

SO_GERICHTE VWBES.2017.238 vom 24. August 2006

SO Obergericht, 2006-08-24, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/so_gerichte_VWBES.2017.238

FR: SO_GERICHTE VWBES.2017.238 du 24 août 2006

IT: SO_GERICHTE VWBES.2017.238 del 24 agosto 2006

Erwägungen

E. 1

Die Bürgergemeinde Oensingen (nachfolgend Beschwerdeführerin genannt) ist Waldeigentümerin und Eigentümerin der durch den Wald verlaufenden Roggenstrasse, die auf den Oensinger Roggen führt. Die Roggenstrasse durchquert in der oberen Hälfte eine Gewässerschutzzone und mündet in ein BLN-Gebiet, welches gleichzeitig auch mehrfach als kantonales Schutzgebiet ausgewiesen ist.

E. 2

Die Roggenstrasse war verschiedentlich Streitgegenstand vor diversen Behörden des Kantons Solothurn. Eine Befestigung der gesamten Roggenstrasse mit einem Belag wurde von der Beschwerdeführerin bereits 2005 angestrebt. Gegen die abschlägige Verfügung der Vorinstanz erhob die Beschwerdeführerin damals Beschwerde ans Verwaltungsgericht. Mit Urteil vom 24. August 2006 wies das Verwaltungsgericht die Beschwerde ab, mit dem Hinweis, eine teilweise Befestigung mit Belag sei möglich. In der Folge stellte die Beschwerdeführerin ein Baugesuch für die Befestigung eines Teilstücks der Roggenstrasse. Mit Verfügung vom 6. April 2009 bewilligte die Vorinstanz die Befestigung mit einem Belag für den mittleren Teil der Roggenstrasse und schloss die restliche Roggenstrasse explizit von der Bewilligung aus. Die Vorinstanz hielt fest, weitere Gesuche für zusätzliche Teerungen auf der restlichen Roggenstrasse würden nicht mehr bewilligt.

E. 2.1

Auf die Durchführung eines Augenscheins mit Parteibefragung wird verzichtet. Durch die Vorinstanz wurde am 25. Februar 2016 im Beisein aller Parteien bereits ein Augenschein durchgeführt. Anlässlich dieses Augenscheins wurde die untere Roggenstrasse begangen, und alle Parteien konnten sich ausführlich äussern. Die Beschwerdeführerin erhielt zusätzlich Gelegenheit, sich schriftlich zu den Ergebnissen des Augenscheins zu äussern. Der Begehungsort ist dem Gericht (auch auf Grund der Vorgeschichte) allgemein bekannt. Aktenlage (Baugesuch, Pläne) und digitale Hilfsmittel (Kartendienste online) ermöglichen eine vollständige Abklärung des Sachverhaltes.

E. 2.2

Eine schriftliche Stellungnahme des Revierförsters [] befindet sich in den Akten (Urkunde 1, Beilagen Beschwerde); eine Befragung ist nicht nötig. Die Sichtweise Landwirtschaft ist durch die Akten gut dokumentiert, sodass auch auf eine Befragung des Landwirtes [] verzichtet werden kann.

E. 2.3

Die Edierung zweier Baubewilligungsdossiers (Oberberg Balsthal und Oberbuchsiter Alp) erweist sich als unmöglich. Gemäss Vorinstanz sind keine entsprechenden Unterlagen

aktenkundig.

3. Diskussionsgegenstand in den Schriften der Parteien ist u.a. die Publikation des nachträglichen Baugesuches vom 23. September 2015. Die Beschwerdeführerin verlangt vom Verwaltungsgericht, vorfrageweise zu erörtern, ob das nachträgliche Baugesuch vom 23. September 2015 überhaupt ordnungsgemäss publiziert wurde.

E. 3

Im Jahr 2015 wurde durch die Bürgergemeinde Oensingen der untere Teil der Roggenstrasse ab Schlossparkplatz auf einer Länge von ca. 560m (Feststellung Vorinstanz) bzw. 660m nachträglich (Baueingabe) mit Beton befestigt. Dies erfolgte ohne Baubewilligung.

E. 3.1

Die Baubehörde hat auf Kosten des Bauherrn das Baugesuch im amtlichen Publikationsorgan der Gemeinde oder, wo ein solches nicht besteht, in den von ihr bestimmten Zeitungen zu publizieren und die Pläne während 14 Tagen öffentlich aufzulegen. Einsprachen sind innert der erwähnten Frist mit Begründung versehen bei der zuständigen Baubehörde einzureichen (§ 8 Abs. 1 Kantonale Bauverordnung [KBV, BGS 711.61]).

E. 3.2

Gemäss § 5 Abs. 1 des Reglements zum Öffentlichkeitsprinzip und Datenschutz Oensingen vom

E. 3.3

Das Bauprojekt «Sanierung Teilstück Roggenstrasse» wurde am 15. Oktober 2015 im Anzeiger Thal-Gäu-Olten publiziert und lag bis am 30. Oktober 2015 öffentlich zur Einsicht auf. Nach kantonalem Recht ist die Publikation somit gültig erfolgt.

4. Die Vorinstanz versagte mit Verfügung vom 13. Juni 2017 dem bereits ohne Bewilligung erstellten Teilstück der Roggenstrasse nachträglich die Bewilligung. Sie verneinte eine relevante Veränderung der Verhältnisse im Vergleich zu 2009 und ging daher davon aus, es bestünden keine hinreichenden Gründe für die Bewilligung des nachträglichen Baugesuches. Dagegen erhob die Beschwerdeführerin Beschwerde ans Verwaltungsgericht. Aufgrund des Beschwerdebegehrens ist zu prüfen, ob sich die Verhältnisse im Vergleich zu 2009 derart verändert haben, sodass das nachträgliche Baugesuch der Beschwerdeführerin vom 23. September 2015 zu bewilligen ist. Zunächst ist eine Bewilligung nach Art. 22 RPG zu prüfen (ordentliche Baubewilligung). Im Verneinungsfalle ist zu prüfen, ob eine Ausnahmbewilligung gestützt auf Art. 24 RPG erteilt werden kann.

E. 4

Der untere Teil der Roggenstrasse liegt in der Juraschutzzone. Er liegt nicht in der Grundwasserschutzzone, nicht in einem BLN-Gebiet, nicht in einem kantonalen Naturreservat und nicht in einem kantonalen Vorranggebiet Natur und Landschaft.

E. 4.1

Nach Art. 22 Abs. 1 RPG dürfen Bauten und Anlagen nur mit behördlicher Bewilligung errichtet oder geändert werden. Gemäss § 38bis Abs. 1 des kantonalen Planungs- und Baugesetzes (PBG, BGS 711.11) bedürfen bauliche Massnahmen ausserhalb der Bauzone

der Bewilligung durch das BJD. Dieses entscheidet über die Zonenkonformität und die Ausnahmegewilligung. Handelt es sich um eine bauliche Massnahme im Wald, sind das Bundesgesetz über den Wald (WaG, SR 921.0) sowie die Verordnung über den Wald (WaV, SR 921.01) zu beachten.

4.2.1 Im Wald zonenkonform und mit einer ordentlichen Baubewilligung nach Art. 22 RPG bewilligungsfähig sind forstliche Bauten und Anlagen, die für eine zweckmässige Bewirtschaftung des Waldes am vorgesehenen Standort notwendig und nicht überdimensioniert sind, ausserdem dürfen keine überwiegenden öffentlichen Interessen gegen ihre Errichtung vorliegen (BGE 123 II 499, E. 2).

4.2.2 Im Jahre 2013 wurde zwecks besserer Abstimmung zwischen Wald- und Raumplanungsrecht der Artikel 13a WaV eingeführt, welcher die oben (Ziffer 4.2.1) zitierte Rechtsprechung ins Gesetz überführte. Gemäss Art. 13a Abs. 1 WaV dürfen forstliche Bauten und Anlagen wie Forstwerkhöfe, gedeckte Energieholzlager und Waldstrassen mit behördlicher Bewilligung nach Art. 22 RPG errichtet oder geändert werden. Voraussetzung ist, dass die Bauten und Anlagen der regionalen Bewirtschaftung des Waldes dienen, für diese Bauten und Anlagen der Bedarf ausgewiesen, ihr Standort zweckmässig und ihre Dimensionierung den regionalen Verhältnissen angepasst ist und ihr keine überwiegenden öffentlichen Interessen entgegenstehen (Art. 13a Abs. 2 WaV).

E. 4.3

Waldstrassen gelten rechtlich als Waldareal (Art. 2 Abs. 2 lit. b WaG). Gemäss Art. 15 Abs. 1 WaG dürfen Waldstrassen grundsätzlich nur zu forstlichen Zwecken befahren werden, wobei Ausnahmen für militärische oder andere öffentliche Aufgaben bestehen. Nach Art. 15 Abs. 2 WaG können die Kantone vorsehen, dass Waldstrassen zu weiteren Zwecken befahren werden dürfen, wenn nicht die Walderhaltung oder andere öffentliche Interessen dagegen sprechen. Gemäss § 20 der kantonalen Waldverordnung (WaVSO, BGS 931.12) sind auch Personen, die landwirtschaftliche Liegenschaften bewirtschaften und deren zweckmässige Zufahrt über die betreffende Waldstrasse führt, berechtigt, diese mit Motorfahrzeugen zu befahren. Eine Öffnung von Forststrassen für touristische Zwecke bzw. als Zufahrt zu Berggasthöfen ist in der Verordnung nicht vorgesehen (siehe auch Urteil des Verwaltungsgerichts VWBES.2009.218).

E. 4.4

Die (untere) Roggenstrasse dient der regionalen Bewirtschaftung des Waldes, daneben auch landwirtschaftlichen und touristischen Zwecken. Sie ist Haupterschliessungsstrasse in den Oensinger Bergwald und für die Waldbewirtschaftung unabdingbar (Holzgewinnung für Fernwärmeheizung, Holzschnitzelfeuerung). Die landwirtschaftliche Nutzung (Sömmerungsbetrieb, Futterballen-Transport, Kontrollfahrten) ist von untergeordneter Bedeutung. Vermehrt wird die Strasse durch Erholungssuchende benutzt (Bergrestaurant, Naherholungsgebiet, Postauto-Linie). In diesen Zusammenhang ist auch der beabsichtigte Ausbau des Bergrestaurants zu stellen.

E. 4.5

Es ist festzuhalten, dass die (untere) Roggenstrasse in der Ausführung wie sie vor der Betonierung bestand ■ also mit einem Mergelbelag - hinsichtlich forstlicher und landwirtschaftlicher Nutzung zonenkonform ist. Hinsichtlich touristischer Nutzung ist die Zonenkonformität unabhängig des Ausbaustandards zu verneinen. In der Folge ist zu

prüfen, ob bezüglich forstlicher und landwirtschaftlicher Nutzung die betonierte untere Roggenstrasse noch zonenkonform ist. Wird dies verneint, so ist die Bewilligungsfähigkeit nach Art. 24 RPG zu prüfen.

4.6.1 Gemäss Art. 13 Abs. 2 WaV muss die Dimensionierung der Waldstrasse den regionalen Verhältnissen angepasst sein. Nach der Rechtsprechung stimmt bei forstlichen Bauten im Wald und bei Landwirtschaftsbetrieben der Begriff der Zonenkonformität im Wesentlichen mit jenem der Standortgebundenheit nach Art. 24 lit. a RPG überein. Damit ist für solche Bauten in ähnlicher Weise wie bei der Ausnahmbewilligung nach Art. 24 RPG der Nachweis eines objektiven Bedürfnisses für Standort, Umfang und Ausgestaltung zu erbringen (Rudolf Muggli in: Aemisegger et al. [Hrsg.], Praxiskommentar RPG: Bauen ausserhalb der Bauzone, 2017, Art. 24 N 7).

4.6.2 Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung gilt eine Baute oder Anlage dann als standortgebunden, wenn sie aus technischen oder betriebswirtschaftlichen Gründen oder wegen der Bodenbeschaffenheit auf einen Standort ausserhalb der Bauzone angewiesen ist. Die Voraussetzungen sind nach objektiven Massstäben zu beurteilen. Auf subjektive Vorstellungen und Wünsche des Einzelnen kann es ebenso wenig ankommen wie auf die persönliche Zweckmässigkeit oder Bequemlichkeit. Generell ist bei der Beurteilung der Voraussetzungen ein strenger Massstab anzulegen, um der Zersiedelung der Landschaft entgegen zu wirken (Urteil des Bundesgerichts 1A.256/2004 vom 31. August 2005 E. 5, mit Hinweisen).

4.6.3 Die Standortgebundenheit einer Erschliessungsanlage kann nicht ohne den Zweck beurteilt werden, den sie erfüllen soll (Urteil des Bundesgerichtes 1A.256/2004 vom 31. August 2005 E. 5; SOG 2009 Nr. 19 E. 5b). Die für die Erschliessung von Feld und Wald ausserhalb der Bauzone notwendigen Verkehrsanlagen sind grundsätzlich standortbedingt. Das gilt aber nur, wenn und soweit sie hinsichtlich Standort und Ausgestaltung in einer unmittelbaren funktionellen Beziehung zum Landwirtschaftsbetrieb oder zum Wald stehen und sie in ihrer konkreten Ausgestaltung für eine zweckmässige Bewirtschaftung des Bodens am vorgesehenen Standort notwendig und nicht überdimensioniert sind (BGE 1A.63/1998 vom 3. September 1998 zitiert in SOG 2009 Nr. 19 E. 5b).

4.6.4 Für die zur Bewirtschaftung des Oensinger Bergwaldes und des Sömmerungsbetriebes notwendige (untere) Roggenstrasse muss feststehen, dass sie in der im Baugesuch verlangten Weise tatsächlich notwendig ist. Nur dann ist sie zonenkonform.

4.7.1 Die Beschwerdeführerin bringt vor, bei der Roggenstrasse handle es sich um die Haupteerschliessungsstrasse in den Oensinger Bergwald. Eine wirtschaftliche Holzernte sei auf eine gut ausgebaute Erschliessung angewiesen. Der Mergelbelag sei aufgrund der Verwendung schwerer Maschinen nicht geeignet. Die Folgen seien Verkehrsunsicherheit und hoher Unterhaltsaufwand. Pächterwechsel und eine intensivere landwirtschaftliche Nutzung bedingten zudem (saisonal) tägliche Kontrollfahrten auf den Roggen. Der Abtransport schwerer Futterballen sei auf eine gut ausgebaute Erschliessung angewiesen. Sinngemäss macht die Beschwerdeführerin technische und betriebswirtschaftliche Gründe geltend.

4.7.2 Seit 2005 behauptet die Beschwerdeführerin, die Befestigung sei aus technischen und betriebswirtschaftlichen Gründen angezeigt. Den Vorbringen der Beschwerdeführerin wurde 2009 insofern Rechnung getragen, als die Befestigung der steilen mittleren Teilstück der Roggenstrasse bewilligt wurde. Für die Befestigung des restlichen (unteren) Teils

bestand kein Anlass. Die Verhältnisse haben sich seither mit dem Bau der Fernwärmeheizung beim Forstwerkhof im Dorf im Jahre 2011 kaum geändert. Eine etwas intensivere Waldnutzung ist wohl zu bejahen. Die Veränderung ist jedoch nicht derart, dass sie eine Betonierung der unteren Roggenstrasse aus technischen und betriebswirtschaftlichen Gründen zu rechtfertigen vermöchte. Die untere Roggenstrasse mit Mergelbelag ist für die Bedürfnisse der Forstwirtschaft ausreichend. Die Beschwerdeführerin legt nicht dar, inwiefern die vorbestehende Mergelstrasse für schwere Maschinen nicht ausreicht. Es handelt sich nicht um ein überaus steiles Wegstück; die durchschnittliche Steigung beträgt 11%. Ein kritisches Grenzgefälle ist damit nicht erreicht. Moderne Maschinen inklusive Lastwagen können Gefälle bis 15% auf Naturstrassen problemlos bewältigen. Hingegen erreicht die Steigung der mittleren Roggenstrasse bis 17%. Bei dieser Steigung war eine Befestigung mit Beton oder Asphalt geboten, die 2009 auch bewilligt wurde. Die Stellungnahme des Revierförsters [] («Für mich als Revierförster und Betriebsleiter des Forstbetriebs der Bürgergemeinde Oensingen hat der Ausbau der Roggenstrasse nur Positives.», Urkunde 1, Beilagen Beschwerde) vermittelt eher den Eindruck, ein Betonbelag sei angenehm und bequem, aber grundsätzlich für die Waldbewirtschaftung nicht nötig. Eine betonierte untere Roggenstrasse ist für die Beschwerdeführerin sicherlich wünschenswert und bequem, v.a. was den Unterhalt und Forstarbeiten im Winter anbelangt, darauf kommt es jedoch nicht an (siehe oben Ziffer 4.6.2). Eine zweckmässige Bewirtschaftung des Oensinger Bergwaldes bedingt nicht eine betonierte untere Roggenstrasse. Eine effiziente und sichere Holzernte war und ist auch mit der bestehenden Mergelstrasse möglich. In ihrer konkreten Ausgestaltung ist die Strasse so nicht nötig. Damit ist die Zonenkonformität zu verneinen.

E. 4.8

Dasselbe gilt für die landwirtschaftlichen Bedürfnisse. Die schweren Futterballen werden allerhöchstens zwei bis drei Mal pro Saison vom Roggen ins Tal abtransportiert. Ausserdem sind Waldmaschinen viel schwerer als Futterballen(-Ladungen). Vermögen schon schwere Waldmaschinen eine Betonierung nicht zu rechtfertigen, dann erst recht nicht leichtere Futterballen(-Ladungen). Die Ausführungen zum landwirtschaftlichen Gewerbe greifen ins Leere. Der Sömmerungsbetrieb auf dem Roggen gilt nicht als landwirtschaftliches Gewerbe (vgl. BGE 135 II 313; Art. 7 Bundesgesetz über den bäuerlichen Bodenerwerb [BGBB, SR 211.412.11] sowie Art. 9 Landwirtschaftliche Begriffsverordnung [LBV, SR 910.91]). Für ein einzelnes landwirtschaftliches Grundstück bzw. für den Sömmerungsbetrieb ist eine betonierte Zufahrtsstrasse nicht notwendig und damit nicht zonenkonform.

E. 4.9

Mangels Zonenkonformität kann für die Betonierung der unteren Roggenstrasse keine ordentliche Baubewilligung nach Art. 22 RPG erteilt werden.

E. 5

Mit Schreiben vom 13. Mai 2015 fragte der Kreisförster bei der Baukommission Oensingen an, ob für den Betonbelag der unteren Roggenstrasse eine Baubewilligung vorliege. Sofern keine Baubewilligung vorläge, sei bei der Bauherrschaft nachträglich eine Baubewilligung zu verlangen.

E. 5.1

Es ist zu prüfen, ob eine Ausnahmbewilligung nach Art. 24 RPG erteilt werden kann. Wiederum muss diese Frage für die jeweilige Nutzung gesondert beantwortet werden.

E. 5.2

Der Bau einer zonenfremden Strasse kann nur bewilligt werden, wenn der Zweck der Anlage einen Standort ausserhalb der Bauzone erfordert und keine überwiegenden Interessen entgegenstehen (Art. 24 RPG). Wie in Ziffer 4.6.1 erwähnt, stimmt der Begriff der Zonenkonformität bei Wald- und Landwirtschaftlichen Erschliessungsstrassen im Wesentlichen mit jenem der Standortgebundenheit nach Art. 24 lit. a RPG überein. Es wird daher auf die Ausführungen in Ziffer 4.7.1 ff. verwiesen.

Hinsichtlich forstlichen und landwirtschaftlichen Zwecken kann mangels Standortgebundenheit der betonierten unteren Roggenstrasse auch keine ausserordentliche Baubewilligung erteilt werden.

E. 5.3

Bezüglich touristischer Nutzung ist Folgendes vorzuschicken: Das Bundesgericht hat es abgelehnt, die Standortgebundenheit einer Strasse mit der Zugehörigkeit zu einer bestimmten Baute zu rechtfertigen, welche selbst zonenfremd ist (BGE 1A.88/1999 vom 8. November 1999 zitiert in SOG 2009 Nr. 19). Das Bergrestaurant befindet sich im Nichtbaugelände und ist zonenfremd. Die Roggenstrasse ist danach nicht standortgebunden. Die Betonierung ist nicht nach Art. 24 RPG bewilligungsfähig. Im Folgenden ist noch zu klären, ob eine Bewilligung gestützt auf Art. 24c RPG erteilt werden kann.

6. Im Kanton Solothurn sind in der Praxis allgemein Strassen zu Berggasthöfen, auch wenn sie durch den Wald führen, nicht mit Fahrverboten versehen (vgl. oben Ziffer 4.3). Vielmehr werden dort, wo Fahrverbote verfügt werden, die Zufahrten zu den Berggasthöfen explizit zugelassen (Urteil des Verwaltungsgerichts VWBES.2009.218 E. 6b). Diese Praxis ist zu beachten, ist sie doch als Ausfluss der Besitzstandsgarantie der seit Jahrhunderten von diesen Strassen erschlossenen Liegenschaften zu betrachten. Die Roggenstrasse hatte schon immer auch Erschliessungsfunktion für den Berghof auf dem Roggen seit es den Gasthof gibt, auch für diesen. Es ist bei der Roggenstrasse daher von einer bestehenden, seit mehr als 30 Jahren, seit Inkrafttreten des Verbots von Motorfahrzeugverkehr im Wald teilweise zonenwidrigen Anlage ausserhalb der Bauzone auszugehen. Zu prüfen ist deshalb, ob die Betonierung als bauliche Änderung einer bestehenden Anlage, die nicht mehr (vollständig) zonenkonform ist, bewilligungsfähig ist (Art. 24c RPG).

E. 6

Am 23. September 2015 unterbreitete die Beschwerdeführerin der Baukommission Oensingen das nachträgliche Baugesuch für das bereits betonierte untere Teilstück der Roggenstrasse.

E. 6.1

Gemäss Art. 24c Abs. 1 und 2 RPG werden bestimmungsgemäss nutzbare Bauten und Anlagen ausserhalb der Bauzonen, die nicht mehr zonenkonform sind, in ihrem Bestand grundsätzlich geschützt. Solche Bauten und Anlagen können mit Bewilligung der zuständigen Behörde erneuert, teilweise geändert, massvoll erweitert oder wiederaufgebaut werden, sofern sie rechtmässig erstellt oder geändert worden sind. In jedem Fall bleibt die Vereinbarkeit mit den wichtigen Anliegen der Raumplanung vorbehalten (Art. 24c Abs. 5 RPG).

E. 6.2

Die teilweise Änderung und die massvolle Erweiterung sind soweit zulässig, als die Identität der Baute oder Anlage einschliesslich beeinflussbarer Umgebung in den wesentlichen Zügen gewahrt bleibt (Art. 42 Abs. 1 Raumplanungsverordnung, [RPV, SR 700.1], Muggli, a.a.O., Art. 24c N 24). Die Betonierung verändert die Strasse hinsichtlich ihres Erscheinungsbildes und ihrer baulichen Qualität deutlich. Inwiefern da noch von einem identischen Bauwerk gesprochen werden kann, ist fraglich. Indes kann diese Frage offengelassen werden. Wie noch zu zeigen ist, widerspricht eine Bewilligung der Betonierung der Zufahrtsstrasse unter dem Titel der Besitzstandsgarantie jedenfalls wichtigen Anliegen der Raumplanung (siehe Ziffer 6.3).

E. 6.3

Die von der Beschwerdeführerin ausserhalb der Bauzone vorgenommene Betonierung der Roggenstrasse verletzt einen der wichtigsten Grundsätze des Raumplanungsrechtes, den Grundsatz der Trennung vom Bau- und Nichtbaugebiet. Hinzu kommt, dass sich die untere Roggenstrasse in der Juraschutzzone befindet. Bauvorhaben in diesem Gebiet haben in besonderer Weise auf das Landschaftsbild Rücksicht zu nehmen. Betonierte Strassen beeinträchtigen die Landschaft mehr als Mergelwege, die sich als naturnahe Anlagen gut in den Wald einfügen.

7. Es bleibt zu prüfen, ob der angeordnete Rückbau den Anforderungen rechtsstaatlichen Handelns genügt. Die Anordnung restitutorischer Massnahmen liegt im Ermessen der zuständigen Behörde. Dieses Ermessen ist unter Berücksichtigung der allgemeinen Prinzipien des Verfassungs- und Verwaltungsrechtes auszuüben. So können der Verhältnismässigkeitsgrundsatz und das Rechtsgleichheitsgebot den Verzicht auf restitutorische Massnahmen rechtfertigen oder gar gebieten. Umgekehrt dürfen die einzuhaltenden Bauvorschriften durch einen solchen Verzicht nicht faktisch ausser Kraft gesetzt werden (Bernhard Waldmann in: Alain Griffel et al. [Hrsg.], Fachhandbuch Öffentliches Baurecht Expertenwissen für die Praxis, 2016, S. 590, mit Hinweisen).

E. 7

Die Baukommission Oensingen unterbreitete am 15. Oktober 2015 dem Bau- und Justizdepartement (BJD), Amt für Raumplanung (ARP) das nachträglich eingereichte Baugesuch zur Prüfung.

E. 7.1

Unter dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz muss der Abbruch einer Baute geeignet und erforderlich sein, um den rechtmässigen Zustand wiederherzustellen und das öffentliche Interesse am Rückbau muss die entgegenstehenden privaten Interessen des Bauherrn überwiegen (Verhältnismässigkeit i.e.S.). Der verfügte Rückbau der unteren Roggenstrasse ist geeignet und erforderlich, um den rechtmässigen Zustand wiederherzustellen. Es ist sogleich die Verhältnismässigkeit i.e.S. zu prüfen.

E. 7.1.1

Die Gewichtung des öffentlichen Interesses an der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes hängt von der Wichtigkeit der verletzten Bauvorschriften und dem Ausmass der Gesetzesverletzung ab. Erheblich (und i.d.R. überwiegend) ist das öffentliche Interesse an der Wiederherstellung bei einer Verletzung des grundlegenden Prinzips der Trennung von Bau- und Nichtbaugebiet (Bernhard Waldmann, a.a.O., S. 594, mit Hinweisen). Ein Rückbau erweist sich als unverhältnismässig, wenn die Abweichung vom Gesetz gering ist

und die berührten allgemeinen Interessen den Schaden, der dem Eigentümer durch die Wiederherstellung entstände, nicht zu rechtfertigen vermögen. Auf privater Seite sind in erster Linie wirtschaftliche Interessen zu berücksichtigen, insbesondere die Investitionskosten sowie die Rückbaukosten. War der Bauherr nicht gutgläubig, muss er in Kauf nehmen, dass die Behörden aus grundsätzlichen Erwägungen, nämlich zum Schutz von Rechtsgleichheit und der baulichen Ordnung, dem Interesse an der Wiederherstellung des gesetzmässigen Zustands erhöhtes Gewicht beimessen und die dem Bauherrn erwachsenden Nachteile nicht oder nur in vermindertem Masse berücksichtigen (Bernhard Waldmann, a.a.O., S. 594 f., mit Hinweisen).

E. 7.1.2

Aufgrund der Vorgeschichte in Sachen Befestigung der Roggenstrasse muss die Beschwerdeführerin als evident bösgläubig bezeichnet werden. Das Vorgehen der Beschwerdeführerin weist daher einen besonders schweren Unrechtsgehalt auf und ist stossend. Es wäre falsch, wenn diejenigen, die ohne Baubewilligung und bösgläubig bauten, besser gestellt würden als jene, welche die Vorschriften und Verfahren einhalten. Eine Bewilligung der nachträglichen Baueingabe würde die Normen des Raumplanungsrechts faktisch ausser Kraft setzen und damit die Glaubwürdigkeit von Raumplanung und Rechtsstaat beeinträchtigen. Unter diesen Umständen sind die der Beschwerdeführerin erwachsenden finanziellen Nachteile in Gesamthöhe von CHF 410'000.00 (Baukosten CHF 250'000.00 + Rückbaukosten CHF 160'000.00) nicht zu berücksichtigen. Zweifellos wird die Beschwerdeführerin dadurch hart getroffen. Das ändert aber nichts daran, dass die öffentlichen Interessen an der Wiederherstellung des ursprünglichen Zustandes die Vermögensinteressen der Beschwerdeführerin überwiegen. Der von der Vorinstanz angeordnete Rückbau ist verhältnismässig.

E. 7.2

Die Beschwerdeführerin verweist auf zahlreiche ähnlich gelagerte Fälle, in denen Zufahrtsstrassen zu Bergrestaurants mit Belag versehen und in letzter Konsequenz von den Behörden toleriert worden seien (Urkunde 5, Beilagen Beschwerde). Sinngemäss macht sie damit eine Gleichbehandlung im Unrecht geltend. Es ist zu prüfen, ob der Abbruchbefehl der Vorinstanz vor Art. 8 Abs. 1 der Bundesverfassung (BV, SR 101) standhält.

E. 7.2.1

Gemäss Art. 8 Abs. 1 BV besteht grundsätzlich kein Anspruch auf Gleichbehandlung im Unrecht. Der Bauherr kann einem Wiederherstellungsbefehl nicht entgegenhalten, dass die Behörde bei anderen vergleichbaren rechtswidrigen Bauten keine restitutorische Massnahmen angeordnet hat. Wenn dagegen die Behörde in ständiger Praxis darauf verzichtet, einer bestimmten Bauvorschrift durch die Anordnung von restitutorischen Massnahmen zum Durchbruch zu verhelfen, und dabei zu erkennen gibt, dass sie diese Praxis auch in Zukunft nicht aufgeben wird, kann der Bauherr in einer mit den anderen Fällen vergleichbaren Situation verlangen, dass diese gesetzwidrige Begünstigung auch ihm gewährt werde. Allerdings können selbst in solchen Fällen gewichtige öffentliche Interessen die gesetzmässige Rechtsanwendung und -durchsetzung gebieten (Bernhard Waldmann, a.a.O., S. 595, mit Hinweisen).

E. 7.2.2

Bereits im Urteil des kantonalen Verwaltungsgerichts VWBES.2006.97 vom 24. August 2006 wurde der Anspruch der Beschwerdeführerin auf Gleichbehandlung im Unrecht

verneint. Im vorgenannten Urteil wurde festgehalten, die von der Beschwerdeführerin zum Vergleich herangezogenen Bergzufahrten unterschieden sich mit einer Ausnahme in wesentlichen Punkten von der vorliegenden Situation. Die Fachbehörde hielt die Teerung der Oberbuchsiter Alp für einen «Betriebsunfall». Es sei deshalb in Zukunft nicht mit einer gesetzwidrigen Praxis zu rechnen. Die Beschwerdeführerin könne deshalb keine Gleichbehandlung verlangen. Darauf kann verwiesen werden. Das Vorgehen der Vorinstanz gibt klar zu erkennen, dass in Zukunft nicht mit einer gesetzwidrigen Praxis zu rechnen ist. Der Abbruchbefehl ist rechtmässig.

8. Die Beschwerde erweist sich somit als unbegründet, sie ist abzuweisen. Da die Bürgergemeinde Oensingen vorliegend wie ein Privater und in eigenem Interesse handelt, rechtfertigt es sich, ihr entgegen von § 77 VRG, wonach Behörden i.d.R. keine Kosten auferlegt werden, die Kosten des Verfahrens vor Verwaltungsgericht, die einschliesslich der Entscheidgebühr auf CHF 1'500.00 festzusetzen sind, zur Bezahlung aufzuerlegen (vgl. auch SOG 2010 Nr. 20).

Demnach wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.

2. Die Bürgergemeinde Oensingen hat 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 Rechtspraktikant

Stanisavljevic

E. 8

Am 25. Februar 2016 wurde durch die Vorinstanz ein Augenschein vor Ort durchgeführt. Nebst deren Vertretern waren Vertreter der Beschwerdeführerin und der Einwohnergemeinde Oensingen, zudem der Leiter des Kreisbauamtes II anwesend.

E. 9

Mit Verfügung vom 13. Juni 2017 verweigerte die Vorinstanz die nachträgliche Zustimmung und setzte Frist zur Wiederherstellung des ursprünglichen Zustandes bis 27. Oktober 2017. Im Wesentlichen wurde ausgeführt, die Verhältnisse hätten sich seit der letzten Verfügung 2009 nicht (derart) verändert, dass sie vermöchten eine Neubeurteilung bzw. Bewilligung des nachträglichen Baugesuchs zu rechtfertigen. «Angesichts der eklatanten Bösgläubigkeit» sei der angeordnete Rückbau verhältnismässig.

E. 10

Gegen diese Verfügung wandte sich die Beschwerdeführerin am 27. Juni 2017 an das Verwaltungsgericht und beantragte deren Aufhebung sowie die nachträgliche Bewilligung für das bereits betonierte Teilstück der Roggenstrasse gemäss Baueingabe vom 23. September 2015. Der Beschwerde sei aufschiebende Wirkung zuzuerkennen.

E. 11

Am 29. September 2017 reichte die Beschwerdeführerin eine ergänzende Beschwerdebeurteilung ein. Im Wesentlichen wurde ausgeführt, die Verhältnisse seit der Verfügung vom 6. April 2009 hätten sich erheblich verändert und würden ein Zurückkommen auf die Verfügung und eine Neuurteilung rechtfertigen. Konkret bestehe gegenüber 2009 eine intensivere waldwirtschaftliche, landwirtschaftliche und touristische Nutzung des Roggens und infolge davon ein gesteigertes Verkehrsaufkommen inklusive Postauto-Linie. Die Anlage sei zonenkonform und es stünden keine öffentlichen Interessen dagegen. Es sei eine Bewilligung nach Art. 22 des Bundesgesetzes über die Raumplanung (RPG, SR 700) zu erteilen. Alternativ wäre bei Zonenfremdheit der Anlage eine Ausnahmegewilligung nach Art. 24c RPG zu erteilen. Schlussendlich sei der verfügte Rückbau unverhältnismässig. Der Beschwerde sei aufschiebende Wirkung zuzuerkennen.

E. 12

Mit Verfügung vom 2. Oktober 2017 erteilte das Verwaltungsgericht der Beschwerde die aufschiebende Wirkung.

E. 13

Mit Vernehmlassung vom 23. Oktober 2017 hielt die Vorinstanz an ihren Anträgen fest und schloss auf Abweisung der Beschwerde.

E. 14

Mit Stellungnahme vom 7. November 2017 hielt die Beschwerdeführerin an ihren Anträgen fest und beantragte, das Beschwerdeverfahren vor Verwaltungsgericht bis zur Behandlung der Voranfrage betreffend Sanierung und Ausbau des Bergrestaurants Roggen durch die Vorinstanz zu sistieren.

E. 15

November 2017 abschliessend beantwortet. Ein Grund für eine Sistierung lag nicht vor.

II.

1. Die Beschwerdeführerin wendet sich frist- und formgerecht gegen die Verfügung des BJD vom 13. Juni 2017 betreffend Befestigung der Roggenstrasse. Die Beschwerde ist zulässig gegen Entscheide und Verfügungen, durch die eine Sache materiell oder durch Nichteintreten erledigt worden ist (§ 66 Verwaltungsrechtspflegegesetz, [VRG, BGS 124.11]). Sie ist zulässiges Rechtsmittel und das Verwaltungsgericht zur Beurteilung zuständig (vgl. § 49 Gerichtsorganisationsgesetz, GO, BGS 125.12). Die Bürgergemeinde Oensingen ist durch den angefochtenen Entscheid beschwert und damit zur Beschwerdelegitimiert. Auf die Beschwerde ist einzutreten.

Da die Vorinstanz als erste und einzige Instanz entschieden hat, kann neben der Verletzung von kantonalem und Bundesrecht und falscher Feststellung des rechtserheblichen Sachverhaltes auch Unangemessenheit gerügt werden (§ 67bisAbs. 2 VRG).

2. Die durch die Beschwerdeführerin mit ergänzender Beschwerdebegündung vom 29. September 2017 eingereichten Beweisanträge werden abgelehnt. Zur Begründung im Einzelnen:

E. 17

März 2003 (RÖD), ist amtliches Publikationsorgan der Gemeinde der Anzeiger für Thal/Gäu/Untergäu.

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