

SO_GERICHTE VWBES.2021.512 vom 19. Oktober 2022

SO Obergericht, 2022-10-19, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/so_gerichte_VWBES.2021.512

FR: SO_GERICHTE VWBES.2021.512 du 19 octobre 2022

IT: SO_GERICHTE VWBES.2021.512 del 19 ottobre 2022

Erwägungen

E. 2

Diese Bewilligung wurde wiederum beim BJD angefochten. A.____ beanstandete namentlich Lärm- und Geruchsmissionen. Die Bäckerleute liessen darlegen, in Anbetracht der baldigen Pensionierung sei kein Aufwand gerechtfertigt. Die Nachbarn hätten beim Kauf ihrer Liegenschaft von Standort und Gebrauch des Backofens gewusst. Der Backofen werde seit Jahrzehnten betrieben. Das Departement zog namentlich Folgendes in Erwägung: Es sei zu prüfen, ob die kommunale Baubehörde den Backofen zu Recht bis zur Pensionierung des Bäckers «bewilligt» habe. Es sei davon auszugehen, dass der bisherige Standort des Ofens nicht bewilligungsfähig sei. Eine Verringerung der Lärm- und Geruchsmissionen durch den (frühmorgendlichen) Backbetrieb dürfte mit der Verlegung des Ofens um einen (weiteren) Meter kaum zu erreichen sein. Die Versetzung des Ofens hätte erhebliche bauliche Massnahmen zur Folge. Wie aus dem Baugesuch hervorgehe, müsste die Kaminführung vollständig geändert werden. Das aufwändige Versetzen des Ofens sei nicht gerechtfertigt. Fraglich sei zudem, ob eine Baubewilligung angesichts der immer noch geltenden kommunalen Planungszone überhaupt möglich wäre. Es sei auch die bundesgerichtliche Rechtsprechung zu beachten, nach welcher eine Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands nach Ablauf von 30 Jahren seit Erstellung der rechtswidrigen Baute oder Anlage nicht mehr durchgesetzt werden könne. Aus Gründen des Vertrauensschutzes könne eine Verwirkung des behördlichen Wiederherstellungsanspruchs bereits nach einer kürzeren Dauer als 30 Jahren eintreten, wobei es auf die konkreten Umstände des Einzelfalls ankomme. Der Holzbackofen werde bereits seit 1993 in der heutigen Art betrieben. Die Beschwerdeführerin habe im Zeitpunkt des Grundstückerwerbs Kenntnis vom Ofen und dessen Standort gehabt. An der unmittelbaren Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands bestehe kein überwiegendes öffentliches Interesse. Die Betreiber des Ofens seien nicht bösgläubig. Die Weiterführung des Ofens am bisherigen Standort werde einem Nachfolger im Betrieb untersagt. Der Holzbackofen werde nicht auf unabsehbare Zeit geduldet. Spätestens Ende des Jahres 2026 werde man sich eine Alternative überlegen müssen. Diese bestehe entweder in der Entfernung des Ofens oder in der Versetzung an einen neuen, bewilligungsfähigen Standort. Die von der Vorinstanz getroffene befristete Lösung sei für alle Parteien zumutbar. Die Beschwerde wurde am 14. Dezember 2021 als unbegründet kostenfällig abgewiesen.

E. 3

Dagegen liess A.____ am 22. Dezember 2021 wiederum Verwaltungsgerichtsbeschwerde erheben. Der Hauptantrag lautete, die Departementalverfügung sei aufzuheben, und es sei für den Backofen ein nachträgliches Baubewilligungsverfahren durchzuführen. Eventuell sei die kommunale Baubehörde zu verpflichten, die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands anzuordnen. Die Beschwerde wurde namentlich wie folgt begründet: Man habe

bloss ungenügend abgeklärt, ob der Backofen baupolizeilichen Vorschriften genüge. Darin liege eine formelle Rechtsverweigerung. Die kommunale Baubehörde habe den von sämtlichen Instanzen als nicht bewilligungsfähig bezeichneten Standort des Backofens bewilligt. Dass der Ofen an der heutigen Stelle nicht bewilligungsfähig sei, sei allen klar. Es müsste auch eine Prüfung der feuerpolizeilichen Vorschriften vorliegen. Das Baugesuch vom 17. Januar 2020 habe auch den Bau einer Sicht- und Schallschutzwand beinhaltet. Der Ofen im Aussenbereich sei mehrmals ersetzt, versetzt und gedreht worden. Die Frist für den Bestandesschutz beginne im Jahr 2017. Der heute verwendete Ofen sei 2003 produziert und geliefert worden. Die Beschwerdeführerin beanstandete den Ofen seit 2016. Die Beschwerdegegner seien bösgläubig.

E. 3.1

Die Befugnis der Behörden, den Abbruch eines baugesetzwidrigen Gebäudes oder einer Anlage anzuordnen, ist grundsätzlich befristet (BGE 107 Ia 121, bestätigt etwa in Urteil 1C_276/2017 vom 7. August 2017, E. 3.1 und 3.2). In Anlehnung an die «Ersitzung» nach Art. 662 Absatz 1 des Zivilgesetzbuches (ZGB) hat das Bundesgericht für die Wiederherstellung eine Frist von 30 Jahren statuiert. Diese Frist gilt innerhalb der Bauzone für diejenigen Kantone, die, wie der Kanton Solothurn, in ihren Planungs- und Baugesetzen keine Frist zur Wiederherstellung festgelegt haben. Es muss eine Abwägung zwischen dem öffentlichen Interesse an der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands und dem privaten Interesse der Bauherrschaft an ihrer Baute und deren Nutzung erfolgen. Die Bauherrschaft trägt die Kosten, die ihr widerrechtliches Verhalten verursacht.

E. 3.2

Bei gewissen öffentlichen Interessen kann die Behörde eine Wiederherstellung ausnahmsweise auch noch anordnen, obwohl schon (zu) viel Zeit verstrichen ist, namentlich zum Schutz polizeilicher Güter (z.B. Gewässerschutz oder Lawinenschutz). Auch andere übergeordnete öffentliche Interessen können eine Wiederherstellung rechtfertigen, etwa die Beseitigung erheblicher Beeinträchtigungen der Umwelt, des Ortsbildes oder der Landschaft. Die Behörde kann indessen nicht frei entscheiden, ob und wann sie eingreifen will. Sobald sie Kenntnis von einer widerrechtlichen Baute oder Anlage hat, muss sie ein Verfahren zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands einleiten; sie darf nicht bis zum letzten Moment zuwarten. (Vgl. zum Ganzen: Bauen ohne Bewilligung in Raum und Umwelt 1/2018).

E. 3.3

Kürzere Verwirkungsfristen können sich aus Gründen des Vertrauensschutzes ergeben (BGE 136 II 359 E. 7 S. 365). Im älteren Bundesgerichtsentscheid vom 9. Mai 1979 (ZBl. 1980, S. 70 ff.) wurde es für unverhältnismässig gehalten, eine Beseitigung nach zwanzig Jahren zu verfügen. Ein Vertrauensschutz kann zum Tragen kommen, wenn die Behörden den baurechtswidrigen Zustand über Jahre hinaus duldeten, obwohl ihnen die Gesetzeswidrigkeit bekannt war oder sie diese bei Anwendung der gebotenen Sorgfalt hätten kennen müssen. Daraus kann jedoch nur ein berechtigtes Vertrauen ableiten, wer in gutem Glauben annahm 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; Urteil des Bundesgerichts 1C_171/2017 vom 3. Oktober 2017 E. 4). Die Verwirkung des Rechts auf Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands wegen Zeitablaufs ist Ausfluss des Rechtsmissbrauchsverbots (Bernhard Ehrenzeller et al [Hrsg.]:

Die Schweizerische Bundesverfassung, St Galler Kommentar, Zürich 2014, N 54 zu Art.

E. 4

Das Departement beantragte in seiner Vernehmlassung, die Beschwerde sei kostenfällig abzuweisen. Der Ofen sei weder bewilligt noch bewilligungsfähig. Der Ofen könne auch am Alternativstandort nicht bewilligt werden. Eine Schallschutzwand sei offenbar wegen der zeitlichen Begrenzung der Duldung als nicht angezeigt erachtet worden. Ob der Ofen wirklich seit 1993 hier betrieben werde, sei fraglich. Der heutige Ofen habe Baujahr 2003.

E. 4.1

Es ist schwierig, den Sachverhalt nach langer Zeit noch zuverlässig zu ermitteln. Die ursprüngliche Baubewilligung für den Ofen im Aussenbereich ist nicht nachgewiesen. Dies ist nicht weiter verwunderlich und heisst auch nicht etwa, dass eine Bewilligung fehlt (vgl. Schreiben der kommunalen Bau- und Werkkommission vom 21. März 2017). In Landgemeinden, die die Bauverwaltung im Milizsystem betreiben, oder einem Ingenieurbüro übergeben haben, bleiben jahrzehntealte Bewilligungen erfahrungsgemäss bisweilen unauffindbar. In den Akten findet sich für das Versetzen des Ofens in den Aussenbereich die Angabe «ca. 1987» (kommunaler Beschluss vom 7. Februar 2018), aber auch der Hinweis «1993». Dass 1993 ein Baugesuch gestellt wurde, ergibt sich aus der Stellungnahme der kantonalen Denkmalpflege vom 14. Juli 1993. Auch eine in den Akten liegende Reklamation, datierend vom 8. August 1994, legt das Baujahr 1993 nahe: Bei der nachbarlichen Bäckerei E.____ sei der Backofen nach draussen verlegt worden. Es sei ein neuer Kamin gebaut worden. Der Rauch des neuen Ofens dringe in die Wohnungen der benachbarten Liegenschaft ein. Der Kaminausgang liege tiefer als die Dachfenster. (Auf einer Fotografie aus dem Jahr 1999 ist der Ofen übrigens schon ersichtlich.) Es ist mithin davon auszugehen, dass der Ofen 1993, also vor beinahe 30 Jahren, aus dem Gebäude nach draussen verlegt wurde. Der «neueste» Ofen, das Modell, das heute in Gebrauch ist, wurde 2003 erstellt. Darin sind sich die Parteien einig. Dies ist auch schon wieder fast 20 Jahre her.

E. 4.2

Der Ofen befindet sich keine 30 Meter südöstlich der Bushaltestelle «Dorfplatz» unter dem Vordach der Bäckerei. Die Haltestelle wird von den Linien 1 und 5 der BSU (Busbetrieb Solothurn und Umgebung) bedient. Mindestens viermal in der Stunde fährt ein Bus (in beide Richtungen). Der Ofen (mit der Dimension eines kleinen Gerätehäuschens und imposantem Kamin) ist vom Bus bzw. von der Haltestelle aus ohne weiteres gut einsehbar. Die Bäckerei E.____ liegt ebenfalls am Dorfplatz. Wer dort einkauft, kommt kaum umhin, den Ofen mit seinem Kamin zu bemerken, zumal die Bäckerei mit einem grossen Schild über der Tür «Holzofe Beck E.____» wirbt. Die kommunale Baubehörde hat den widerrechtlichen Zustand somit zweifellos gekannt und jahrzehntelang nichts dagegen unternommen. Auch die Beschwerdeführerin hat die Situation gekannt, als sie ihr Haus kaufte. Die Immissionen werden kaum als übermässig eingestuft werden können, sind doch von der angrenzenden Wohnliegenschaft Nr. 65 heute keinerlei Reklamationen mehr aktenkundig. Die heutigen Bäckerleute durften auch annehmen, der Ofen sei seinerzeit, vor Jahren, ihrem Rechtsvorgänger bewilligt worden (Vgl. dazu Urteil des Bundesgerichts 1C_171/2017 vom 3. Oktober 2017, E. 4.4).

E. 4.3

Wenn auch die Frist heute nach wohl 29 (statt 30) Jahren noch nicht ganz abgelaufen ist, so besteht doch nach dieser langen Zeit der Duldung kein Interesse mehr, den Ofen abzureissen oder zurückzusetzen. Zumindest besteht zwischen den Interessen (auf Beibehalt bzw. Abbruch) ein krasses Missverhältnis (Geiser/Fountoulakis [Hrsg.]: Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Basel 2016 N 24, 38 und 42 zu Art. 2). Mit Blick auf die zitierte Rechtsprechung und den Grundsatz der Verhältnismässigkeit ist von einer (zumindest sofortigen) Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands abzusehen. Nun aber sind die Bäckerleute mit der Entfernung des Ofens spätestens auf ihre Pensionierung hin, Ende 2026, einverstanden. 5. Wie die Vorinstanz in ihrer Vernehmlassung unter lit. b und c ausgeführt hat, sind indessen Überlegungen zur feuerpolizeilichen Korrektheit der Anlage und zu einer Sicht- bzw. Schallschutzwand anzustellen. Es ist sicherzustellen, dass durch den Betrieb des Ofens niemand zu Schaden kommt. Die kommunale Baubehörde hat deshalb eine Stellungnahme der Gebäudeversicherung einzuholen und allenfalls brandschutztechnische Auflagen zu verfügen. Eine wirksame Schallschutzwand müsste wohl recht hoch sein, was konstruktive Schwierigkeiten mit sich bringen könnte, weil gute Schallschutz-Elemente ein beachtliches Gewicht haben. Es ist indessen nicht Sache des Verwaltungsgerichts, darüber erstinstanzlich zu befinden. Es ist zu prüfen, ob eine entsprechende Auflage in den Bauentscheid aufzunehmen sei. 6. Die Beschwerde erweist sich somit teilweise als begründet, sie ist teilweise gutzuheissen. Bei diesem Ausgang hat die Beschwerdeführerin zwei Drittel an die Kosten des Verfahrens vor Verwaltungsgericht zu bezahlen, die einschliesslich der Entscheidgebühr auf CHF 1'500.00 festzusetzen sind. Die restlichen Kosten tragen die Beschwerdegegner E.____. Verteilt und verrechnet man die geltend gemachten Anwaltshonorare (Brunner CHF 5'644.45 und von Rohr 1'201.80) nach demselben Schlüssel, so haben die Beschwerdegegner E.____ der Beschwerdeführerin eine reduzierte Parteientschädigung von pauschal CHF 1'080.20 zu bezahlen; dies inkl. Auslagen und Mehrwertsteuer.

E. 5

Wie die Vorinstanz in ihrer Vernehmlassung unter lit. b und c ausgeführt hat, sind indessen Überlegungen zur feuerpolizeilichen Korrektheit der Anlage und zu einer Sicht- bzw. Schallschutzwand anzustellen. Es ist sicherzustellen, dass durch den Betrieb des Ofens niemand zu Schaden kommt. Die kommunale Baubehörde hat deshalb eine Stellungnahme der Gebäudeversicherung einzuholen und allenfalls brandschutztechnische Auflagen zu verfügen.

Eine wirksame Schallschutzwand müsste wohl recht hoch sein, was konstruktive Schwierigkeiten mit sich bringen könnte, weil gute Schallschutz-Elemente ein beachtliches Gewicht haben. Es ist indessen nicht Sache des Verwaltungsgerichts, darüber erstinstanzlich zu befinden. Es ist zu prüfen, ob eine entsprechende Auflage in den Bauentscheid aufzunehmen sei.

E. 6

Die Beschwerde erweist sich somit teilweise als begründet, sie ist teilweise gutzuheissen. Bei diesem Ausgang hat die Beschwerdeführerin zwei Drittel an die Kosten des Verfahrens vor Verwaltungsgericht zu bezahlen, die einschliesslich der Entscheidgebühr auf CHF 1'500.00 festzusetzen sind. Die restlichen Kosten tragen die Beschwerdegegner E.____. Verteilt und verrechnet man die geltend gemachten Anwaltshonorare (Brunner CHF 5'644.45 und von Rohr 1'201.80) nach demselben Schlüssel, so haben die

Beschwerdegegner E.____ der Beschwerdeführerin eine reduzierte Parteientschädigung von pauschal CHF 1'080.20 zu bezahlen; dies inkl. Auslagen und Mehrwertsteuer.

Demnach wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird teilweise gutgeheissen, und die Verfügung des Bau- und Justizdepartements vom 14. Dezember 2021 wird aufgehoben.
2. Die Sache wird zu neuem Entscheid an die kommunale Baubehörde zurückgewiesen, um
3. An die Kosten des Verfahrens vor Verwaltungsgericht von insgesamt CHF 1'500.00 haben zu bezahlen:
 - a) Die Beschwerdeführerin CHF 1'000.00 und
 - b) Die Beschwerdegegner E.____ CHF 500.00.

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

Auf eine gegen das vorliegende Urteil erhobene Beschwerde trat das Bundesgericht mit Urteil 1C_611/2022 vom 5. Dezember 2022 nicht ein.

E. 9

BV). Dieses Verbot bindet Behörden und Private (Jörg Paul E.____/Markus Schefer: Grundrechte in der Schweiz, Bern 2008, S. 27). Das Rechtsmissbrauchsverbot verhindert die Durchsetzung bloss formaler Rechte (BGE 143 III 279).

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