

SO_GERICHTE VWBES.2021.233 vom 10. Dezember 2021

SO Obergericht, 2021-12-10, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/so_gerichte_VWBES.2021.233

FR: SO_GERICHTE VWBES.2021.233 du 10 décembre 2021

IT: SO_GERICHTE VWBES.2021.233 del 10 dicembre 2021

Erwägungen

E. 1

Die Erbengemeinschaft H.____, bestehend aus A.____, B.____, C.____, D.____, E.____ und F.____, ist Grundeigentümerin des Grundstücks GB I.____ Nr. 338, welches mit einem Wohnhaus überbaut ist. Der im Jahr 1980 bewilligte Anbau der Liegenschaft steht teilweise auf der öffentlichen Strasse «[...]».

E. 1.1

Die Beschwerde ist frist- und formgerecht erhoben worden. Sie ist zulässiges Rechtsmittel und das Verwaltungsgericht zur Beurteilung zuständig (vgl. § 49 Gerichtsorganisationsgesetz, GO, BGS 125.12). Die Beschwerdeführerinnen sind durch den angefochtenen Entscheid beschwert und damit zur Beschwerde legitimiert. Auf die durch die Erbinnen gemeinsam erhobene Beschwerde ist einzutreten, soweit die Aufhebung der angefochtenen Verfügung beantragt wird.

E. 1.2

Die Beschwerdeführerinnen verlangen unter Ziffer 2 der Rechtsbegehren, die Einwohnergemeinde I.____ sei anzuweisen, so rasch als möglich, spätestens innert dreissig Tagen nach Rechtskraft des Urteils des Verwaltungsgerichts, eine beschwerdefähige Verfügung betreffend den Streitgegenstand zu erlassen. Dieses Begehren erweist sich als zu unbestimmt, um es zum Urteilsdispositiv erheben zu können. Es erschliesst sich dem Verwaltungsgericht auch unter Berücksichtigung der Beschwerdebeurteilung nicht, was mit dem Antrag gemeint ist. Dieser erweist sich damit als unzulässig, weshalb darauf nicht einzutreten ist.

2. Die Vorinstanz erwog im angefochtenen Entscheid im Wesentlichen Folgendes: Soweit die Einwohnergemeinde geltend mache, Notar Franco Widmer sei nicht zur Vertretung der Beschwerdeführerinnen vor dem BJD zuzulassen, sei ihr entgegenzuhalten, dass das in § 2 Abs. 1 Gesetz über die Rechtsanwälte und Rechtsanwältinnen (Anwaltsgesetz, AnwG; BGS 127.10) stipulierte Anwaltsmonopol lediglich für die solothurnischen Gerichte und die Staatsanwaltschaft Geltung habe. Es sei nicht auf Anhieb klar, was die Beschwerdeführerinnen begeherten bzw. von der Einwohnergemeinde erwarteten. Es scheine geradezu, als wollten sie diese dafür verantwortlich machen, dass der Anbau teilweise auf dem öffentlichen Strassenareal liege. Diesbezüglich stellten aber weder die Bauabnahme noch der Mutationsplan eine Absolution dar. Dass diese Umstände zwar dazu führen könnten, dass eine Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes nicht mehr verlangt werden könne, ändere nichts daran, dass die Einwohnergemeinde die Rechtsunsicherheit, welche die Beschwerdeführerinnen offenbar zu beseitigen versuchten, nicht geschaffen habe. Die E-Mail des Bauverwalters vom 20. Mai 2020 stelle einen Realakt dar. Damit sei aber noch nichts über dessen Anfechtbarkeit gesagt. Anfechtbar

seien ■ soweit die Beschwerdeführerinnen überhaupt über ein schutzwürdiges Interesse verfügten und durch die Auskunft der Einwohnergemeinde in ihren Rechten oder Pflichten berührt seien ■ lediglich widerrechtliche Handlungen oder Unterlassungen (vgl. § 28bis VRG). Im vorliegenden Fall scheitere dies ■ davon abgesehen, dass die Auskunft betreffend mögliche Lösungen hinsichtlich der Baute im Strassenareal ohnehin keinerlei Rechtswirkung zeitige ■ selbst bei materieller Beurteilung in mehrfacher Hinsicht.

Es erhelle nicht, worin die Beschwerdeführerinnen eine widerrechtliche Handlung oder Unterlassung der Einwohnergemeinde erblickten. Die Widerrechtlichkeit der Baute im Strassenareal sei klar dem Wirkungsbereich der Grundeigentümer zuzuordnen. Daran ändere sich selbst dann nichts, wenn die Vorinstanz bereits vor längerer Zeit Kenntnis davon erlangt habe.

Es sei auch nicht so, dass sich die Einwohnergemeinde an sich weigern würde, Hand zu bieten. Vielmehr seien die Beschwerdeführerinnen der Ansicht, dass einzig der (von der Gemeinde abgelehnte) Landabtausch eine akzeptable Lösung bieten würde. Einen öffentlich-rechtlichen Anspruch auf einen Landabtausch könnten die Beschwerdeführerinnen aber nicht darlegen und Gründe für einen solchen seien denn auch nicht ersichtlich.

Dass die Beschwerdeführerinnen grundsätzlich ein Interesse daran hätten, über das rechtliche Schicksal des Anbaus im Strassenareal Klarheit zu erlangen, dürfte unbestreitbar sein. Die Rechtsunsicherheit hinsichtlich des drohenden Rückbaus des auf der öffentlichen Strasse und in der Strassenbaulinie stehenden Teils des Anbaus lasse sich jedoch aus der Welt schaffen, indem sie von der Einwohnergemeinde verlangten, dass diese eine Verfügung über den Bestand ihres Anspruchs auf Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes erlasse. Die Einwohnergemeinde hätte demnach ■ unter Abklärung des relevanten Sachverhaltes ■ darüber zu befinden, ob ihr Anspruch auf Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes zwischenzeitlich verwirkt sei.

3. Die Beschwerdeführerinnen machen in formeller Hinsicht geltend, die Vorinstanz und die Einwohnergemeinde hätten mit der Weigerung, die Baubewilligung vom 21. April 1980 edieren zu lassen bzw. zu edieren, das rechtliche Gehör verletzt.

E. 2

Mit Schreiben vom 28. Juli 2020 gelangte die Erbgemeinschaft, v.d. Notar Franco Widmer, an die Einwohnergemeinde I. ___ und verlangte mit Blick auf die beabsichtigte Veräusserung des Grundstücks GB I. ___ Nr. 338 den Abschluss eines verwaltungsrechtlichen Vertrags, wonach unter anderem auf den Rückbau des Anbaus zu verzichten sei. Bei einer allfälligen Strassensanierung sei eine Grenzbereinigung vorzunehmen, in welcher der Teil des öffentlichen Bodens, auf welcher der Anbau stehe, dem Grundstück GB I. ___ Nr. 338 zuzuschlagen sei. Falls die Gemeinde auf den Vorschlag für das weitere Vorgehen nicht eingehe, sei eine beschwerdefähige Verfügung zu erlassen.

E. 3

Nachdem keine Einigung gefunden wurde, wandte sich die Erbgemeinschaft, bestehend aus A. ___, B. ___, C. ___, D. ___, E. ___ und F. ___ (nachfolgend Beschwerdeführerinnen genannt), v.d. Notar Franco Widmer, mit Rechtsverweigerungsbeschwerde vom 28. September 2020 an das Bau- und Justizdepartement (nachfolgend BJD genannt). Die Beschwerdeführerinnen beantragten, die Einwohnergemeinde I. ___ sei anzuweisen, so

rasch als möglich, spätestens aber bis zum 31. Oktober 2020, eine beschwerdefähige Verfügung gemäss § 28bis des Gesetzes über den Rechtsschutz in Verwaltungssachen vom 15. November 1970 (VRG, BGS 124.11) zu erlassen; unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beschwerdegegnerin.

E. 3.1

Der Anspruch auf rechtliches Gehör gemäss Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung (BV, SR 101) dient einerseits der Sachaufklärung, andererseits stellt es ein persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht beim Erlass eines Entscheides dar, welcher in die Rechtsstellung des Einzelnen eingreift. Dazu gehört insbesondere das Recht des Betroffenen, sich vor Erlass eines in seine Rechtsstellung eingreifenden Entscheides zur Sache zu äussern, erhebliche Beweise beizubringen, 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). Der Anspruch auf rechtliches Gehör umfasst als Mitwirkungsrecht somit alle Befugnisse, die einer Partei einzuräumen sind, damit sie in einem Verfahren ihren Standpunkt wirksam zur Geltung bringen kann. Diesem Mitwirkungsrecht entspricht die Pflicht der Behörde, die Argumente und Verfahrensanträge der Partei entgegenzunehmen und zu prüfen sowie die ihr rechtzeitig und formrichtig angebotenen Beweismittel abzunehmen, es sei denn, diese betreffen eine nicht erhebliche Tatsache oder seien offensichtlich untauglich, über die streitige Tatsache Beweis zu erbringen. Eine vorweggenommene Beweismittelwürdigung wird dadurch nicht ausgeschlossen (BGE 117 Ia 262, E. 4b m.w.H.).

E. 3.2

Das Verwaltungsgericht kann vorliegend lediglich überprüfen, ob die Einwohnergemeinde I.____ die verlangte Verfügung gemäss § 28bis VRG zu Unrecht verweigert hat. Materielle Aspekte der vorliegenden Angelegenheit sind vom Streitgegenstand nicht erfasst. Es ist nicht ersichtlich und wird von den Beschwerdeführerinnen nicht dargetan, inwiefern die von ihnen verlangten Akten zur Baubewilligung für die Beurteilung der vorliegenden Beschwerde entscheidrelevant sein könnten. Auf einen Beizug dieser Akten konnte demnach verzichtet werden. Die gerügten Gehörsverletzungen erweisen sich nach dem Gesagten als unbegründet.

4. Die Beschwerdeführerinnen machen im Wesentlichen geltend, beim fraglichen E-Mail des Bauverwalters vom 20. Mai 2020 handle es sich um einen Realakt. Es werde die Feststellung verlangt, dass die Aussagen des Bauverwalters im E-Mail vom 20. Mai 2020 widerrechtlich seien. Es stehe der Einwohnergemeinde frei, zu verfügen, der fragliche Anbau im Strassenraum sei zurückzubauen. Diesfalls hätten die Beschwerdeführerinnen jedoch die Möglichkeit, Beschwerde gegen die Verfügung zu erheben und schlussendlich Rechtssicherheit zu erlangen. Mit der Überprüfung der Widerrechtlichkeit und der Verweigerung der Feststellungsverfügung verstiesse die Vorinstanz und die Einwohnergemeinde gegen kantonales Recht. Die Beschwerdeführerinnen hätten auch in Anwendung von § 32 Abs. 3 VRG Anspruch auf Erlass einer anfechtbaren Verfügung.

E. 4

Mit Verfügung vom 16. Juni 2021 wies das BJD die Beschwerde ab, auferlegte den Beschwerdeführerinnen die Kosten des Verfahrens von CHF 1'200.00 und verpflichtete sie, der Einwohnergemeinde I.____ eine Parteientschädigung in der Höhe von CHF 2'805.90 zu

bezahlen.

E. 4.1

Das kantonale Verwaltungsverfahrensrecht und damit auch die Frage der sachlichen und funktionellen Zuständigkeit richtet sich primär nach den Bestimmungen des Verwaltungsrechtspflegegesetzes und den Spezialgesetzen. Die primäre Handlungsform der Verwaltung ist die Verfügung (§ 20 VRG). Mit dem Inkrafttreten von § 28bisVRG am 1. Januar 2009 hat der kantonale Gesetzgeber indessen auch die Möglichkeit geschaffen, Verfügungen über Realakte zu verlangen. Als Realakte gelten sämtliche staatlichen Handlungen, welche nicht der Handlungsform der Verfügung oder des verwaltungsrechtlichen Vertrags zugeordnet werden können und für die keine besonderen Verfahrensbestimmungen gelten (Gregor Bachmann, Anspruch auf Verfahren und Entscheid, Der Zugang zum Verwaltungsverfahren und zur Verwaltungsrechtspflege unter besonderer Berücksichtigung der verfassungsrechtlichen Verfahrensgarantien, Bern 2019, S. 41, mit weiteren Hinweisen).

E. 4.2

Der Rechtsschutz gegen Realakte ist in § 28bisVRG geregelt. Mit dieser Bestimmung sollen einer Behörde zugerechnete und wahrnehmbare «Handlungen», welche widerrechtlich sein können, einer Überprüfung auf Rechtskonformität zugeführt werden. Wer ein schutzwürdiges Interesse hat, kann von der Behörde, die für Handlungen zuständig ist, welche sich auf öffentliches Recht stützen und Rechte und Pflichten berühren, verlangen, dass sie:

- a) widerrechtliche Handlungen unterlässt, einstellt oder widerruft;
- b) die Folgen widerrechtlicher Handlungen beseitigt;
- c) die Widerrechtlichkeit von Handlungen feststellt.

Die Behörde erlässt eine Verfügung oder einen Entscheid (Abs. 2). § 28bisVRG räumt der betroffenen Person das Recht auf ein eigenständiges, nachgeschaltetes kantonales Verwaltungsverfahren ein, das in eine Verfügung über den beanstandeten Realakt mündet (BGE 136 V 156E. 4.2). Das Gesuch um Erlass einer Verfügung ist an die sachlich, örtlich und funktionell zuständige Behörde zu richten (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2C_601/2016 vom 15. Juni 2018 E. 5.1).

E. 4.3

Wenn beim E-Mail des Bauverwalters vom 20. Mai 2020 von einem Realakt auszugehen wäre ■ was fraglich ist ■, könnte nach § 28bisVRG von der Einwohnergemeinde eine Feststellungsverfügung hinsichtlich deren Widerrechtlichkeit verlangt werden, was die Beschwerdeführerinnen im Ergebnis im Grunde getan haben. Auch dafür ist jedoch Voraussetzung, dass ein schutzwürdiges Interesse besteht und Rechte oder Pflichten der betroffenen Person berührt werden. Feststellungsverfügungen haben - gleich wie bei Gestaltungs- und Leistungsverfügungen - stets individuelle und konkrete Rechte und Pflichten, d.h. Rechtsfolgen zum Gegenstand. Auch mit Feststellungsverfügungen können mithin nur Rechtsfragen geklärt, nicht aber Tatsachenfeststellungen getroffen werden. Nicht feststellungsfähig ist namentlich auch eine abstrakte Rechtslage, wie sie sich aus einem Rechtssatz für eine Vielzahl von Personen und Tatbeständen ergibt. Ferner werden mit behördlichen Zusicherungen, Auskünften, Empfehlungen oder Belehrungen keine Rechtsfolgen verbindlich festgelegt; solche Mitteilungen stellen demnach keine

Verfügungen dar und sind folglich nicht anfechtbar (BGE 130 V 388, E. 2.5).

E. 4.4

Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerinnen stellte der Bauverwalter im fraglichen E-Mail nicht den Rückbau des Anbaus auf eigene Kosten in Aussicht, sollte die Erbgemeinschaft einer Eintragung eines Revers für die unentgeltliche Nutzung der beanspruchten Fläche nicht zustimmen. Vielmehr unterbreitete der Bauverwalter im E-Mail vom 20. Mai 2020 lediglich drei Lösungsvorschläge für die von der Erbgemeinschaft geschilderte Problematik, wobei diejenige des Landabtauschs von Seiten der Gemeinde ausgeschlossen wurde. Dass die beiden anderen Optionen (Nutzungsvereinbarung und Revers mit Mehrwertverzicht) den Vorbehalt eines späteren Rückbaus beinhalteten, bedeutet aber nicht bereits die Ankündigung einer Rückbauanordnung. Der Bauverwalter brachte in besagtem E-Mail auch klar zum Ausdruck, dass er weiterhin auf Lösungssuche sei, damit der Verkauf des Grundstücks nicht blockiert werde. Jedenfalls ist im fraglichen E-Mail keinerlei Absicht ersichtlich, ein konkretes Rechtsverhältnis verbindlich zu regeln. Die Anordnung eines Rückbaus ergeht sodann immer in der Form einer Verfügung, also eines Rechtsakts und nicht Realakts, und dieser Rechtsakt ist auf dem Rechtsmittelweg direkt anfechtbar. Im Übrigen können sich Begehren gemäss § 28bisVRG nur gegen widerrechtliche Handlungen richten. Es wird indes nicht dargelegt und ist auch nicht nachvollziehbar, inwiefern die Aussagen des Bauverwalters im E-Mail vom 20. Mai 2020 widerrechtlich sein sollten. Die Ausführungen des Bauverwalters, konkret seine Lösungsvorschläge, sind nicht feststellungsfähig. Nach dem Gesagten besteht kein Anspruch der Beschwerdeführerinnen auf eine Feststellungsverfügung gemäss § 28bisVRG.

5. Wenn es an einer Rechtsgrundlage für die geforderte Verfügung mangelt, kann der Einwohnergemeinde I. ___ auch nicht vorgeworfen werden, sie hätten zu Unrecht eine Verfügung verweigert (vgl. § 32 Abs. 3 VRG). Eine Rechtsverweigerung seitens der Einwohnergemeinde I. ___ hat das BJD zu Recht verneint.

6. Es ist Sache der Beschwerdeführerinnen, ob bzw. auf welchem Weg sie ihr Anliegen weiter verfolgen. Es erstaunt indes, dass die anwaltlich vertretenen Beschwerdeführerinnen der Einwohnergemeinde eine Rechtsverweigerung vorwerfen, nachdem diese durchaus Hand für eine einvernehmlichen Lösungsfindung geboten hat. Das BJD hat im angefochtenen Entscheid darauf hingewiesen, dass die Beschwerdeführerinnen von der Gemeinde eine Verfügung über den Bestand ihres Anspruchs auf Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes verlangen könnten. Es ist denn auch fraglich, ob die Beschwerdeführerinnen überhaupt ein hinreichendes Interesse an der vor dem BJD anhängig gemachten Rechtsverweigerungsbeschwerde hatten, zumal sie ihr Anliegen auf einem anderen Weg geltend machen könnten. Dieser Umstand braucht nicht abschliessend geklärt zu werden, da der Beschwerde so oder anders kein Erfolg beschieden war.

E. 5

Mit Beschwerde vom 28. Juni 2021 wandten sich die Beschwerdeführerinnen, neu v.d. Rechtsanwalt Stephan Glättli, an das Verwaltungsgericht. Sie liessen folgende Anträge in der Sache stellen:

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zzgl. MWST zu Lasten der Beschwerdegegnerin.

E. 6

Am 14. Juli 2021 erfolgte fristgerecht die ergänzende Beschwerdebegründung.

E. 7

Das BJD liess sich mit Eingabe vom 27. Juli 2021 vernehmen und beantragte die Abweisung der Beschwerde unter Kostenfolge zulasten der Beschwerdeführerinnen.

E. 7.1

Die Beschwerde erweist sich somit als unbegründet und ist abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist. Entsprechend dem Ausgang des Verfahrens haben die unterliegenden Beschwerdeführerinnen die Verfahrenskosten zu tragen. Diese sind auf CHF 1'800.00 festzusetzen.

E. 7.2

Den am verwaltungsgerichtlichen Beschwerdeverfahren beteiligten Behörden werden in der Regel keine Verfahrenskosten auferlegt und keine Parteientschädigungen zugesprochen. Eine Ausnahme wird für kleinere und mittlere Gemeinden gemacht, die weniger als 10'000 Einwohner aufweisen und daher wohl über keinen eigenen Rechtsdienst verfügen und sich in komplexeren Angelegenheiten durch einen Rechtsanwalt vertreten lassen müssen (vgl. SOG 2010 Nr. 20; Urteile des Bundesgerichts 1P.651/2004 vom 17. Januar 2004, E. 6 und 1P.297/2002 vom 26. November 2002, E. 6). Eine solche Ausnahme liegt vor, weshalb der Einwohnergemeinde I.____ eine Parteientschädigung zuzusprechen ist, welche von den Beschwerdeführerinnen zu tragen ist. Rechtsanwältin Janine Spirig macht eine Entschädigung von total CHF 2'760.05 geltend. Sie beantragt einen Stundenansatz von CHF 280.00. Gemäss Praxis des Verwaltungsgerichts kann jedoch ohne Einreichung einer entsprechenden Honorarvereinbarung höchstens ein Stundenansatz von CHF 260.00 entschädigt werden. Insgesamt erscheint der geltend gemachte Zeitaufwand von 9.01 Stunden für eine sorgfältige und pflichtgemässe Vertretung als angemessen. Damit ergibt sich nach dem Gesagten eine Entschädigung von CHF 2'565.95 (Honorar: CHF 2'342.60; Auslagen: CHF 39.90; MWST: CHF 183.45), welche von den Beschwerdeführerinnen zu bezahlen ist.

Demnach wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird.
2. Die Beschwerdeführerinnen haben die Kosten des Verfahrens vor Verwaltungsgericht von CHF 1'800.00, unter solidarischer Haftbarkeit, zu tragen.
3. Die Beschwerdeführerinnen haben der Einwohnergemeinde I.____ eine Parteientschädigung von CHF 2'565.95 (inkl. Auslagen und MWST), unter solidarischer Haftbarkeit, auszurichten.

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

Die Gerichtsschreiberin

Gottesman

E. 8

Die Einwohnergemeinde I.____, v.d. Rechtsanwalt Dominik Strub und Rechtsanwältin Janine Spirig, nahm mit Eingabe vom 13. September 2021 Stellung zur Beschwerde und beantragte, die Beschwerde sei abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden könne; unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich MWST zulasten der Beschwerdeführerinnen.

E. 9

Für die weiteren Ausführungen der Parteien wird auf die Akten verwiesen; soweit erforderlich, ist im Folgenden darauf einzugehen.

II.

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