

# **SO\_GERICHTE VWBES.2023.27 vom 21. September 2023**

SO Obergericht, 2023-09-21, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/so\\_gerichte\\_VWBES.2023.27](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/so_gerichte_VWBES.2023.27)

FR: SO\_GERICHTE VWBES.2023.27 du 21 septembre 2023

IT: SO\_GERICHTE VWBES.2023.27 del 21 settembre 2023

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Am 1. Oktober 2019 (Posteingang) reichte die Baugesellschaft B.\_\_\_\_ bei der Baukommission Balsthal ein Gesuch für den Neubau zweier Mehrfamilienhäuser mit je sechs Wohnungen und einem Autounterstand ein. Nach einer Projektänderung wies die kommunale Baubehörde die beiden gegen das Vorhaben erhobenen Einsprachen ab.

#### **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). Der Beschwerdeführer ist durch den angefochtenen Entscheid beschwert und damit zur Beschwerde legitimiert. Auf die Beschwerde ist einzutreten.

#### **E. 1.2**

Die Sache ist mit den Plänen, den Akten und dem solothurnischen geografischen Informationssystem (SOGIS) hinreichend dokumentiert. Von einem Augenschein sind keine zusätzlichen Erkenntnisse zu erwarten.

### **E. 2**

A.\_\_\_\_ sowie G.\_\_\_\_ erhoben Verwaltungsbeschwerde. Die Bauherrschaft war zu einem Entgegenkommen in zwei Punkten bereit: Der Treppenabgang und der Behindertenlift könnten ohne weiteres in das Volumen integriert werden. Es sei zwar unüblich, aber möglich, bereits heute die Möblierung der Spielflächen auszuweisen.

Auch gegen die Projektänderung wurde Beschwerde erhoben. Der Hauptantrag lautete, die kommunale Baubewilligung sei aufzuheben. Für die formellen Rügen (Feststellung des Sachverhalts, separate Prüfung der Projektänderung und Begründungsdichte) wird auf die Akten verwiesen. Materiell wurden eine Aufschüttung und Lukarnen gerügt. Die Lukarnen seien mit den Dachflächenfenstern überdimensioniert. Die Kniewandregel werde nicht eingehalten. Die Einsprache zur Parzellierung hätte man gutheissen müssen. Die Grenz- und Gebäudeabstände würden nicht eingehalten. Die Beschwerdeführer forderten zudem einen Wendeplatz und einen Halteplatz sowie eine Erschliessung über den [...]weg. Das Departement befand dazu, eine private Erschliessung ab diesem Weg sei unzulässig. Die Beschwerdeführer meinten, die Grünflächenziffer sei wohl nicht eingehalten. Nach der Berechnung des Departements waren jedoch die erforderlichen 40 % Grünfläche ausgewiesen. Die Beschwerdeführer bemängelten weiter die Gebäudelängen. Das Departement befand, die projektierten Gebäudelängen seien in der W2a zulässig; das Maximum betrage 50 m. Die Beschwerdeführer forderten ein Lärmgutachten. Die Verschiebung des Gebäudes C führe durch offene Bauweise zu hoher Lärmemission und

passee so nicht ins Landschafts- und Quartierbild. Das Departement meinte, die Grundstücke lägen in der ES II. Es seien 19 Parkplätze nötig. Das Abstellen und Einparken von Autos und die damit verbundene Geräuschkulisse hätten Anwohner hinzunehmen. Ein Lärmgutachten sei unnötig. Die Beschwerdeführer machten weiter geltend, die Terrainveränderungen würden sich nicht auf das Minimum beschränken. Das Departement befand, die Beschwerdeführer würden nicht bezeichnen, welche Aufschüttungen und Abgrabungen sie beanstanden. Das Bauvorhaben liege am Hang, weshalb Aufschüttungen und Abgrabungen nötig seien. Mit den geplanten Aufschüttungen entlang der [...]strasse falle das Gelände nicht mehr direkt von der Strasse steil ab. Dadurch verbessere sich die Situation. Die Beschwerdeführer behaupteten, in den Baugesuchsplänen lasse sich nicht feststellen, ob die Seitenwände des «Unterstandes» offen oder geschlossen seien. Dementsprechend sei er an die Ausnützungsziffer anzurechnen. Daraus folge eine Überschreitung der Ausnützungsziffer. Schliesslich rügten sie, dass die Rückseite nicht materialisiert sei. Gemäss Praxis des BJD müssen offene Autounterstände, sog. Carports bei der Ausnützungsziffer nicht mitberücksichtigt werden. Solche Unterstände gelten nur noch als offen, wenn nicht mehr als 50 % des gesamten Umfangs geschlossen sind. Das Departement erwog, im Plan «Autounterstand vom 13. November 2020 seien alle Fassaden dargestellt. Demnach seien die Südfassade sowie die Ost- und Westfassaden offen. Der Autounterstand sei nicht an die Ausnützungsziffer anzurechnen.

Weiter brachten die Beschwerdeführer vor, es gebe ein Bienenhäuschen, das schützenswert sei und erhalten bleiben müsse. Das Bienenhäuschen ist aber weder im Zonenplan als erhaltens- oder schützenswert verzeichnet, noch im Ortsbildinventar der Gemeinde oder im kantonalen Inventar enthalten. Daher gebe es keine Pflicht, das Bienenhäuschen zu erhalten, meinte hingegen das Departement.

Weiter behaupteten die Beschwerdeführer, es bestehe ein Flugkorridor der Fledermäuse. Das Departement erwog, zwar seien Fledermäuse und ihre Quartiere geschützt, nicht aber die Flugkorridore. Auf den Grundstücken gebe es keine geschützten Quartiere.

Die Beschwerdeführer bemängelten das Fehlen des Vermerks «baubewilligt» auf den Akten, insbesondere den Plänen. Das Departement befand, solange ein Beschwerdeverfahren hängig sei, sei die Baubewilligung nicht rechtskräftig und die Pläne seien von der Baubehörde nicht zu unterzeichnen.

Die Beschwerdeführer brachten vor, die Zonenkonformität sei nicht gegeben, denn die Bauten (Haus A und B) würden sich nicht als 2-geschossig mit nicht anrechenbarem Dachgeschoss präsentieren, sondern hätten als 4-geschossige Bauten zu gelten. Vorliegendes Baugesuch sehe ein Erdgeschoss, ein Obergeschoss und zwei Dachgeschosse vor, d.h. insgesamt vier Geschosse. Gemäss § 17bisaKBV sei der Dachausbau ohne Anrechnung an die Geschosshöhe zulässig, wenn bei neuen Dachgeschossen die Kniewände, ausserkant Fassade gemessen, nicht mehr als 0.8 m hoch seien. Auf das untere Dachgeschoss (1. DG) der Gebäude A und B könne diese Regel jedoch nicht angewendet werden, weil die Bauherrschaft dort zu grosse Ausschnitte vorsehe, welche sie durch Aufbauten schliessen wolle, sodass die Kniewandhöhe von 0.8 m an vielen Stellen weit überschritten werde. Das untere Dachgeschoss (1. DG) der Gebäude A und B habe aufgrund dieser Bauweise je als Vollgeschoss zu gelten. Die Gebäude A und B würden damit drei Vollgeschosse aufweisen. Das Departement meinte, da alle Kniewände nicht mehr als 0,8 m und die Quergiebel in der Breite nicht mehr als 25 % aller Trauflängen betragen, werde weder das erste noch das zweite Dachgeschoss der Gebäude A und B zur

Geschosszahl hinzugerechnet.

Weiter wurde gerügt, die geltende maximale Gebäudehöhe von 7.50 m sei überschritten. Das Departement entgegnete, das Gebäude A weise im höchsten Punkt, an der Ostfassade, gemessen ab dem gewachsenen Terrain bis zum Schnittpunkt der Fassadenflucht mit der Oberkante der Dachfläche eine Höhe von genau 7.50 m auf. Die Quergiebel lägen nicht in der Dachfläche, womit sie an die Höhe angerechnet würden. Auch diese würden mit ihrer maximalen Höhe von 7.37 m das maximale Höhenmass unterschreiten. Der grösste Höhenunterschied des Gebäudes B befinde sich auf der Westfassade und betrage genau 7.50 m.

Die Beschwerdeführer bemängelten, es fehle ein Spielplatz und ein Aufenthaltsraum für Kinder. Es handle sich um eine Wiese mit Laubbäumen. Diese Fläche sei kein Spielplatz. Das Departement befand namentlich, mit der Projektänderung im Plan «Erdgeschoss / Umgebung - Grünflächenziffer» vom 13. November 2020 werde die Möblierung der Spielflächen aufgezeigt (Sandkasten und drei Sitzbänke). Die Anforderungen an geeignete Spielplätze seien erfüllt. Ein Aufenthaltsraum für Kinder sei in den Baugesuchsakten jedoch nicht ausgewiesen. Die Bauherrschaft habe darauf hingewiesen, dass ohne weiteres ein zusätzlicher Raum im Gebäude C zum Aufenthaltsraum umgenutzt werden könnte. Die Vorinstanz meinte, § 41 Abs. 1 KBV verlange neben Spielplätzen Aufenthaltsräume für Kinder. Der «Abstellraum» im Gebäude C mit einer Bruttogeschossfläche von 33,37 m<sup>2</sup> erscheine als genügend gross und ist daher ■ wie von der Beschwerdegegnerin vorgeschlagen ■ als Aufenthaltsraum für Kinder zu nutzen. Das Departement meinte, die Beschwerde sei in diesem Punkt begründet.

Schliesslich rügten die Beschwerdeführer, der angefochtene Entscheid setze sich nicht mit der fehlerhaften Planung der Sickerleitung auseinander. Das Departement befand, nach der Gewässerschutzkarte liege das Bauvorhaben im Gewässerschutzbereich Au. Ein nutzbares Grundwasservorkommen sei nicht vorhanden. Deshalb habe die Versickerungsanlage keinen Einfluss auf Grundwasserströme.

Das Departement befand abschliessend, mit Ausnahme der Auflage für den Aufenthaltsraum für Kinder seien sämtliche der unzähligen Vorbringen der Beschwerdeführer abzuweisen. Die Auflage behebe einen untergeordneten Mangel und sei von untergeordneter Bedeutung. Sie könne bei der Verteilung der Kosten unberücksichtigt bleiben. Das Departement hiess die Beschwerde insofern teilweise gut, als die Baubewilligung mit der Auflage ergänzt wurde, ein Abstellraum sei als Aufenthaltsraum für Kinder zu nutzen und auszugestalten. Im Übrigen wies es die Beschwerden am 6. Januar 2023 kostenfällig ab. Der Bauherrschaft wurde eine namhafte Parteientschädigung zugesprochen.

## **E. 2.1**

Terrainveränderungen sind auf das absolut notwendige Minimum zu beschränken. Aufschüttungen dürfen das massgebende Terrain in der Ebene nicht mehr als 1,2 m und am Hang (über 8% Neigung) nicht mehr als 1,5 m überragen (§ 63bis KBV, BGS 711.61). Diese Vorschrift richtet sich gegen die Praxis, am Hang einen kleinen Hügel aufzuschütten und darauf ein Einfamilienhaus (mit waagrechttem Umschwung) zu errichten. Die Norm wird nicht allzu streng angewandt. Dass die Limite von 1,5 m nicht eingehalten sei, wird zwar behauptet, aber nicht konkret dargelegt. Die Bauherrschaft hat zur Terraingestaltung eigens einen detaillierten Plan ausgefertigt und eingereicht.

## **E. 2.2**

Die Gebäudehöhe muss überall eingehalten werden. Am Hang ist dies oft talseits problematisch. Hier beträgt die Gebäudehöhe 6,5 m (Schnitte, eingereicht am 29. März 2023). Die Grenze für zweigeschossige Bauten liegt bei 7,5 m. Da alle Kniewände nicht mehr als 0,8 m und die Quergiebel in der Breite nicht mehr als 25 % aller Trauflängen betragen, wird weder das erste noch das zweite Dachgeschoss der Gebäude A und B zur Geschosszahl hinzugerechnet, so die Praxis des Departements. Dies braucht indessen nicht genauer überprüft zu werden.

## **E. 3**

A.\_\_\_\_ erhob Verwaltungsgerichtsbeschwerde. Die Hauptanträge lauteten:

Die Verfügungen der Vorinstanzen seien aufzuheben und die Mehrfamilienhäuser seien nicht zu bewilligen. Die Geschossigkeit und damit die Grenz- und Gebäudeabstände würden nicht stimmen. Die Terrainveränderungen seien zu gross. Das Dachgeschoss dürfe nicht so gebaut und genutzt werden, dass es einem Vollgeschoss gleichwertig werde, ohne aber als solches zu gelten. Denn dies würde dazu führen, dass die gesetzliche Geschossigkeit innerhalb der Zone umgangen werde. Das Projekt sehe bei den Gebäuden A und B je ein Satteldach mit zwei Geschossen vor. Zwar ergebe sich durch die Dachschrägen in den beiden Dachgeschossen eine geringere Wohnfläche. Doch durch den bis aufs Maximum genutzten Kniestock und die steile Dachneigung vergrössere sich die Wohnfläche. Die wahrnehmbare Volumetrie des Dachgeschosses dürfe jener eines Vollgeschosses nicht gleichkommen; ausschlaggebend sei die optische Wirkung. Es würden zwei faktisch viergeschossige Bauten geplant. Der Ortsbildschutz werde nicht in Erwägung gezogen. Mit der falschen Geschossigkeit würden auch die Grenz- und Gebäudeabstände nicht stimmen. Die Bauten A und B seien mindestens dreigeschossig. Sie hätten nach Osten und Westen einen Grenzabstand von mindestens 4,4 m einzuhalten. Die Stützen und Stützmauern der Balkone seien fassadenbildend. Es sei nicht eine Gebäudebreite von 13,00 m massgebend, sondern eine solche von mindestens 14,50 m (13,00 m + 1,50 m für die Abstützungen/Stützmauern), wenn nicht sogar von 14,60 m, da die Balkone die Stützen um 1,30 m überragen würden, womit noch einmal mindestens 10 cm an die Gebäudebreite anzurechnen seien. Terrainveränderungen seien auf das absolut notwendige Minimum zu beschränken. Die Aufschüttungen am Hang würden die maximal zulässigen 1,50 m ab gewachsenem Terrain nicht einhalten. Das Terrain werde stellenweise um mehr als 2,50 m und damit in unzulässiger Weise verändert. Die Terrainveränderungen und die Stützmauern bei der [...]strasse würden dem geplanten Autounterstand dienen. Eine verkehrstechnische Erschliessung über den [...]weg wäre die geeignetere Lösung.

4.1 Die Gemeinde Balsthal verzichtete auf eine Stellungnahme und beantragte, die Beschwerde sei kostenfällig abzuweisen.

4.2 Das Departement beantragte, die Beschwerde sei kostenfällig abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden könne.

Beim Balkon an der Südfassade des Gebäudes A handle es sich um eine zurückversetzte Fassade zur Westfassade, weshalb die «45°-Praxis» zur Anwendung komme. Nicht anders als bei der Bestimmung des Grenzabstandes würden bei der Gebäudelänge Gebäudeteile wie Balkone, die nicht abgestützt seien und höchstens 1,20 m auskragen, nicht hinzugerechnet. Krage ein nicht abgestützter Gebäudeteil mehr als 1,20 m aus, so würden von der Gebäudelänge 1,20 m abgezogen. Deshalb zähle die zurückversetzte Fassade

(Balkon) nicht zur Gebäudelänge der vorderen Fassade (Westfassade) hinzu. Die massgebende Gebäudelänge der Westfassade betrage daher 13,00 m. Die Gebäude A und B seien zweigeschossig. Bei einer Gebäudelänge der Ost- und Westfassaden von jeweils 13,00 m und zwei Vollgeschossen betrage der gesetzliche Grenzabstand 3,25 m. Dieser sei eingehalten. Alle Aufschüttungen hielten die max. zulässigen 1,50 m am Hang ab gewachsenem Terrain ein.

4.3 Die Bauherrschaft liess beantragen, die Beschwerde sei unter Kosten- und Entschädigungsfolgen abzuweisen. Dass der ohnehin bestehende Dachraum optimal zu Wohnzwecken genutzt werde, sei auch im öffentlichen Interesse. Der Grenzabstand werde für jede Fassade separat ermittelt. Es sei eine «Gebäudebreite» von 13,0 m massgebend. Der Grenzabstand zum westlich gelegenen Grundstück GB Balsthal Nr. 207785 sei eingehalten. Dass die südlichen Balkone an die Gebäudebreite der Fassaden Ost und West anzurechnen seien, werde bestritten. Weder die Balkonstützen noch die teilweise vorgesehenen Flügelmauern der Balkone würden den 45°-Bereich überragen. Da die Flügelmauern keine statische Funktion hätten und nur dem Wind- und Sichtschutz dienen würden, könnten sie auch weggelassen werden.

Selbst wenn die südlichen Balkone an die massgebenden Gebäudebreiten Ost und West anzurechnen wären, wäre der gemäss dem Beschwerdeführer einzuhaltende Grenzabstand von 3,5 m von Gebäude B zu GB Nr. 23780 mit 3,6 bis 5,06 m immer noch bei weitem eingehalten. Der Grenzabstand West zu GB Nr. 207785 von 3,49 ■ 4,71 m wäre dagegen tatsächlich in der nordwestlichen Ecke des Gebäudes A um 1 cm unterschritten. Diesem Umstand könnte nun aber ohne weiteres auch mit einer Verkürzung der Länge des Gebäudes Rechnung getragen werden. Gegen eine entsprechende Auflage in der Baubewilligung, dass zu GB Nr. 207785 ein Grenzabstand von min. 3,5 m einzuhalten sei, wäre nichts einzuwenden. Das Gebäude würde dann einfach um 1 cm (!) gekürzt. Eine Abweisung des Baugesuches wegen dieser unbedeutenden Abweichung wäre vollkommen unverhältnismässig.

Was die Terrainveränderungen angehe, seien für die Beurteilung allein die Baugesuchspläne massgebend. Daraus sei ersichtlich, dass keine Aufschüttungen über 1,50 m erfolgen würden. Der Einsprecher scheine Abgrabungen und Aufschüttungen zu addieren. Diese seien jedoch nach KBV getrennt zu behandeln. Die Höhenbeschränkung von 1,5 m gelte nur für Aufschüttungen. Die Aufschüttungen seien insgesamt moderat und quartierüblich. In Hanglage wiesen talseitig gelegene Grundstücke naturgemäss entsprechende oder sogar grössere Aufschüttungen auf.

Die Baugesuchsteller hätten sich wegen der Beschwerde die Mühe gemacht, die Terraingestaltung auf der Bauparzelle flächendeckend in einem Plan darzustellen, mit Geländeschnitten alle 4,0 m. Mit diesem Plan werde der Nachweis erbracht, dass nirgendwo mehr als 1,5 m aufgeschüttet werde.

Beim Autounterstand (Gebäude C) handle es sich um eine zweigeschossige Baute mit Keller. Für Gebäudeteile gelte die Aufschüttungsregel nicht, da für sie die Regeln der Gebäudehöhe gelten. Wenn also quasi auf der «Decke» des Kellergeschosses gefahren bzw. parkiert werde, seien die entsprechenden Bereiche nicht unter dem Aspekt der Terrainaufschüttung zu beurteilen. Auch entlang der [...]strasse werde nirgends mehr als 1,5 m aufgeschüttet, zumal die Parkplätze mit Quergefälle ausgebildet würden, genauso wie auch die [...]strasse selber mit Quergefälle ausgebildet sei. Dies verkenne der

Beschwerdeführer, indem er einfach die Höhenlinien des gewachsenen Terrains zähle. Die Aufschüttungen mit Stützmauern entlang der [...]strasse würden zu einer Verbesserung der Strassensituation führen, da das Gelände nicht mehr direkt ab der Strasse steil abfalle.

Bestritten werde auch die Behauptung, wonach die Erschliessung über den [...]weg die geeignetere Lösung wäre. Die Erschliessung der Baugrundstücke über die [...]strasse entspreche dem rechtsgültigen Erschliessungsplan. Eine Erschliessung des Areals über den [...]weg wäre nicht möglich. Zum einen lägen die erforderlichen Wegrechte nicht vor und seien nicht erhältlich. Zudem wolle auch die Gemeinde keine Erschliessung über den [...]weg. Die Bauherrschaft habe einen Anspruch auf eine Erschliessung über die [...]strasse, was im Bereich der Zufahrt auf der Talseite mit Terrainveränderungen verbunden sei (wie bei allen anderen Grundstücken auch). Auf die Durchführung eines Augenscheins könne verzichtet werden.

5.1 Die Rechtsmittelinstanz ist nicht auf die erhobenen Rügen beschränkt. Es muss ihr möglich sein, selbst Fehler im angefochtenen Entscheid zu ermitteln. Dies gehört zur Rechtsanwendung von Amtes wegen (Alain Griffel et al.: Fachhandbuch öffentliches Baurecht, Zürich 2016, Rz 8.28). Den Parteien wurde mitgeteilt, das Verwaltungsgericht prüfe das Vorhaben auch nach dem neuen kommunalen Recht, nach dem revidierten kommunalen Zonenreglement, das noch nicht in Kraft getreten ist.

5.2 Das Departement führte dazu namentlich aus, nach § 35 Abs. 1bisVRG sei nach neuem Recht zu befinden. Diese Vorschrift drehe aber die bundesgerichtliche Praxis um. Das neue kommunale Recht sei noch gar nicht in Kraft. Es komme einzig das Recht zur Anwendung, das bei der Erteilung der Bewilligung durch die Gemeinde gegolten habe.

5.3 Die Vertreterin des Beschwerdeführers machte namentlich geltend, nach neuem kommunalem Recht seien Mehrfamilienhäuser unzulässig. Die maximale Gebäudelänge betrage nur noch 25 m und sei mit dem Projekt überschritten.

5.4 Die Bauherrschaft liess ausführen, es sei unbestritten, dass die neuen noch nicht rechtskräftigen Zonenvorschriften nicht zur Anwendung kämen. Es bestehe für das Verwaltungsgericht keine Veranlassung zur Intervention von Amtes wegen. Nur geltendes Recht dürfe angewandt werden. Nach § 130 PBG seien die Vorschriften anzuwenden, die zur Zeit des kommunalen Bauentscheids gegolten hätten. Die Vorwirkung nach § 15 PBG wende sich nicht an die Rechtsmittelinstanzen. Die Vorschrift gelte nur für das erstinstanzliche Verfahren. Die Vorschrift bewirke für sich genommen schon eine Blockade. Wenn die Gemeinde das Vorhaben hätte verhindern wollen, hätte sie eine Planungszone erlassen können, dies sei jedoch nicht geschehen. Der Grundsatz von Treu und Glauben verbiete, dass Recht zur Anwendung komme, das zum Zeitpunkt der Baubewilligung nicht habe vorausgesehen werden können. Die Einsprecher hätten alles darangesetzt, das Verfahren in die Länge zu ziehen.

II.

### **E. 3.1**

Nach dem heute gültigen Zonenreglement liegen die Bauparzellen in der Wohnzone 2a. Nach § 11 des Zonenreglements von 2006/2007 sind der Wohnzone W2a Ein- und Doppelfamilienhäuser in offener Bauweise und Reihen- sowie Mehrfamilienhäuser zugelassen. Kleingewerbe- und Dienstleistungsbetriebe sind gestattet, wenn die quartierübliche Verkehrs- und Immissionsbelastung nicht wesentlich überschritten wird.

Untersagt ist eine Nutzung durch das Sexgewerbe.

### **E. 3.2**

Nun aber hat die Gemeinde vom 10. März 2022 bis am 8. April 2022 die Zonenplanrevision (zum dritten Mal) aufgelegt. Für die neue Zone W2b bestimmt § 16 des neuen Reglements:

Zulässig sind Ein-, Doppelein- und Zweifamilienhäuser, ergänzende Einliegerwohnungen / Studiowohnungen sowie nicht störende Kleingewerbe- und Dienstleistungsbetriebe (z.B. Büro, Arztpraxen, Friseurbetriebe, Ateliers, Quartierläden, Kinderkrippen bzw. -tagesstätten), wenn deren Erscheinung und Massstäblichkeit den benachbarten Bauten und der Bauweise der W2b angepasst ist und die quartierübliche Verkehrs- und Immissionsbelastung nicht überschritten wird.

Nicht zulässig sind neue Reiheneinfamilienhäuser sowie neue Mehrfamilienhäuser / Terrassensiedlungen, deren Erscheinung und Massstäblichkeit nicht der W2b entspricht (Ausnahmen: bei Umnutzung bestehender Bauten / Volumen, welche vor dem Inkrafttreten dieser Bestimmung rechtmässig erstellt wurden).

### **E. 3.3**

Nach neuem Recht ist das Vorhaben (zwei Sechsfamilienhäuser) nicht mehr zulässig. Das Baugelände ist steil. Das Gefälle beträgt ca. 8 m auf 30 m. Nach der Naturgefahrenhinweiskarte handelt es sich um ein Rutschgebiet. Auf einer der Parzellen besteht zudem Steinschlaggefahr. Es kann kaum bestritten werden, dass ein Verzicht auf Mehrfamilienhäuser an dieser steilen Hanglage sinnvoll sein kann. Es ist kaum tunlich, hier grosse Volumina zu errichten.

### **E. 3.4**

Nach § 15 Abs. 2 PBG dürfen ab Beginn der Planaufgabe Bewilligungen nur noch für Bauvorhaben erteilt werden, die auch dem neuen Plan entsprechen. Diese Vorschrift bestand schon im ersten Baugesetz vom 3. Dezember 1978. Die Plansperre lautete damals: «Von der Auflage bis zum rechtskräftigen Entscheid über den Plan dürfen an den eingezogenen Grundstücken keine baulichen Massnahmen mehr vorgenommen werden, welche die Ausführung des Plans behindern könnten.» Die Formulierung wurde 2006 präzisiert. In der Botschaft steht dazu zu lesen: «Die Vorwirkung eines aufgelegten Nutzungsplans wird konkreter formuliert: Ist für einen Nutzungsplan die öffentliche Auflage erfolgt, so darf ein Baugesuch nur bewilligt werden, wenn es sowohl der alten (noch gültigen) als auch der neuen (eben durch die Auflage vorwirkenden Planung) entspricht (RRB 2006/1727, S. 7). Die neu formulierte Bestimmung wurde im Kantonsrat diskussionslos angenommen.

Eine derartige Vorschrift ist keine solothurnische Besonderheit. Der Kanton Aargau kennt beispielsweise folgende Bausperre: Während der Erlass oder die Änderung von Nutzungsordnungen vorbereitet wird, kann die Behörde Gesuche für die Bewilligung von Bauten und Anlagen in den von den neuen Plänen betroffenen Gebieten für die Dauer von höchstens zwei Jahren zurückstellen. Bewilligungen für Bauten und Anlagen dürfen nur erteilt werden, wenn feststeht, dass diese die Verwirklichung der neuen Pläne nicht erschweren. Ein Baugesuch muss bewilligt werden, wenn es mit den heutigen Vorschriften im Einklang steht und der künftigen Ordnung nicht widerspricht (§ 30 des Baugesetzes unter dem Titel «Plansicherung». Baumann Andreas et al.: Kommentar zum Baugesetz des Kantons Aargau, Bern 2013, Rz 19 zu § 30). Das bernische Baugesetz sagt in Art. 36 Abs.

2: Der Entscheid ist jedoch zurückzustellen, wenn das Bauvorhaben Nutzungsplänen widerspricht, die bei der Gesuchseinreichung öffentlich aufgelegt haben.

Das Solothurnische Bau- und Justizdepartement redet von einer Sperrwirkung und einer negativen Vorwirkung des neuen Rechts (Mitteilungen 2020, S. 6). Die Bausperre ist (wie eine Planungszone oder allenfalls auch eine Gestaltungsplanpflicht) ein klassischer Anwendungsfall der negativen Vorwirkung. Es wird verhindert, dass Projekte bewilligt werden, die dem künftigen Recht widersprechen. Die negative Vorwirkung ist nur zulässig, wenn sie vom geltenden Recht vorgesehen ist. Dies ist hier der Fall. Das Planungs- und Baugesetz ist ein Gesetz im formellen Sinn (vgl. Häfelin / Müller / Uhlmann: Allgemeines Verwaltungsrecht, Zürich 2020, Rz 302 f.; Tschannen / Zimmerli / Müller: Allgemeines Verwaltungsrecht, Bern 2014, S. 206; Moor / Flückiger Martenet (Droit administratif, Vol I, Bern 2012, S. 184 ff.) halten zunächst fest, dass auf einen Sachverhalt in der Regel diejenigen Normen anzuwenden sind, die bei dessen Verwirklichung gelten. Auch sie anerkennen aber «effets anticipés» in der Raumplanung und stellen schliesslich klar: «Nul n■ a droit d■ un maintien d■ une loi.».

Das Bundesgericht lässt eine negative Vorwirkung gelten; verpönt ist einzig eine positive Vorwirkung (Urteile 1C\_274/2007, 1C\_363/2009, 1C\_287/2016; BGE 136 I 142). Im Urteil 1C\_353/2011 führte das Bundesgericht (in Anwendung von § 234 f. ZH-PBG) aus, eine Bestimmung wie unser § 15 PBG bezwecke gleich wie eine Planungszone die Sicherung der Entscheidungsfreiheit der Planungsbehörden, indem sie Vorhaben einstweilen untersage, welche neue planerische Festlegungen negativ beeinflussen. Künftigen Planfestsetzungen werde negative Vorwirkung zuerkannt, indem Bauten nur noch bewilligt würden, wenn sie die vorgesehene planerische Neuordnung nicht beeinträchtigen. Dies diene der Verwirklichung des verfassungsrechtlichen Auftrags der Raumplanung (Art. 75 BV) und könne sich somit auf ein bedeutendes öffentliches Interesse stützen.

Es liegt auf der Hand, dass das Gesetz von allen Instanzen anzuwenden ist, selbst wenn alle Beteiligten auf die Anwendung einer bestimmten Norm verzichten möchten. § 15 PBG richtet sich nicht bloss an die kommunale Baubehörde. Das ergibt sich schon klar aus der ursprünglichen Fassung der Bestimmung. Es gilt (damals wie heute) zu verhindern, dass ein Neubau eine aufgelegte Planung unterläuft.

Die Verwaltungsbeschwerde an das Departement hat von Gesetzes wegen aufschiebende Wirkung; der Verwaltungsgerichtsbeschwerde wurde die aufschiebende Wirkung zuerkannt. Die Baubewilligung befand sich somit bisher immer in der Schwebe; sie war nie gültig erteilt. Mit dem Bau hätte nie begonnen werden dürfen.

### **E. 3.5**

Baurechtlich sind bei einer Zonenplanrevision intertemporal vier Fälle denkbar. Nur einer davon ist problematisch: Ein Projekt ist nach altem Recht bewilligungsfähig, nach künftigem Recht ist dies aber nicht mehr der Fall. Indessen ist hervorzuheben, dass ja nur Recht vorwirkt, das vom zuständigen Planungsträger, der Gemeinde, nach Mitwirkung der Bewohner und politischer Diskussion gültig beschlossen und veröffentlicht worden ist. Eine «zeitliche Lücke» entsteht einzig wegen der Behandlung der Beschwerden und der konstitutiven Plangenehmigung durch den Regierungsrat. Während dieses Zeitraums sind jedoch sowohl das alte als auch das (mögliche) neue Recht für alle Bauinteressenten klar. Rechtsunsicherheit besteht keine. Nachteile aus der Verfahrensdauer vor dem Regierungsrat

entstehen nicht primär im hier zu beurteilenden Fall, sondern dann, wenn (institutionelle) Investoren von einer erst künftig möglichen Aufzoning baldmöglichst Gebrauch machen möchten.

Neues Recht kann beim klaren Wortlaut von § 15 PBG nun nicht kurzerhand «weginterpretiert» werden. Doch noch ausschliesslich das alte Recht anzuwenden, könnte in einem konkreten Einzelfall allenfalls aus Vertrauensschutz dann in Betracht gezogen werden, wenn die gesamte Verfahrensdauer eindeutig einer massiven Rechtsverzögerung gleichkäme. Dies ist hier nicht der Fall. Zwar hat das Verfahren vor dem Departement lange gedauert. Dies ist aber auf eine Projektänderung und eine Sistierung zurückzuführen. Das Verfahren war insgesamt vom 16. November 2020 bis am 26. September 2022 sistiert. Die Ortsplanungsrevision ihrerseits hat aber eine jahrelange Geschichte. So die Aussage des Gemeindepräsidenten Kreuchi zu deren dritter Auflage in der «Solothurner Zeitung» vom 1. Dezember 2022. Die Baugesellschaft konnte nicht von einer unerwarteten Rechtsänderung überrascht werden.

### **E. 3.6**

Um missliebige Folgen zu vermeiden, macht beispielsweise die Stadt Solothurn alle, die auf dem Bauamt eine Anfrage stellen, auf die vom Gemeinderat beschlossene, beim Regierungsrat zur Genehmigung anhängige Totalrevision der Zonenplanung und deren Vorwirkung aufmerksam. Der Textbaustein lautet:

«Im Rahmen der laufenden Ortsplanungsrevision (OPR) werden der Zonenplan und das Zonenreglement angepasst, und die Messweisen ändern sich. Die neuen Planfestlegungen und Bestimmungen entfalten ab der Auflage Vorwirkung und Baubewilligungen dürfen nur noch erteilt werden für Bauvorhaben, welche sowohl der rechtsgültigen Grundordnung entsprechen als auch dem neuen Zonenplan und den neuen Bestimmungen nicht widersprechen (§ 15 Abs. 2 PBG).»

Balsthal geht noch einen Schritt weiter und publiziert auf der Homepage seiner Bauverwaltung folgenden Text:

Achtung: Seit Beginn der öffentlichen Auflage vom 10. März 2022 der laufenden Ortsplanungsrevision dürfen Baubewilligungen nur noch erteilt werden, wenn das Bauvorhaben dem alten wie auch dem neuen Recht entspricht.

Wir machen Sie darauf aufmerksam, dass die neuen Pläne und Reglemente noch nicht rechtsgültig sind. Mögliche Änderungen aufgrund der laufenden Ortsplanungsrevision bleiben vorbehalten.

§ 15 PBG anders zu interpretieren und immer das Recht anzuwenden, das zum Zeitpunkt des kommunalen Entscheids gegolten hat, würde Sinn und Zweck der Norm widersprechen, könnte doch je nach Dauer des Rechtsmittelverfahrens noch gebaut werden, was schon längst nicht mehr möglich ist. Dies würde die ganze Zonenplanung untergraben.

4.1 Die Beschwerde erweist sich somit als begründet, sie ist gutzuheissen. Die angefochtene Departementalverfügung ist aufzuheben mit der Folge, dass auch die kommunale Baubewilligung dahinfällt. Damit entfallen auch die vor dem Departement erhobenen Verfahrenskosten und die dort der Bauherrschaft zugesprochene Parteientschädigung von CHF 7'020.75. Hinfällig ist auch die kommunale Bewilligungsgebühr.

4.2 Bei diesem Ausgang hat die Bauherrschaft die Kosten des Verfahrens vor Verwaltungsgericht zu bezahlen, die einschliesslich der Entscheidgebühr auf CHF 1'500.00 festzusetzen sind. ( )

Demnach wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird gutgeheissen: Die Verfügung des Bau- und Justizdepartements vom 6. Januar 2023 wird aufgehoben.

2. Die Bauherrschaft, die Baugesellschaft B.\_\_\_\_ (C.\_\_\_\_ Immobilien AG und D.\_\_\_\_ AG) hat die Kosten des Verfahrens vor Verwaltungsgericht von CHF 1'500.00 zu bezahlen.

3. ( )

4. Das Bau- und Justizdepartement hat die Parteientschädigung für das Verwaltungsbeschwerdeverfahren festzulegen.

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

Der Präsident

Thomann

Der Gerichtsschreiber

Schaad

Das vorliegende Urteil wurde vom Bundesgericht mit Urteil 1C\_581/2023 vom 5. Dezember 2024 aufgehoben.

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