

# **SO\_GERICHTE VWBES.2016.442 vom 27. März 2017**

SO Obergericht, 2017-03-27, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/so\\_gerichte\\_VWBES.2016.442](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/so_gerichte_VWBES.2016.442)

FR: SO\_GERICHTE VWBES.2016.442 du 27 mars 2017

IT: SO\_GERICHTE VWBES.2016.442 del 27 marzo 2017

## **Erwägungen**

### **E. 1**

C.\_\_\_\_, einziger Gesellschafter und Geschäftsführer der A.\_\_\_\_, ist Eigentümer des am 28. Januar 2015 erworbenen Grundstücks GB Hofstetten-Flüh Nr. [...], welches sich in der Landwirtschaftszone, überlagert mit der Juraschutzzone und einem Vorranggebiet Natur und Landschaft, befindet. Darauf pflanzte die A.\_\_\_\_ 300 Rottannen-Jungbäume und stellte am 24. März 2015 ein Baugesuch für einen Wildschutzzaun. Im Juli 2016 zog die A.\_\_\_\_ das Baugesuch für das Erstellen eines Wildschutzzauns zurück. Am 3./4. Juli 2016 schloss C.\_\_\_\_ mit B.\_\_\_\_ rückwirkend per 1. Januar 2016 einen Pachtvertrag über das Grundstück GB Hofstetten-Flüh Nr. [...] ab.

### **E. 2**

Am 10. November 2016 verfügte das Bau- und Justizdepartement (BJD) Folgendes:

1. Der Gesuchsteller verzichtet auf die Einfriedung der Weihnachtsbaumkultur auf GB Hofstetten-Flüh Nr. [...]. Es darf keine Baubewilligung ausgestellt werden.
2. Gestützt auf die eingereichten Unterlagen ist die bereits erstellte Weihnachtsbaumkultur (die gepflanzten Weihnachtsbäume) auf GB Hofstetten-Flüh Nr. [...] weder zonenkonform noch standortgebunden noch ist sie nach Art. 24 ff. RPG bewilligungsfähig. Eine nachträgliche Bewilligung kann nicht erteilt werden. Es darf keine Baubewilligung ausgestellt werden.
3. Die bereits ohne Bewilligung erstellte Weihnachtsbaumkultur, das heisst die gepflanzten Weihnachtsbäume auf GB Hofstetten-Flüh Nr. [...] sind vollständig zu entfernen. Der ursprüngliche Zustand des Bodens ist wiederherzustellen. Der Bauherrschaft wird dafür eine Frist gegeben bis 15. Januar 2017. Im Unterlassungsfall wird das Oberamt mit dem Vollzug beauftragt. Die Baukommission der Gemeinde Hofstetten-Flüh hat dem Amt für Raumplanung, Abteilung Baugesuche, nach Ablauf der Frist schriftlich Bericht zu erstatten.
4. Die Bearbeitungsgebühr von CHF 550.00 ist durch die A.\_\_\_\_, C.\_\_\_\_, innerhalb von 30 Tagen seit Zustellung zu bezahlen.

### **E. 2.1**

Die Beschwerdeführer machen eine Verletzung des rechtlichen Gehörs geltend. Aufgrund des formellen Charakters des Gehörsanspruchs ist diese Rüge vorab zu prüfen, würde doch eine Gutheissung automatisch zur Aufhebung des angefochtenen Entscheids und zur Rückweisung der Sache an die Vorinstanz führen (vgl. Urteil 1C\_492/2011 vom 23. Februar 2012 E. 2).

Das rechtliche Gehör dient einerseits der Klärung des Sachverhalts, andererseits stellt es ein persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht beim Erlass eines Entscheids dar, welcher in

die Rechtsstellung des Einzelnen eingreift. Der Betroffene hat das Recht, sich vor Erlass eines in seine Rechtsstellung eingreifenden Entscheids zur Sache zu äussern. Dazu gehört insbesondere das Recht, Einsicht in die Akten zu nehmen, mit erheblichen Beweisanträgen gehört zu werden und an der Erhebung wesentlicher Beweise entweder mitzuwirken oder sich zumindest zum Beweisergebnis zu äussern, wenn dieses geeignet ist, den Entscheid zu beeinflussen (BGE 133 I 270 E. 3.1 S. 277; 127 I 54 E. 2b S. 56).

## **E. 2.2**

Die Beschwerdeführer machen geltend, obwohl die Vorinstanz vom Pachtvertrag in Kenntnis gesetzt worden sei, habe sie es unterlassen, den Beschwerdeführer über die angebliche Bewilligungspflicht und die vorgesehene Verfügung zu informieren und ihn als betroffene Partei zur Angelegenheit Stellung nehmen zu lassen. Mit dieser unterlassenen Anhörung sei das rechtliche Gehör massiv verletzt worden. Die Beschwerdeführer verkennen jedoch, dass vorliegend trotz Pachtvertrag die Bauherrschaft immer noch die gleiche geblieben ist, das heisst Bauherr immer noch C.\_\_\_\_ resp. Bauherrin die A.\_\_\_\_ ist. Somit war die Vorinstanz nicht gehalten, den Beschwerdeführer vor Erlass ihrer Verfügung anzuhören. Eine Verletzung des rechtlichen Gehörs liegt nicht vor.

3. Des Weiteren wird um eine Parteibefragung sowie um Durchführung einer Parteiverhandlung mit vorgängigem Augenschein vor Ort ersucht. Ein Anspruch auf öffentliche Verhandlung nach Art.

## **E. 3**

Dagegen liessen die A.\_\_\_\_ (nachfolgend Beschwerdeführerin genannt) sowie B.\_\_\_\_ (nachfolgend Beschwerdeführer genannt), beide vertreten durch Advokatin Elisabeth Gutzwiller Emmerth, mit Schreiben vom 24. November 2016 Beschwerde beim Verwaltungsgericht erheben mit den Begehren:

1. Es seien die Ziffern 2, 3 und 4 der Verfügung des Bau- und Justizdepartements des Kantons Solothurn vom 10. November 2016 aufzuheben.

2. Eventualiter seien die Ziffern 2, 3 und 4 der Verfügung des Bau- und Justizdepartements des Kantons Solothurn vom 10. November 2016 aufzuheben. Es sei eine Bewilligung für die Errichtung einer Weihnachtsbaumkultur auf der Parzelle Nr. [...], GB Hofstetten-Flüh, zu erteilen; ansonsten sei die Angelegenheit zur Erteilung einer Bewilligung für die Errichtung einer Weihnachtsbaumkultur auf der Parzelle Nr. [...], GB Hofstetten-Flüh, an das Bau- und Justizdepartement des Kantons Solothurn zurückzuweisen.

3. Subeventualiter seien die Ziffern 3 und 4 der Verfügung des Bau- und Justizdepartements des Kantons Solothurn vom 10. November 2016 aufzuheben und es sei zur Entfernung der bereits gepflanzten Weihnachtsbäume auf der Parzelle Nr. [...], GB Hofstetten-Flüh, eine Frist bis 31. Dezember 2021 zu setzen.

4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge.

Mit Begründung vom 3. Februar 2017 wurde zusammenfassend geltend gemacht, das Amt für Landwirtschaft (ALW) habe der Beschwerdeführerin die Auskunft erteilt, dass das Pflanzen von Weihnachtsbäumen auf dem betroffenen Grundstück nicht bewilligungspflichtig sei, jedoch eine allfällige Umzäunung. In diesem Vertrauen auf die behördliche Auskunft sei die Beschwerdeführerin zu schützen. Indem die Beschwerdegegnerin trotz Kenntnis des Pachtvertrages den Beschwerdeführer im

vorinstanzlichen Verfahren nicht angehört habe, sei auch das rechtliche Gehör verletzt worden. Bei der Weihnachtsbaumkultur handle es sich nicht um eine bewilligungspflichtige Baute oder Anlage. Zudem gehe aus den eingereichten Unterlagen der Beschwerdeführerin hervor, dass es sich bei der Weihnachtsbaumkultur um eine landwirtschaftliche Nutzung für einen landwirtschaftlichen Nebenerwerb handle, welcher entsprechend zonenkonform sei. Gleich verhalte es sich beim Beschwerdeführer, welcher über einen landwirtschaftlichen Betrieb verfüge. Entgegen den Ausführungen in der angefochtenen Verfügung könne nicht von einer Beeinträchtigung des Orts- und Landschaftsbildes durch die Weihnachtsbaumkultur gesprochen werden. Die Weihnachtbaumkultur füge sich mit einheimischen Rottannen geradezu optimal in die auch mit grösseren Waldflächen versehene Umgebung ein. Dies gelte erst recht, als auf die Erstellung einer Umzäunung verzichtet werde. Die Abtretung der Bewirtschaftung der Weihnachtsbaumkulturen wie auch die Verpachtung des Grundstückes sei wegen Arbeitsüberlastung und personellen Engpässen der Beschwerdeführerin erfolgt. Die Rede von einer Rechtsumgehung aufgrund der Verpachtung entbehre jeglicher Grundlage. Sollte das Gericht bezüglich der Weihnachtsbaumkultur wider Erwarten von einer Bewilligungspflicht ausgehen, die Zonenkonformität der Kultur verneinen und deren Bewilligung verweigern, so müssten die bereits gepflanzten Bäume zur Einhaltung des Verhältnismässigkeitsprinzips zumindest bis Ende 2021 stehen gelassen werden dürfen, da ansonsten der finanzielle Schaden gross wäre.

#### **E. 4**

Mit Verfügung vom 6. Februar 2017 wurde der Beschwerde die aufschiebende Wirkung erteilt.

#### **E. 5**

Mit Stellungnahme vom 22. Februar 2017 beantragte das BJD die Abweisung der Beschwerde, unter Kostenfolge für die Beschwerdeführer.

#### **E. 5.1**

Nach den Art. 22 Abs. 1 und 24 Raumplanungsgesetz (RPG, SR 700) dürfen Bauten und Anlagen inner- und ausserhalb der Bauzonen nur mit behördlicher Bewilligung errichtet werden. Im vorliegenden Verfahren steht eine Weihnachtsbaumkultur ausserhalb der Bauzone zur Diskussion. Es ist vorab zu prüfen, ob eine Weihnachtsbaumkultur eine bewilligungspflichtige Baute oder Anlage im Sinne des Raumplanungsgesetzes darstellt. Der bundesrechtliche Begriff «Bauten und Anlagen» ist vom Gesetzgeber nicht näher umschrieben worden. Nach der 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 (Bernhard Waldmann/Peter Hänni, Handkommentar RPG, Bern 2006, Art. 22 N 10). Weihnachtsbaumkulturen werden künstlich angelegt und beeinflussen die Nutzungsordnung. Dies gilt insbesondere, wenn die Einrichtung wie hier in der Juraschutzzone liegt. Auch nach allgemeinen bau- und planungsrechtlichen Grundsätzen sind Umnutzungen generell bewilligungspflichtig. Die Weihnachtsbaumkultur stellt deshalb eine Anlage im Sinne des Raumplanungsgesetzes dar (vgl. VWBES.2012.31 E. 3.1, VWBES.2016.210 E. 3.2, BGE 1A.77/2003 E. 3).

#### **E. 5.2**

Gemäss Art. 16a Abs. 1 RPG sind Bauten und Anlagen in der Landwirtschaftszone zonenkonform, wenn sie zur landwirtschaftlichen Bewirtschaftung oder für den produzierenden Gartenbau nötig sind. Der erweiterte Gehalt der Zonenkonformität ist in der Verordnung näher umschrieben (Art. 34-38 Raumplanungsverordnung, RPV, SR 700.1). Gemäss Art. 34 Abs. 4 RPV darf die Bewilligung nur erteilt werden, wenn die Baute oder Anlage für die in Frage stehende Bewirtschaftung nötig ist (lit. a), wenn der Baute oder Anlage am vorgesehenen Standort keine überwiegenden Interessen entgegenstehen (lit. b) und wenn der Betrieb voraussichtlich längerfristig bestehen kann (lit. c). Ausdrücklich hält Art. 34 Abs. 5 RPV fest, dass Bauten und Anlagen für die Freizeitlandwirtschaft nicht als zonenkonform gelten.

Bei der Beurteilung, ob es sich um einen Betrieb von zonenwidriger Freizeitlandwirtschaft oder einen zonenkonformen landwirtschaftlichen Haupt- oder Nebenerwerbsbetrieb handelt, ist auf den jeweiligen Einzelfall abzustellen. Indizien für das Vorliegen eines Freizeitlandwirtschaftsbetriebs sind etwa die fehlende Gewinn- und Ertragsorientierung, das Nichterreichen einer gewissen Mindestgrösse oder der marginale Arbeitsbedarf auf dem Betrieb. Auf die Setzung starrer Grenzwerte wurde bewusst verzichtet. Die landwirtschaftliche Bewirtschaftung im Sinn von Art. 16a RPG unterscheidet sich von der Freizeitlandwirtschaft insbesondere durch einen dauernden, auf Wirtschaftlichkeit ausgerichteten und organisierten Einsatz von Kapital und Arbeitskraft in einem wirtschaftlich bedeutsamen Umfang (BGE 1A.64/2006 E. 2.3 mit weiteren Hinweisen).

### **E. 5.3**

Die Beschwerdeführerin macht geltend, aus den eingereichten Unterlagen gehe hervor, dass es sich bei der Weihnachtsbaumkultur um eine landwirtschaftliche Nutzung für einen landwirtschaftlichen Nebenerwerb und nicht um einen Hobbybetrieb handle, welcher entsprechend zonenkonform sei. Zwar ist die Beschwerdeführerin gemäss eingereichten Unterlagen unter anderem im Gartenbau und Forstbetrieb tätig, doch ist daraus allein noch nicht ersichtlich, ob die Zonenkonformität gegeben ist. Deshalb wurde die Beschwerdeführerin mit Schreiben des BJD vom 31. Juli 2015 und 10. Juni 2016 aufgefordert, Buchhaltungsunterlagen (Buchhaltungsabschlüsse der letzten drei Jahre) einzureichen, aus denen das Einkommen aus dem Christbaumverkauf ersichtlich sei. Zudem wurde sie gebeten, die genauen Flächenangaben der Kulturen anzugeben, damit die Standardarbeitskräfte berechnet werden könnten. Die Beschwerdeführerin ist dieser Aufforderung jedoch (bis zum heutigen Tage) nicht nachgekommen. Stattdessen reichte sie im Juli 2016 einen Pachtvertrag rückwirkend per 1. Januar 2016 ein. In der Beschwerdeschrift macht die Beschwerdeführerin mehrere Berechnungen bezüglich des bereits erzielten und zukünftig zu erwartenden Verdienstes aus dem Weihnachtsbaumverkauf, ohne dies aber zu belegen. Es handelt sich um blosser Behauptungen, ohne dass ein Nachweis für die Richtigkeit der Zahlen geliefert würde. Es obliegt jedoch der Baugesuchstellerin im Rahmen ihrer Mitwirkungspflichten (§ 26 VRG), nachvollziehbare Betriebsdaten zu liefern, will sie die Bewilligungsfähigkeit ihres Projekts belegen (vgl. Urteil 1A\_64/2006 des Bundesgerichts vom 7. November 2006 E. 5.4). Gestützt auf die heute vorliegenden Unterlagen ist die Zonenkonformität der Weihnachtsbaumkultur jedenfalls zu verneinen.

Was den Beschwerdeführer betrifft so ist festzuhalten, dass dieser zwar Pächter der Weihnachtsbaumkultur ist, die Bauherrschaft jedoch die gleiche geblieben ist. Der Pachtvertrag ändert somit nichts an der Beurteilung der Rechtswidrigkeit der Anlage. Auch

ist mit der Vorinstanz darin einig zu gehen, dass auch aus dem Pachtvertrag nicht hervorgeht, wer denn nun der Bewirtschafter der Weihnachtsbaumkultur und somit der Erwerbsertrag-Begünstigte ist.

#### **E. 5.4**

Zusammenfassend kann somit festgehalten werden, dass die Weihnachtsbaumkultur eine Anlage im Sinne des Raumplanungsgesetzes darstellt und - jedenfalls gemäss heutigem Kenntnisstand - nicht zonenkonform ist. Die Beschwerdeführerin hat für die bereits erstellte Weihnachtsbaumkultur weder ein nachträglich begründetes Baugesuch noch Unterlagen eingereicht, die aufzeigen, dass es sich bei der vorliegenden Weihnachtsbaum-Bewirtschaftung um einen landwirtschaftlichen Nebenerwerbsbetrieb handelt. Eine nachträgliche Bewilligung nach Art. 22 Abs. 2 RPG kann deshalb momentan nicht erteilt werden. Es steht jedoch der Beschwerdeführerin frei, jederzeit ein neues Baugesuch mit den entsprechenden Unterlagen (Buchhaltung, Betriebskonzept, etc.) beim BJD einzureichen.

#### **E. 5.5**

Die Voraussetzungen für eine Ausnahmegewilligung gemäss Art. 24 RPG sind ebenfalls nicht erfüllt. Wie die Vorinstanz in ihrer Entscheidung richtig festgehalten hat, ist eine Weihnachtsbaumkultur nicht zwingend auf einen Standort in der Landwirtschaftszone angewiesen, und deshalb nicht standortgebunden. Auch ist kein anderer Ausnahmetatbestand nach Art. 24 ff. RPG ersichtlich.

#### **E. 6**

Die Beschwerdeführer beantragen für eine allfällige Entfernung der bereits gepflanzten Weihnachtsbäume eine Frist bis 31. Dezember 2021. Im vorliegenden Fall handelt es sich um eine unzulässige Anlage, deren Wirkung nur durch einen Rückbau aufgehoben werden kann. Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführer besteht ein gewichtiges öffentliches Interesse an der Wiederherstellung des ursprünglichen, natürlichen Zustandes, stellt doch die Aufrechterhaltung der naturschützerisch wertvollen Juraschutzzone ein wichtiges Anliegen der Raumplanung dar. Die Bäumchen sind noch sehr klein (vgl. E-Mail-Foto vom 24. Juni 2016, wo die Bäumchen kaum die Gras-Höhe erreichen), weshalb davon ausgegangen werden kann, dass der erforderliche Aufwand zur Beseitigung nicht mit übermässig hohen Kosten (gemäss ALW ca. CHF 7'500.00) verbunden und somit verhältnismässig ist. Die Weihnachtsbaumkultur ist demnach zurückzubauen und der ursprüngliche Zustand herzustellen. Da die von der Vorinstanz gesetzte Frist unterdessen abgelaufen ist, ist eine Nachfrist bis 31. Mai 2017 zu setzen.

#### **E. 7**

Die Beschwerde erweist sich somit als unbegründet, sie ist abzuweisen. Bei diesem Ausgang haben die A.\_\_\_\_ und B.\_\_\_\_ unter solidarischer Haftbarkeit die Kosten des Verfahrens vor dem Verwaltungsgericht zu bezahlen, die einschliesslich der Entscheidgebühren auf CHF 1'000.00 festzusetzen sind. Ausgangsgemäss ist keine Parteientschädigung zu entrichten.

Demnach wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.

2. Für die Bewilligung der Weihnachtbaumkultur auf GB Hofstetten-Flüh Nr. [...] und die Wiederherstellung des ursprünglichen Zustands wird eine Nachfrist gesetzt bis 31. Mai 2017.

3. Die A. \_\_\_ und B. \_\_\_ haben die Kosten des Verfahrens vor Verwaltungsgericht von CHF 1■000.00, unter solidarischer Haftbarkeit, zu bezahlen.

Rechtsmittel: Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit Eröffnung des begründeten Urteils beim Bundesgericht Beschwerde in öffentlichrechtlichen 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

Die Gerichtsschreiberin

Droeser

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