

## **SO\_GERICHTE VWBES.2016.420 vom 30. Juni 2015**

SO Obergericht, 2015-06-30, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/so\\_gerichte\\_VWBES.2016.420](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/so_gerichte_VWBES.2016.420)

FR: SO\_GERICHTE VWBES.2016.420 du 30 juin 2015

IT: SO\_GERICHTE VWBES.2016.420 del 30 giugno 2015

### **Regeste**

§§ 9 Abs. 1, 19 Abs. 1 und 106 Abs.1 WAG. Ein altrechtlich erteiltes Gastwirtschaftspatent, das die ordentlichen Öffnungszeiten umfasste, gilt nach dem Übergangsrecht des Wirtschafts- und Arbeitsgesetzes als Betriebsbewilligung für die neuen Regelöffnungszeiten. Die verlängerten Öffnungszeiten nach neuem Recht stellen - bei gleichbleibender Nutzung - keine Nutzungsausweitung dar, die als Umnutzung im Baubewilligungsverfahren zu bewilligen ist.

### **Erwägungen**

#### **E. 17**

Juli 2015 dagegen erhobene Beschwerde hiess das Bau- und Justizdepartement am 27. Oktober 2016 teilweise gut. Die Verfügung der Baukommission der Stadt Solothurn vom 30. Juni 2015 wurde aufgehoben, soweit sie die morgendliche Öffnungszeit auf 07:00 Uhr einschränkte und die abendlichen Öffnungszeiten am Freitag und Samstag auf 02:00 Uhr festlegte. Die Angelegenheit wurde betreffend die abendlichen Öffnungszeiten am Freitag und Samstag an die Baukommission der Stadt Solothurn zurückgewiesen, welche im Anschluss an weitere Sachverhaltsabklärungen allenfalls abweichende Öffnungszeiten festzulegen hatte. Die Öffnungszeiten der B.\_\_\_\_ Bar wurden unter Vorbehalt der Sachverhaltsabklärungen wie folgt festgelegt: Sonntag bis Donnerstag 05:00 ■ 00:30 Uhr sowie Freitag und Samstag 05:00 ■ 04.00 Uhr. Dagegen erhob A.\_\_\_\_ am 5. September 2016 beim Verwaltungsgericht Beschwerde. Das Verwaltungsgericht heisst die Beschwerde teilweise gut.

Aus den Erwägungen:

2. Bis am 31. Dezember 2015 standen das Gesetz über das Gastgewerbe und den Handel mit alkoholischen Getränken (Wirtschaftsgesetz, BGS 513.81) und die Vollzugsverordnung zum Gesetz über das Gastgewerbe und den Handel mit alkoholischen Getränken (Wirtschaftsverordnung, BGS 513.82) in Kraft. Gastgewerbebetriebe durften gemäss § 23 des Wirtschaftsgesetzes von 5:00 Uhr bis 0:30 Uhr geöffnet haben (nachfolgend alte Regelöffnungszeiten). Nachtlokalbewilligungen, mit denen Lokale erst um 4:00 Uhr zu schliessen hatten, wurden durch den Kanton erteilt.

Seit dem 1. Januar 2016 sind das neue Wirtschafts- und Arbeitsgesetz (WAG, BGS 940.11) und die Verordnung zum Wirtschafts- und Arbeitsgesetz (VWAG, BGS 940.12) in Kraft. Das bisherige Wirtschaftsgesetz und die Wirtschaftsverordnung wurden aufgehoben. § 9 WAG verlangt zur Führung eines Gastwirtschaftsbetriebes eine Betriebsbewilligung. Für die Erteilung einer Betriebsbewilligung ist vorausgesetzt, dass eine rechtskräftige Baubewilligung vorliegt (§ 11 Abs. 2 WAG).

Nach § 19 WAG dürfen gastwirtschaftliche Betriebe neu von Sonntag bis Donnerstag von 5:00 Uhr bis 00:30 Uhr offen halten; am Freitag und Samstag bis 4:00 Uhr (nachfolgend: neue Regelöffnungszeiten). Die Einwohnergemeinden können nach Massgabe der Bau- und Umweltschutzgesetzgebung im Verfahren der Nutzungsplanung oder der Baubewilligung von den neuen Regelöffnungszeiten abweichende Öffnungszeiten festlegen und diese entweder erweitern oder einschränken (§ 21 Abs. 1 WAG). Sie können in besonderen Fällen auch einzelbetriebliche Ausnahmegewilligungen von den neuen Regelöffnungszeiten erteilen (§ 21 Abs. 2 WAG).

Übergangsrechtlich wurde in § 106 Abs. 1 WAG normiert, dass altrechtliche Patente gemäss § 4 und 31 Abs. 1 des Wirtschaftsgesetzes als Betriebsbewilligung im Sinne von § 9 Abs. 1 oder § 23 Abs. 1 weitergeführt würden. In § 106 Abs. 2 ist geregelt, die altrechtlich erteilten Nachtlokalbewilligungen nach § 7 Abs. 1 Wirtschaftsgesetz blieben noch während zweier Jahre seit dem Inkrafttreten gültig. Von § 19 abweichende Öffnungszeiten stünden nachher unter dem Vorbehalt kommunaler Anordnungen gemäss § 21. Im Übrigen blieben die gestützt auf die früheren Rechtsgrundlagen erlassenen Verfügungen bestehen (§ 106 Abs. 4 WAG).

4.1 Mit der Baubewilligung vom 29. Juni 2001 wurde der Einbau eines Restaurant-Betriebes, dessen Kellergeschoss ausschliesslich einer Bar (Apéro-Bar) mit «kalter Küche» diene, bewilligt. Der Entscheid enthält keine Äusserungen über die Öffnungszeiten der Bar. Da im Zeitpunkt dieses Entscheids noch die alten Regelöffnungszeiten galten, umfasste die Bewilligung jedenfalls diese Zeiten. Das scheint unter den Parteien auch unbestritten zu sein.

In Berücksichtigung der zitierten Übergangsbestimmung von § 106 Abs. 1 WAG hat das entgegen der Annahme der Stadt zur Folge, dass die Bar, welche unter dem früheren Recht über ein altrechtliches Gastwirtschaftspatent verfügte, seit 1. Januar 2016 über eine ordentliche Betriebsbewilligung nach § 9 WAG für ihren Betrieb verfügt und während den neuen Regelöffnungszeiten ihren Betrieb geöffnet halten darf. Dafür braucht sie keine zusätzliche Bewilligung, auch nicht für eine angebliche Nutzungsänderung durch Verlängerung der Betriebszeit, weil die neuen Regelöffnungszeiten am Wochenende nun bis um 4 Uhr dauern. Das Gesetz ist in diesem Punkt klar und eindeutig.

4.2 Die Beschwerdeführerin stellt sich auf den Standpunkt das Schreiben des Stadtbauamts vom 9. Juli 2001 sei für sie verbindlich gewesen und habe ihr erlaubt, baupolizeilich bewilligt ihren Betrieb jeweils bis um 4 Uhr früh offen zu halten. Ein Baugesuch war die damalige Anfrage an das Stadtbauamt allerdings nicht. Das Schreiben des Stadtbauamtes ist auch keine Baubewilligung. Hingegen könnte es durchaus als Mitteilung der Baubehörde an die Gesuchstellerin betrachtet werden, dass ein (erneutes oder abgeändertes) Baugesuch für die Verlängerung der Öffnungszeiten gar nicht notwendig sei. In diesem Fall könnte sich die Beschwerdeführerin jedoch, wie die Vorinstanz zu Recht festhält (Erw. 8 des angefochtenen Entscheides), gegenüber Dritten (wie z.B. Nachbarn) nicht auf eine erhaltene Baubewilligung berufen, da diese in das Verfahren betreffend verlängerten Öffnungszeiten nicht involviert waren. Das ist jedoch letztlich nicht entscheidend, wie im Folgenden zu zeigen ist (unten Erw. 4.4).

4.3 Auch gestützt auf das Übergangsrecht in § 106 Abs. 2 WAG kann sich die Beschwerdeführerin nur bedingt auf die früher regelmässig ausgestellte Nachtlokalbewilligung berufen. Abgesehen davon, dass diese nur bis Ende 2017 gälte und

ab 1. Januar 2018 für abweichende (verlängerte) Öffnungszeiten jedenfalls eine Regelung der Gemeinde im Verfahren der Nutzungsplanung oder Baubewilligung notwendig ist, stand diese alte Nachtlokalbewilligung immer unter dem Vorbehalt der notwendigen weiteren erforderlichen Bewilligungen, wozu insbesondere die baupolizeiliche Bewilligung zählt. Und ein Baubewilligungsverfahren, in welchem die Öffnungszeiten der Bar unter der Woche unter Einbezug allfälliger Einsprecher geprüft und beurteilt wurden, fand unbestreitbar bis zur Aufforderung der Stadt im Jahr 2011, ein entsprechendes Baugesuch einzureichen, nicht statt.

4.4 Aber sogar wenn die verlängerten Öffnungszeiten in einem ordentlichen Baubewilligungsverfahren bewilligt worden wären, wäre aufgrund des eidgenössischen Umweltschutzrechts, insbesondere der Bestimmungen zum Lärmschutz, die nachträgliche Anordnung von zusätzlichen Lärmschutzmassnahmen, nicht ausgeschlossen (vgl. auch Erw. 9 der Vorinstanz). Sogar in diesem Fall steht die Rechtskraft der Baubewilligung geänderten oder zusätzlichen Auflagen nicht entgegen, wobei allerdings eine Verhältnismässigkeitsprüfung vorzunehmen ist. Dass seit Betriebsaufnahme der Bar eine erhebliche lärmässig relevante Änderung eingetreten ist, liegt auf der Hand. Nicht nur wurde nachträglich eine Aussenwirtschaft errichtet, welche zeitweise auch in den Abend- und Nachtstunden in Betrieb war, sondern es trat mit dem Inkrafttreten des Rauchverbots in den Gastwirtschaftsbetrieben ■ trotz Einrichten von Fumoirs ■ die Situation ein, dass sich vermehrt Raucherinnen und Raucher und allenfalls auch ihre nichtrauchenden Begleitpersonen draussen vor dem Eingang aufhalten und sich dort auch, mehr oder weniger lautstark, unterhalten.

Die Baubehörde war also im Jahr 2011 nicht unbedingt befugt, ein Nutzungsänderungsgesuch für die seit einem Jahrzehnt bestehende, unter Umständen sogar bewilligte Nutzung zu verlangen, und sie ist es auch nicht gestützt auf das neue WAG, soweit es um die Regelöffnungszeiten geht. Sie war aber jedenfalls berechtigt und verpflichtet, Abklärungen hinsichtlich der Lärmemissionen vorzunehmen, zumal ja verschiedene Klagen eingegangen waren. Und sie durfte und musste die Situation anschliessend gestützt auf das eidgenössische Lärmschutzrecht im Baubewilligungsverfahren neu beurteilen, wobei das Verhältnismässigkeitsgebot zu beachten war, da es sich um einen grundsätzlich bewilligten Betrieb handelte. Wie in andern Entscheiden schon dargelegt, ist eine Einschränkung der Betriebszeiten gerade bei Lärmemissionen aus Gastwirtschafts- oder Unterhaltungsbetrieben eine taugliche und manchmal die einzig mögliche nachträgliche Massnahme zur Lärmverminderung (vgl. z.B. Verwaltungsgerichtsentscheid vom 6. Juli 2012 i.S. Kulturfabrik Kofmehl).

5.1 Wie die Vorinstanz in ihrem Entscheid im Weiteren zu Recht festhält, sind aber die vorgenommenen Lärmabklärungen für die sich heute unter dem neu geltenden Recht stellenden Fragen nicht genügend, und zwar weder für eine Erweiterung der neuen Regelöffnungszeiten unter der Woche noch für eine Einschränkung derselben während des Wochenendes.

Die Lärmabklärungen der Baukommission Solothurn zwischen dem 29. Juli 2012 und 1. September 2012 wurden vorgenommen, als die B. \_\_\_ Bar noch eine Aussenwirtschaft bzw. einen Aussen-Take-away-Stand bediente. Diese existieren laut Sachverhaltsfeststellung der beiden Vorinstanzen seit 2013 (bis zum heutigen Tag) nicht mehr.

Die Kontrollen der Stadtpolizei im Auftrag der Baubehörde stellten am Sonntag, 29. Juli 2012, 03:25 Uhr auf dem Friedhofplatz ca. 20 Personen fest, die sich ruhig verhielten. Am Freitag, 10. August 2012, 00:10 Uhr wurden keine Personen draussen festgestellt, am Tag darauf um 00:45 Uhr vier Personen, die keinen Lärm verursachten und um 04:30 keine Personen mehr. In der anschliessenden Nacht von Samstag auf Sonntag war der Platz um 02:00 Uhr leer. In der Mittwochnacht vom 15. August 2012 wurden um 00:30 und 03:00 vier Personen festgestellt, die keinen Lärm verursachten. Am

#### **E. 18**

August 2012 (Freitagnacht) um 04:00 Uhr wurden 6 Personen festgestellt, die sich in normaler Lautstärke unterhielten. Aus diesen Kontrollen lässt sich hinsichtlich des Lärms nichts lärmässig Negatives ableiten.

Die verwertbaren Lärmmessungen der Planteam GHS AG von Samstag 18. August 2012 bis Samstag 25. August 2012 zeigten in den Nächten unter der Woche (Sonntagnacht bis Mittwochnacht) keinen Lärm ausser den Stundenschlägen der Kirchenglocken oder allenfalls einer Pendule in der Wohnung, in welcher gemessen wurde (Akten der Stadt Solothurn [AS], S. 382). In der Donnerstagnacht (Freitag, 24. August 2012) zeigte die Messung kurze Lärmspitzen im Zeitraum zwischen etwa 00:45 und 01:30 Uhr. Erhöhter Lärm wurde einzig in den Nächten von Freitag und Samstag gemessen (AS 383 ff.)

Am Nachtaugenschein der Baubehörde in der Samstagnacht (Sonntag 19. August 2012) waren nach den Feststellungen der Baubehörde zwischen 3 und 4 Uhr verschiedentlich Lärmemissionen zu vernehmen. Einerseits hielten sich 8 Personen in der Aussenwirtschaft des Betriebs auf, andererseits befanden sich 16 Personen auf dem Platz. Später befanden sich noch mehr Gäste in der Aussenwirtschaft, und Lärm wurde kurz vor 4 Uhr von Gästen eines anderen Betriebes verursacht (AS 360). In der Freitagnacht (Samstag, 25. August 2012) waren kurz nach Mitternacht und kurz vor 2 Uhr deutliche Lärmemissionen von z.T. wohl etwas angeheiterten Besuchern der Bar hörbar, was wohl einer leichten Ruhestörung der Anwohner entspräche (AS 361). In der folgenden Samstagnacht (Sonntag, 26. August 2012), befand sich die Aussenwirtschaft nicht in Betrieb. Besonderer Lärm wurde nicht festgestellt. Zwischen 2 und 3 Uhr kamen Leute aus andern Teilen der Stadt zur Bar, die sich teilweise lachend und (laut) diskutierend unterhielten. Aus der Bar selber war nichts zu vernehmen (AS 362). In der Freitagnacht (Samstag, 1. September 2012) zwischen 00:01 und 01:45 stellte die Baubehörde verschiedentlich Personenverkehr in der Altstadt um die Bar fest, Lärm verursachten um 01:10 einmal von ausserhalb dazukommende neue Gäste; daneben sind vorbeifahrende Güterzüge und ein auf einem Anwohnerparkplatz parkierendes Auto deutlich vernehmbar, ebenso Autolärm in einer ausserhalb der Altstadt gelegenen Strasse. Insgesamt habe eine andere Bar bzw. deren Gäste deutlich mehr Lärm verursacht als die (Gäste der) B.\_\_\_\_ Bar (AS 363).

Aus diesen Feststellungen der Baubehörde lässt sich für die sich heute stellenden Fragen nichts Klares ableiten. Einerseits fehlen zuverlässige Angaben über eine allfällige Lärmbelästigung von Anwohnern unter der Woche. An welchen Tagen (bzw. Nächten) die Bar während den Lärmmessungen (vom 18. ■ 25. August 2012) unter der Woche geöffnet war, ergibt sich aus den Akten nicht. Weder die Kontrollen der Stadtpolizei noch die Augenscheinsprotokolle der Baubehörde machen dazu Angaben. Einzig die Lärmmessung von der Donnerstagnacht (Freitag 24. August 2012), die kurze erhöhte Lärmspitzen zwischen 00.45 und 01.30 Uhr zeigt, gibt einen Hinweis darauf, dass auch unter der Woche,

insbesondere in der Donnerstagnacht, ein Lärmproblem besteht. Andererseits stammten festgestellte Lärmemissionen an den Wochenenden zum einen von Besuchern der damals noch offenen Aussenwirtschaft, zum andern zu einem guten Teil von Besuchern einer andern Bar. Das Departement hat deshalb zu Recht festgehalten, dass diese Abklärungen im Zeitpunkt des Entscheides keine feste Beweislage ergaben. Dies gilt unter der neuen Rechtslage seit dem Inkrafttreten des WAG umso mehr, ist doch heute von den geänderten Regelöffnungszeiten auszugehen, während damals fast alle andern Betriebe in der Stadt Solothurn keine über 2 Uhr nachts hinausdauernde Betriebsbewilligungen hatten. Seit 2013 wird die Aussenwirtschaft unbestrittenermassen nicht mehr betrieben, und seit 1. Januar 2016 gelten für alle Betriebe grundsätzlich die neuen Regelöffnungszeiten, die für alle Betriebe grundsätzlich am Wochenende ein Offenhalten bis um 4 Uhr erlauben, was zu einem verminderten Zustrom von Besuchern in die B. \_\_\_ Bar als einzig noch geöffnetem Betrieb führen dürfte.

5.2 Das Stadtbauamt beschloss mit Bauentscheid vom 30. Juni 2015 zudem, dass die Öffnungszeit am Morgen auf 7:00 Uhr festzulegen sei. Eine Öffnungszeit um 5:00 Uhr könnte dazu führen, dass sich Gäste aus anderen Lokalen mit verlängerten Nachtöffnungszeiten noch in die B. \_\_\_ Bar begeben würden. Für das BJD hingegen war nicht ersichtlich, weshalb die Beschwerdeführerin diese morgendlichen Einschränkungen zu dulden habe, während die überwiegende Mehrheit der anderen Bars morgens ebenso um 5:00 Uhr öffnen dürften. Die Befürchtung des Stadtbauamts hinsichtlich der «durchfeiernden» Gäste sei vage und die verfügte Einschränkung auch unter dem Gesichtspunkt der Rechtsgleichheit nicht statthaft.

Auch in diesem Punkt ist der Vorinstanz Recht zu geben. Gemäss § 19 Abs. 1 WAG dürfen Gastronomiebetriebe grundsätzlich um 5:00 Uhr öffnen. Nach der anwendbaren Übergangsbestimmung von § 106 Abs. 1 WAG gilt diese Zeit auch für die Beschwerdeführerin (vgl. oben Erw. 4.1), auch wenn sie davon zurzeit nicht Gebrauch macht.

Die Einwohnergemeinde der Stadt Solothurn reichte dem BJD am 27. Juni 2016 eine Zusammenstellung der Öffnungszeiten verschiedener Bars in Solothurn ein. Den umliegenden Bars wurden mehrheitlich morgendliche Öffnungszeiten um 5:00 Uhr bewilligt. Es wäre daher wohl auch mit dem Gleichbehandlungsgebot schwerlich zu vereinbaren, der Beschwerdeführerin die ordentliche Öffnungszeit zu verwehren. Jedenfalls genügt allein dieses Argument nicht, um eine abweichende Anordnung der Öffnungszeit nach § 21 WAG zu rechtfertigen.

5.3 Damit erweist sich der Entscheid der Vorinstanz als richtig, soweit er die einschränkende Verfügung der Baubehörde der Stadt aufhebt (Ziff. 2) und die Öffnungszeiten auf Sonntag bis Donnerstag 05:00 ■ 00:30 Uhr sowie Freitag und Samstag 05:00 ■ 04:00 festsetzt (Ziff. 4).

6. Zu prüfen bleibt, ob der in Ziff. 4 der angefochtenen Verfügung enthaltene Vorbehalt und die in Ziff. 3 verfügte Rückweisung der Angelegenheit an die Baukommission der Stadt Solothurn zur weiteren Abklärung ebenfalls zu bestätigen sind.

6.1 Da aufgrund der geänderten gesetzlichen Regelöffnungszeiten und den erwähnten Übergangsbestimmungen, welche Ende 2017 auch allenfalls bewilligte längere Öffnungszeiten für bestehende Nachtlokale dahinfallen lassen, soweit nicht eine abweichende Bau- oder Nutzungsbewilligung der Gemeinde besteht, einerseits nicht klar

ist, ob die Beschwerdeführerin in Zukunft überhaupt noch erweiterte Öffnungszeiten unter der Woche anstrebt, schliesst sie doch ihren Betrieb, was gerichtsnotorisch ist (geänderte Anzeigetafel bei den Eingängen zum Betrieb), seit 14. Februar 2017 zu den neuen Regelschliesszeiten, und andererseits die Anforderungen für eine Bewilligung der angestrebten Schliessungszeit auch wochentags um 04:00 Uhr mit dem neuen Gesetz klar so geregelt sind, dass in einem ordentlichen Baubewilligungs- oder Nutzungsverfahren gestützt auf die eidgenössischen Lärmschutzvorschriften zu befinden ist, und da zudem klar ist, dass die vorhandenen lärmschutzrechtlichen Abklärungen nicht als Bewilligungsgrundlage für verlängerte Öffnungszeiten genügen, wäre es mit dem Fairnessgebot nicht vereinbar, die Gesuchstellerin in ein solches Verfahren zu zwingen, wenn sie dieses gar nicht will. Es ist ihr deshalb Gelegenheit zu geben, es beim getroffenen Entscheid bewenden zu lassen, wobei es ihr selbstverständlich auch frei steht, das gleiche oder ein entsprechendes Gesuch für verlängerte Öffnungszeiten unter der Woche (nochmals) einzureichen.

6.2 Zum andern ist auch der Baubehörde der Stadt kein Verfahren aufzuzwingen, welches sie unter den geänderten gesetzlichen Voraussetzungen möglicherweise gar nicht (mehr) führen will und muss. Nach dem neuen WAG mit den neuen Regelöffnungszeiten und den geschaffenen Übergangsbestimmungen stellen sich ■ neben einem zwischenzeitlich geänderten Sachverhalt ■ wohl auch etwas andere Rechtsfragen.

Verwaltungsgericht, Urteil vom 22. Mai 2017 (VWBES.2016.420)

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