Tomaten könnten nicht ungeschützt kultiviert werden. Auch bei anderen Gemüsen sei die Gefahr von Grauschimmel ohne Witterungsschutz gross. Der Witterungsschutz gehöre wie andere Schutzmassnahmen zur normalen notwendigen Pflegearbeit in der Landwirtschaft. Die Folientunnel hätten nur eine Hilfsfunktion. Setzlinge würden von Februar bis Mai im Folientunnel gedeihen und danach ohne Folie bis zur Ernte weiter reifen. Sie würden direkt in die Erde gepflanzt. Die Produktion verwertbarer Erzeugnisse aus Pflanzenbau gehöre zur Landwirtschaft. Die Produktion sei klar bodenabhängig. Es liege im Interesse der Versorgung der Bevölkerung

des Landes, dass auch Produkte angebaut würden, die im Vergleich zum Anbau von Kartoffeln und Getreide eines erhöhten Schutzes vor Witterungseinflüssen bedürften. Das Zürcher Verwaltungsgericht sei zum Schluss gekommen, Gewächshäuser und Folientunnel seien zonenkonform. Das bernische Verwaltungsgericht habe die Produktion von Tomaten selbst dann als zonenkonform eingestuft, wenn sie bis zur Ernte unter Einsatz von beheizten Folientunneln erfolge und computergesteuert eine Nährlösung zugefügt werde. In der Gesamtbetrachtung ergebe sich, dass ein bodenabhängig produzierender Betrieb vorliege und eine Bewilligung, so denn eine solche überhaupt notwendig sei, gestützt auf Art. 22 RPG zu erteilen sei.

Der Gesetzgeber habe auch die Möglichkeit der inneren Aufstockung geschaffen. In diesem Fall würden auch bodenunabhängige Bewirtschaftungsformen in der Landwirtschaftszone als zonenkonform gelten. Die bodenunabhängig bewirtschaftete Fläche dürfe 35 Prozent der gemüse- und gartenbaulichen Anbaufläche des Betriebs nicht übersteigen und nicht mehr als 5000 Quadratmeter betragen. Die Beschwerdeführer würden seit 27 Jahren Gartenbau auf GB K. Nummer 130 betreiben (Baumschule, Schnittblumen, Gemüse, Kräuter). Rund 1000 Quadratmeter der insgesamt 2614 Quadratmeter umfassenden Parzelle würden für den Gartenbau genutzt. Die Folientunnel seien nicht eingerechnet. Die Folientunnel mit 190 Quadratmetern lägen weit unter der Grenze von 5000 Quadratmetern. Auch prozentual sei die Grenze von 35 % nicht erreicht.

Es bestünde auch die Möglichkeit, eine Ausnahmegewilligung zu erteilen. Eine relative Standortgebundenheit genüge. Es sei finanziell untragbar, teures Gewerbeland für den Gemüsebau zu benutzen. Die Beschwerdeführer seien aus betriebswirtschaftlichen Gründen auf einen Standort in der Landwirtschaftszone angewiesen. Es bestehe ein öffentliches Interesse an einer regionalen und ökologischen Gemüseproduktion. Der Betrieb sei mit dem Pro specie rara-Gütesiegel ausgezeichnet. Es bestehe ein öffentliches Interesse daran, bedrohte traditionelle Kulturpflanzen zu erhalten. Die Richtlinien der Organisation könnten technisch nur eingehalten werden, wenn die Produktion am heutigen Standort direkt neben dem Gebäude der Beschwerdeführer erfolge.

Die Beschwerdeführer hätten das Grundstück im Jahr 1989 erworben. Der Regenwasserbiotop bestehe somit sei über 27 Jahren. Er sei nie gerügt worden. Die Beschwerdeführer würden davon ausgehen, dass der Regenwasserbiotop schon vor 1972, also vor der erstmaligen Trennung von Baugebiet und Nichtbaugebiet entstanden sei. Damit falle er unter die Bestandesgarantie. Die seither vorgenommene Vergrößerung beziehe sich lediglich auf den Durchmesser und nicht auf die Tiefe. Die Oberfläche sei von 40 auf knapp 50 Quadratmeter erhöht worden. Damit sei keine bewilligungspflichtige Terrainveränderung vorgenommen worden. Der Biotop beeinträchtige das Orts- und Landschaftsbild nicht. In ca. 120 Meter Luftlinie bestehe seit über drei Jahren ein künstlich angelegter Biotop der Beschwerdegegner C.\_\_\_\_. Der Biotop biete Lebensgrundlage für eine üppige Fauna und stehe damit im öffentlichen Interesse. Die Bewilligung sei zu erteilen, sofern eine Bewilligung überhaupt erforderlich sein sollte.

## **E. 2.1**

Zu prüfen ist in einem ersten Schritt, ob die Folientunnel und der Regenwasserbiotop nach Art. 22 des Raumplanungsgesetzes (RPG, SR 700) baubewilligungspflichtig sind. Baubewilligungspflichtig sind Bauten und Anlagen. Der Begriff «Bauten und Anlagen» ist vom Bundesgesetzgeber nicht näher umschrieben worden. Nach der bundesgerichtlichen

Rechtsprechung gelten als «Bauten und Anlagen» jedenfalls jene künstlich geschaffenen und auf Dauer angelegten Einrichtungen, die in bestimmter fester Beziehung zum Erdboden stehen und die Nutzungsordnung zu beeinflussen vermögen, weil sie entweder den Raum äusserlich erheblich verändern, die Erschliessung belasten oder die Umwelt beeinträchtigen. Dazu gehören auch Fahrnisbauten, die über nicht unerhebliche Zeiträume ortsfest verwendet werden (BGE 118 Ib 51 f.; 113 Ib 315 f.). Neben den baulichen Vorrichtungen nimmt die bundesgerichtliche Rechtsprechung die Bewilligungspflicht auch für Geländeänderungen an, wenn diese erheblich sind (BGE 114 Ib 313 f.). Es kommt auf die räumliche Bedeutung eines Vorhabens an. Die Baubewilligungspflicht soll der Behörde die Möglichkeit verschaffen, das Projekt auf die Übereinstimmung mit der raumplanerischen Nutzungsordnung und der übrigen einschlägigen Gesetzgebung zu überprüfen. Massstab dafür, ob eine Massnahme erheblich genug ist, um sie dem Baubewilligungsverfahren zu unterwerfen, ist daher, ob damit im Allgemeinen solche räumlichen Folgen verbunden sind, dass ein Interesse der Öffentlichkeit oder der Nachbarn an einer vorgängigen Kontrolle besteht. Aus diesen Gründen hat das Bundesgericht beispielsweise das Einholen einer Baubewilligung für die Erstellung einer Wasserski-Anlage verlangt (BGE 114 Ib 87). Es hat ferner erklärt, die zonenwidrige Nutzung von ausserhalb der Bauzone gelegenem Land zu gewerblichen Zwecken wie etwa als Lagerplatz für Altmaterialien oder als Motocrosstrainingsgelände bedürfe einer Ausnahmbewilligung nach Art. 24 RPG (vgl. BGE 112 Ib 277 ff.). Bundesrechtlich baubewilligungspflichtig sind zum Beispiel auch Bohrungen, Maschendrahtzäune, Holzunterstände im Wald, Klettersteige, Schneekanonen, Hängegleiterlandeplätze, Schweinwerfer, die einen Berggipfel beleuchten, sogenannte «Liebeskreuze», Gemüsegärten, Pyramiden, die einen Aschenbeisetzungsplatz auf einer Alp kennzeichnen, und längere Zeit aufgestellte Wohnwagen und Zelte (Bernhard Waldmann/Peter Hänni: Raumplanungsgesetz, Kommentar, Bern 2006, N 13 zu Art. 22 RPG; Bovay/Didisheim/Solliger: Droit fédéral et vaudois de la construction, Basel 2010, Ziff. 1 b zu Art. 22 RPG). Der Baubewilligungspflicht gemäss Art. 22 RPG unterstehen auch blosse Nutzungsänderungen, die ohne bauliche Vorkehrungen auskommen, wenn diese erhebliche Auswirkungen auf Umwelt und Planung haben. Die Nutzung eines Raums ist bewilligungspflichtig, wenn sie neu, organisiert und von einer erheblichen Intensität ist, regelmässig erfolgt und auf Dauer ausgelegt ist (BGE 113 Ib 223; Thomas Widmer Dreifuss: Planung und Realisierung von Sportanlagen, Diss. Zürich 2002, S. 204).

Der Regenwasserbiotop ist damit sicher bewilligungspflichtig. Fraglich ist, wie es sich mit den Folientunneln verhält, wenn sie nur für einen bestimmten Zeitraum benötigt werden.

## **E. 2.2**

Als baubewilligungspflichtige Bauten gelten nach der bundesgerichtlichen Praxis, wie gesagt, auch Fahrnisbauten, welche über nicht unerhebliche Zeiträume ortsfest verwendet werden. Nicht bewilligungspflichtig sind nach Art. 22 Abs. 1 RPG bloss Kleinvorhaben, die nur ein geringes Ausmass haben und weder öffentliche noch nachbarliche Interessen berühren. Darunter fallen zum Beispiel für kurze Zeit aufgestellte Zelte oder Wohnwagen (Urteil des Bundesgerichts 1C\_37/2013).

## **E. 2.3**

Es stellt sich die Frage, was ein «nicht unerheblicher Zeitraum» sei. Nach einer Weisung vom November 2009 der Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion (Amt für Gemeinden

und Raumordnung) des Kantons Bern sind Fahrnisbauten wie Festhütten, Zirkuszelt, Tribünen und die Lagerung von Material unabhängig von der Grösse für drei Monate pro Kalenderjahr bewilligungsfrei. Mobile Einrichtungen der bodenabhängig produzierenden Landwirtschaft werden für die Dauer von neun Monaten pro Kalenderjahr als bewilligungsfrei erklärt. Zu denken ist an Plastiktunnels, die als Treibhäuser verwendet werden, an Plastikballen und -«würste» für die vorübergehende Aufbewahrung des Siliergutes. Ebenfalls baubewilligungsfrei sind Schutz- und Hagelnetze für Reben und Obstkulturen u.ä., sofern sie an der Tragstruktur der Kulturen befestigt sind. Sollen für Plastiktunnels oder Schutz- und Hagelnetze dauernde Fundamente erstellt werden, sind die Anlagen gesamthaft baubewilligungspflichtig. Einrichtungen der bodenunabhängig produzierenden Landwirtschaft sind immer baubewilligungspflichtig. Weiter wird klargestellt, dass nur unbeheizte Plastiktunnel und ähnliche Einrichtungen baubewilligungsfrei sind. Sind diese beheizt, sind sie wegen der Energiegesetzgebung baubewilligungspflichtig.

Nach einem Obergerichtsentscheid des Kantons Schaffhausen sind Fahrnisbauten bzw. provisorische Bauten bewilligungsfrei, wenn sie während eines Zeitraums von drei bis sechs Monaten stehen bleiben (OGE 60/2013/37 vom 11. September 2015). Für das Departement für Bau und Umwelt des Kantons Thurgau liegt die Grenze zur Bewilligungspflicht ebenfalls bei sechs Monaten (Merkblatt bewilligungsfreie Bauten und Anlagen in Bauzonen vom Januar 2013). Auch im Kanton Graubünden gilt, dass Fahrnisbauten (Zeitbauten), d.h. Bauten, Anlagen oder Vorrichtungen, die nicht auf Dauer, sondern nur für maximal sechs Monate pro Jahr errichtet oder aufgestellt werden und hernach wieder zu beseitigen sind, bewilligungsfrei sind (Raumplanungsverordnung für den Kanton Graubünden, KRVO, Erläuternder Bericht zu Art. 40). Der Kanton Aargau hält eine Frist von zwei Monaten für massgeblich (vgl. BGE 139 II 134).

Der Zeitraum, während dem eine Anlage als (noch) nicht bewilligungspflichtig betrachtet wird, reicht somit von zwei bis sechs Monaten. Der Kanton Solothurn verfügt über keine einschlägige gesetzliche Vorschrift und, soweit ersichtlich, auch über keine publizierte gefestigte Praxis. Nach den Baukonferenzen vom November 2013 gilt eine Veränderung nach circa drei Monaten als «dauernd» und damit bewilligungspflichtig (S. 6). Dabei wird zu differenzieren sein, worum es sich handelt. Es wird wohl niemand für ein demontierbares Schwimmbassin im privaten Garten eine Baubewilligung verlangen, weil es im Sommer jeweils für vier (statt drei) Monate aufgestellt wird. Im vorliegenden Fall sind die Folientunnel und der Regenwasserbiotop von der Strasse her nicht einsehbar. Die Tunnel sind nicht einbetoniert, unbeheizt, und sie dienen dem (allerdings hobbymässigen [siehe unten, E 3.3]) Gartenbau. Somit müsste es wohl möglich sein, die Folientunnel während drei Monaten pro Kalenderjahr bewilligungsfrei aufzustellen und zu verwenden. Dies kann aber dahin gestellt bleiben, da sie länger benötigt werden und die Beschwerdeführer anlässlich des Augenscheins auch klar ausgesagt haben, es werde eine ganzjährige Nutzung der Tunnel angestrebt. Ausserdem wuchsen anlässlich des Augenscheins im Herbst 2016 in beiden Tunneln Tomaten. Von einem nur kurzfristigen Gebrauch kann also keine Rede sein. Länger aufgestellte Folientunnel sind bewilligungspflichtig.

### **E. 3**

Das Departement beantragte in seiner Vernehmlassung, die Beschwerde sei unter Kostenfolge abzuweisen. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung seien Folientunnel

baubewilligungspflichtig. Selbst wenn die Folientunnel nur etwa vier Monate im Jahr gebraucht würden, würde diese Dauer die Bewilligungspflicht begründen. Die Beschwerdeführer würden sich widersprechen. Es sei davon auszugehen, dass die Tunnel über den Mai hinaus bestünden. Die für den Verkauf bestimmten Pflanzen würden immer im Folientunnel bleiben. Damit handle es sich nicht um eine bodenabhängige Produktion. Es handle sich weder um ein landwirtschaftliches Gewerbe noch um einen bodenabhängig produzierenden Gartenbaubetrieb. Eine innere Aufstockung könne deshalb gar nicht infrage kommen. Finanzielle Interessen könnten keine Standortgebundenheit begründen. Die Ausführungen der Beschwerdeführer zum Biotop seien widersprüchlich. In der Stellungnahme zur Einsprache hätten sie ausgeführt, dass sie den Biotop vor über 20 Jahren erstellt hätten; in der Beschwerdebegründung werde nun aber ausgeführt, der Biotop habe schon vor 1989 bzw. 1972 bestanden. Wenn die Beschwerdeführer den Biotop selber erstellt hätten, könne keine Bestandsgarantie greifen.

### **E. 3.1**

Zur Baubewilligung sind folgende Erwägungen anzustellen: Mit der Teilrevision des Raumplanungsgesetzes vom 20. März 1998 ist der Begriff der Landwirtschaftszone erweitert worden (Art. 16 RPG; in Kraft seit 1. September 2000). Mit dieser Änderung verbunden ist die Abkehr von einem reinen «Produktionsmodell», gemäss welchem die bodenabhängige Produktionsweise das Hauptcharakteristikum der landwirtschaftlichen Nutzung darstellte, in Richtung eines «Produktmodells», wonach in der Landwirtschaftszone grundsätzlich auch bodenunabhängige Bewirtschaftungsformen zugelassen sind, die der langfristigen Sicherung der Ernährungsbasis des Landes dienen (vgl. Botschaft des Bundesrats zu einer Teilrevision des Bundesgesetzes über die Raumplanung vom 22. Mai 1999, in: BBl 1996 III 523 f.). Die Zonenkonformität von Bauten und Anlagen in der Landwirtschaftszone richtet sich indes nicht unmittelbar nach dem in Art. 16 RPG festgelegten Zonenzweck, sondern wird in Art. 16a RPG besonders umschrieben. Aus dessen Systematik folgt, dass Bauten und Anlagen für die bodenunabhängige Nutzung nur unter den Voraussetzungen von Abs. 2 (innere Aufstockung) oder Abs. 3 (Intensivlandwirtschaftszone) zonenkonform sind. Diese Auslegung von Art. 16a RPG wird durch Art. 34 Abs. 1 RPV bestätigt, wonach ausser in den Fällen von Art. 16a Abs. 2 und 3 RPG die Bodenabhängigkeit der Bewirtschaftung Voraussetzung für die Zonenkonformität bildet (Urteil 1C\_561/2012 des Bundesgerichts vom 4. Oktober 2013 E. 2.4.3).

### **E. 3.2**

In den Erläuterungen des Bundesamts für Raumentwicklung (ARE) zu Art. 34 Abs. 1 RPV wird der Begriff der «bodenabhängigen Bewirtschaftung» nicht näher umschrieben (vgl. ARE: Neues Raumplanungsrecht, Erläuterungen zur Raumplanungsverordnung und Empfehlungen für den Vollzug, Februar 2001 [nachfolgend: ARE: Erläuterungen zur RPV], S. 28 ff.). Hingegen finden sich in den Erläuterungen zu Art. 37 Abs. 2 RPV Ausführungen dazu, was unter bodenunabhängigem Gemüse- und Gartenbau zu verstehen ist: «Als bodenunabhängig gilt die Bewirtschaftung, wenn kein hinreichend enger Bezug zum natürlichen Boden besteht. Der hinreichend enge Bezug zum natürlichen Boden fehlt überall dort, wo sich zwischen den Pflanzenwurzeln und dem natürlichen Boden eine Trennschicht befindet, der Boden mithin als Produktionsfaktor ersetzt wird. Hors-sol, Steinwolle, Nähr-Film-Technik, Dünnschicht-Kultur, japanisches System usw. sind hier die Stichwörter. Solche Produktionstechniken sind im eigentlichen Wortsinn bodenunabhängig.

Der Boden wird nur noch als Standfläche für die Anlagen verwendet. Die Pflanzen wurzeln nicht im gewachsenen Boden, sondern hängen an einem Gitter oder stecken in einer Nährlösung. Unter Umständen sind mehrere Pflanzenlagen übereinander angeordnet» (ARE: Erläuterungen zur RPV, S. 37; Urteil 1C\_561/2012 des Bundesgerichts vom 4. Oktober 2013 E. 2.4.3).

Im zitierten Urteil führte das Bundesgericht aus, auch unter dem neuen Recht an seiner bisherigen Praxis zur Unterscheidung von bodenabhängiger und bodenunabhängiger Produktion festhalten zu wollen, da die Teilrevision vom 20. März 1998 nichts daran geändert habe, dass Bauten und Anlagen (ausser in den Fällen von Art. 16a Abs. 2 und 3 RPG) in der Landwirtschaftszone nur zonenkonform sind, wenn sie der bodenabhängigen Bewirtschaftung dienen (vgl. hierzu auch BGE 129 II 413 E. 3.1 S. 415). Vielmehr sei es sachgerecht, an der bisherigen bundesgerichtlichen Rechtsprechung festzuhalten und eine einzelfallbezogene Gesamtwürdigung vorzunehmen. Bei einer Gesamtbetrachtung aber sei es denkbar, die (überwiegende) Bodenabhängigkeit zu verneinen, obwohl die angebauten Gemüsesorten im Boden wurzelten, stelle dies doch nur einen Beurteilungsaspekt unter anderen dar. Diese (enge) Auslegung des Begriffs der bodenabhängigen Produktion trotz Abkehr von einem reinen Produktionsmodell rechtfertige sich auch deshalb, weil der Gesetzgeber mit Art. 16a Abs. 2 und 3 RPG die Möglichkeiten der inneren Aufstockung und der Ausscheidung von Intensivlandwirtschaftszonen geschaffen habe. In diesen beiden Fällen gälten auch bodenunabhängige Bewirtschaftungsformen in der Landwirtschaftszone als zonenkonform.

Weiter führte es aus, Folientunnel würden nicht der bodenabhängigen Produktion dienen, selbst wenn die Pflanzen direkt im Boden wurzelten und weder Beleuchtung, Belüftung, Luftfeuchtigkeit und Bewässerung künstlich reguliert würden. Dies jedenfalls dann, wenn die Pflanzen nicht nach einer gewissen Zeit ins Freiland versetzt würden. Insoweit bestehe kein massgeblicher Unterschied zwischen dem Anbau in Folientunnel und jenem in Gewächshäusern. Den Folientunneln müsse bei einer überwiegend bodenabhängigen Produktion eine dem Freilandanbau dienende Funktion zukommen. Die Kultivierung von Tomaten erfolge unter künstlichen Bedingungen, da das Gemüse einzig mit ständiger Abdeckung überlebensfähig sei. Wenn die Produktion nicht bodenabhängig sei, müsste entweder eine innere Aufstockung möglich oder aber eine Speziallandwirtschaftszone vorhanden sein (vgl. auch BGE 120 Ib 266).

### **E. 3.3**

Die Beschwerdeführer ziehen namentlich Setzlinge, Gemüse und Kräuter. Die Aussaat erfolgt gemäss ihren Aussagen Mitte Februar in Saatschalen, die mit Styropor abgedeckt werden. Im März werden die Pflanzen eingetopft, am Muttertag (also am 2. Mai-Sonntag) findet der Setzlingsmarkt statt. Die Restmenge wird laut den Beschwerdeführern ausgepflanzt zur Produktion von Früchten. Die Folientunnel werden zum Witterungsschutz der Tomaten gebraucht. Anlässlich des Augenscheins am 21. September 2016 wuchsen in beiden Tunneln Tomaten. Im westlichen Tunnel seien auch Gurken und Zucchini angebaut worden. Die Gurken würden drei bis vier Wochen nach den Tomaten gesetzt, die Zucchini im Mai ins Freiland versetzt. Im Freiland würden zudem Bohnen, Endivie und Zuckerrüben angebaut. Die Tatsache, dass auch im Herbst noch Tomaten in den Folientunneln wachsen, zeigt, dass es sich gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung um keine bodenabhängige Produktion handelt.

Die Voraussetzungen von Art. 16a Abs. 2 und 3 RPG sind aber von vornherein nicht erfüllt: Eine Speziallandwirtschaftszone hat der Kanton Solothurn nicht geschaffen. Und vorliegend ist kein landwirtschaftlicher oder dem produzierenden Gartenbau dienender Betrieb bereits existent, welcher aufgestockt werden könnte. Der Beschwerdeführer betreibt eine Gartenbaufirma, deren Inventar sich grösstenteils in Ort 4 befindet. Ein weiteres Grundstück hat er in Ort 3 in der Bauzone gemietet. Die Beschwerdeführer sind vielmehr erst im Begriff, einen neuen Landwirtschaftsbetrieb aufzubauen (dazu sogleich), weshalb Art. 16a Abs. 2 RPG nicht anwendbar ist.

#### **E. 3.4**

Selbst wenn die Produktion aber als bodenabhängig qualifiziert würde, wäre der Anbau nicht zonenkonform: Das Amt für Landwirtschaft hat den Betrieb am 8. Juli 2016 nicht anerkannt, denn er ist viel zu klein (0.05 Standardarbeitskräfte, SAK). Eine Buchhaltung wurde bis 2015 nicht geführt, und ein Einkommen aus selbständiger Erwerbstätigkeit wurde bis anhin nicht ausgewiesen. Für das Jahr 2016 betragen die Kosten des Unternehmens bis anfangs Juli CHF 4'275.00 und dürften gemäss Einschätzung des Amts für Landwirtschaft auch Ende Jahr nicht viel höher sein. Die Beschwerdeführer rechneten im Rahmen dieser Erhebungen mit einem Einkommen von rund CHF 13'000.00. Daraus wird deutlich, dass es sich bei der Setzlings- und Gemüseproduktion heute um einen Hobbybetrieb handelt, auch wenn das für die Beschwerdeführer, die sehr viel Zeit und Herzblut in diesen Anbau investieren, schwer nachvollziehbar ist. Bauten und Anlagen für eine hobbymässig betriebene Landwirtschaft sind nicht zonenkonform (Art. 34 Abs. 5 RPV).

#### **E. 3.6**

Es kommt auch keine Ausnahmegewilligung in Betracht, denn die positive Standortgebundenheit erfordert ein objektives Angewiesensein auf eine bestimmte Lage, was sich aus technischen, betriebswirtschaftlichen oder aus Gründen der Bodenbeschaffenheit ergeben kann. Subjektive Gründe (finanzielle, persönliche oder Überlegungen der Bequemlichkeit) fallen ausser Betracht. (vgl. Peter Hänni, Planungs- Bau- und besonderes Umweltschutzrecht, Bern 2016, S. 225).

#### **E. 3.7**

Zusammenfassend ergibt sich Folgendes: Wenn nur eine Nutzung der Folientunnel während knapp vier Monaten ■ unter Befreiung von der Baubewilligungspflicht ■ zugelassen würde, würde die bisherige Produktion verunmöglicht. Die Produktion der Setzlinge ist nicht bodenabhängig. Es ist unrealistisch, die Folientunnel bewilligungsfrei als Zeitbauten jedes Jahr aufzustellen und nach dem Verkauf der Setzlinge wieder wegzuräumen. Sie verfügen zwar über kein Fundament, sind aber, in Anbetracht der engen räumlichen Verhältnisse, zu gross und zu sperrig. Wo sie zwischenzeitlich gelagert werden könnten, ist unklar.

#### **E. 3.8**

Die Folientunnel sind weder zonenkonform noch standortgebunden. Der Setzlingsverkauf vor Ort verursacht zudem in diesen engen kleinräumigen Verhältnissen gemäss den plausiblen Ausführungen der Nachbarn alljährlich eine chaotische Verkehrssituation. Die Zufahrt ist nicht dafür geschaffen. Die Tunnel sind nicht bewilligungsfähig; sie sind zu entfernen.

#### **E. 4**

Die Beschwerdeführer replizierten, massgebend für die Baubewilligungspflicht sei, ob mit der fraglichen Massnahme nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge so wichtige räumliche Folgen verbunden seien, dass ein Interesse der Öffentlichkeit oder der Nachbarn an einer vorgängigen Kontrolle bestehe. Baubewilligungspflichtig seien Bauten, die über einen nicht unerheblichen Zeitraum ortsfest verwendet werden. Nach einer Weisung des Kantons Bern seien mobile Einrichtungen der bodenabhängig produzierenden Landwirtschaft wie Plastiktunnel für die Dauer von neun Monaten pro Kalenderjahr bewilligungsfrei. Im vorliegenden Fall würden die Folientunnel dem Schutz von Gemüse und Früchten von der Aussaat bis zur Ernte dienen. Die Einsatzdauer betrage rund sieben Monate. Damit sei keine Baubewilligung erforderlich. Die räumliche Bedeutung sei marginal. Auf der Nachbarparzelle bestehe ein einbetonierter, doppelt so grosser Tunnel, der das Landschaftsbild bereits präge. Dieser Tunnel stehe an der Strasse. Die Tunnel der Beschwerdeführer seien hinter dem Haus gar nicht einsehbar. Ohne Witterungsschutz könnten in der Schweiz keine Gemüse, Früchte und Kräuter gedeihen. 90 % der Setzlinge würden in den Verkauf gelangen, der Rest werde ausserhalb der Folie in der Erde weiter kultiviert. Ein Blick in das Handelsregister zeige, dass die D.\_\_\_\_ GmbH Sitz am Wohnsitz der Beschwerdeführer habe. Magazin, Lager und Gerätschaften befänden sich jedoch nicht dort. Seit 27 Jahren werde auf Grundbuch K. Nummer 130 Gartenbau betrieben. Die Beschwerdeführer hätten ein Gesuch um Anerkennung beim Amt für Landwirtschaft eingereicht. Das Verfahren sei anhängig. Pflanzen der Pro specie rara seien arbeitsintensiv. Die Produktion könne nicht vom Wohnort weg verlegt werden.

Der Regenwasserbiotop bestehe seit über 27 Jahren. Er habe schon zum Zeitpunkt des Kaufs der Liegenschaft bestanden. Leider verfüge man über keine Foto. Der Biotop sei bei den zahlreichen Kontrollen, die stattgefunden hätten, nie beanstandet worden. Die Beschwerdeführer seien lediglich für eine marginale Vergrösserung des Biotops verantwortlich. Für eine allfällige Wiederherstellung des gesetzmässigen Zustands sei den Beschwerdeführern eine Frist bis nach der Ernte, d.h. bis Ende Oktober 2016 anzusetzen.

#### **E. 4.1**

Zum Biotop machen die Beschwerdeführer geltend, sie hätten das Grundstück im Jahr 1989 (mit dem Biotop) erworben. Der Regenwasserbiotop bestehe somit seit über 27 Jahren. Er sei nie beanstandet worden. Sie gehen davon aus, dass der Regenwasserbiotop schon vor 1972, also vor der erstmaligen Trennung von Baugebiet und Nichtbaugebiet entstanden sei.

#### **E. 4.2**

Die Befugnis der Behörden, die Wiederherstellung des gesetzmässigen Zustands anzuordnen, ist aus Gründen der Rechtssicherheit auf 30 Jahre befristet; vorbehalten bleibt die Wiederherstellung aus baupolizeilichen Gründen im engeren Sinn. Die dreissigjährige Frist scheint lang, doch wird sie nur in seltenen Ausnahmefällen zur Anwendung kommen. In der Regel werden die Baupolizeibehörden bei ihrer überwachenden Tätigkeit Baugesetzwidrigkeiten rasch feststellen, da diese meistens von aussen her ersichtlich sind. Nur dort, wo sich die Rechtswidrigkeit auf das Gebäudeinnere beschränkt, wird es oft längere Zeit dauern, bis der rechtswidrige Zustand von den Behörden wahrgenommen wird. Ein Vorbehalt ist analog wie im Forstpolizeirecht (BGE 105 Ib 272) für Fälle zu machen, in denen die Baupolizeibehörden zwar vor Ablauf der dreissigjährigen Frist einschreiten, die rechtswidrigen Gebäude oder Gebäudeteile aber über Jahre hinaus duldeten, obschon ihnen die Gesetzwidrigkeit bekannt war oder sie diese bei Anwendung der gebotenen Sorgfalt

hätten kennen müssen. Hier müsste allenfalls der aus Art. 8 BV folgende Schutz von Treu und Glauben Platz greifen (BGE 132 II 21 E. 6.3 S. 39; BGE 107 Ia 130 E. 1c S. 124; Urteil 1P.768/2000 vom 19. September 2001 E. 3a, in: ZBl 103/2002 S. 188, Pra 2002 Nr. 3 S. 9, RDAF 2003 I S. 395). Darauf kann sich nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung aber nur berufen, wer selbst im guten Glauben gehandelt hat (BGE 132 II 21), d.h. angenommen hat und (unter Anwendung zumutbarer Sorgfalt) annehmen durfte, die von ihm ausgeübte Nutzung sei rechtmässig bzw. stehe mit der Baubewilligung in Einklang (BGE 136 II 359; BGE 132 II 21; BGE 111 Ib 213; Urteil 1P.768/2000 in: ZBl 2002 S. 188, Pra 2002 Nr. 3 S. 9, RDAF 2003 I S. 395).

#### **E. 4.3**

Auf einem Plan vom 3. Februar 2003, der sich in den departementalen Akten befindet, sind Schilf und ein Teich mit Seerosen eingezeichnet. Wohl ging es in diesem Verfahren in der Hauptsache darum, dass der Beschwerdeführer im Ort 5 den Werkhof bzw. das Lager seiner damaligen Gartenbau AG eingerichtet hatte, was klar nicht zugänglich ist. Der Teich war bekannt, zumal die Vorinstanz einen Augenschein genommen hat. Er hätte damals grundsätzlich von Amtes wegen auch behandelt werden müssen. Das Departement hat bloss Reklametafeln, Parkplätze, Materiallager und die Umnutzung des südlich gelegenen Gebäudes wegverfügt.

#### **E. 4.4**

Aus den Orthofotos ergibt sich, dass der Regenwasserbiotop mindestens seit 1993 besteht. Es ist denkbar, dass ein Biotop 1989 bereits bestanden hat, als die Beschwerdeführer die Liegenschaft gekauft haben. Man könnte meinen, der Biotop sei zu alt, als dass man heute noch dessen Beseitigung anordnen könnte.

#### **E. 4.5**

Nun aber hat der Beschwerdeführer am Augenschein ausgeführt, er habe den Teich vor zwei Jahren nicht nur leicht vergrössert (wie in den Rechtsschriften zugestanden), sondern auch verlegt. Der heute bestehende Teich ist neu; Ufer und Bepflanzung sind noch nicht fertig. Für den neuen Teich gibt es keinen Bestandesschutz. Der Teich ist zwar «bewohnt». Es handelt sich aber um Goldfische und nicht geschützte Arten von Amphibien und Libellen (vom dazu befragten Mitarbeiter des Amtes für Raumplanung als «relativ gewöhnlich» bezeichnet). Der neue, heute vorhandene Teich ist weder zonenkonform noch standortgebunden. Er ist nicht bewilligungsfähig.

5. Der Anordnung der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands kommt massgebendes Gewicht für den ordnungsgemässen Vollzug des Raumplanungsrechts zu (Urteil 1C\_397/2007 / 1C\_427/2007 vom 27. Mai 2008 E. 3.4, in: URP 2008 S. 590, RDAF 2009 I S. 521). Werden illegal errichtete, dem RPG widersprechende Bauten und Anlagen nicht beseitigt, sondern auf unabsehbare Zeit geduldet, so wird der Grundsatz der Trennung von Bau- und Nichtbaugelände in Frage gestellt und rechtswidriges Verhalten belohnt. Formell rechtswidrige Bauten, die auch nachträglich nicht legalisiert werden können, müssen daher grundsätzlich beseitigt werden; dies zumal der Beschwerdeführer bösgläubig ist. Als Gartenbauer mit langjähriger Berufserfahrung muss der Beschwerdeführer wissen, dass das Anlegen von Weihern, Teichen und Biotopen (als Terrainveränderung) bewilligungspflichtig ist. Das ergibt sich schon aus § 3 Abs. 2 lit. j KBV.

#### **E. 5**

Das BJD ergänzte, nach der kantonalen Praxis gelte eine Veränderung dann als bewilligungspflichtig, wenn sie ca. drei Monate oder länger daure. Der Folientunnel auf dem Nachbargrundstück sei bewilligt worden, weil es sich um einen Nebenerwerbsbetrieb handle. Das Departement habe schon im Jahr 2003 festgestellt, dass es sich nicht um eine Gärtnerei, sondern um einen Gartenbaubetrieb handle. Dieser sei weder zonenkonform, noch standortbedingt. Folientunnel würden keinen Standort ausserhalb der Bauzone erfordern. Der Regenwasserbiotop sei nie rechtmässig erstellt worden.

## **E. 6**

Die Beschwerde erweist sich somit als unbegründet. Sie ist abzuweisen. Da die Frist zur Wiederherstellung des rechtskräftigen Zustandes unterdessen abgelaufen ist, ist eine Nachfrist zu setzen, die auf ein halbes Jahr zu bemessen ist.

Bei diesem Ausgang haben die Beschwerdeführer die Kosten des Verfahrens vor Verwaltungsgericht zu bezahlen, die einschliesslich der Entscheidgebühr auf CHF 1■500.00 festzusetzen sind. Parteientschädigung ist keine auszurichten, denn die Beschwerdegegner C. \_\_\_ waren durch keinen Anwalt vertreten.

Demnach wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen. Der rechtmässige Zustand auf GB K. (heute: Gemeinde N.) Nr. 130 ist bis Ende März 2017 wieder herzustellen.

2. Die Beschwerdeführer haben die Kosten des Verfahrens vor Verwaltungsgericht von CHF 1■500.00 zu bezahlen.

Rechtsmittel: Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit Eröffnung des begründeten Urteils beim Bundesgericht Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten eingereicht werden (Adresse: 1000 Lausanne 14). Die Frist wird durch rechtzeitige Aufgabe bei der Schweizerischen Post gewahrt. Die Frist ist nicht erstreckbar. Die Beschwerdeschrift hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift des Beschwerdeführers oder seines Vertreters zu enthalten. Für die weiteren Voraussetzungen sind die Bestimmungen des Bundesgerichtsgesetzes massgeblich.

Im Namen des Verwaltungsgerichts

Die Präsidentin

Scherrer Reber

Der Gerichtsschreiber

Schaad

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