

Verwaltungsgericht

Urteil vom 2. Juli 2021

Es wirken mit:

Präsidentin Scherrer Reber
Oberrichter Müller
Oberrichter Werner
Gerichtsschreiber Schaad

In Sachen

IG A.____ nämlich [...]

alle hier vertreten durch Rechtsanwalt und Notar Andreas Kummer

Beschwerdeführerin

gegen

1. **Regierungsrat des Kantons Solothurn**, Rathaus, 4509 Solothurn, vertreten durch das Bau- und Justizdepartement,
2. **Einwohnergemeinde D.**____, vertreten durch Rechtsanwalt Michael Grimm,
3. **B.**____ IMMO AG, vertreten durch Rechtsanwalt Walter Keller,

Beschwerdegegner

betreffend **Planung A.**____

zieht das Verwaltungsgericht in **Erwägung**:

I.

1. An seiner 33. Sitzung vom 12. Dezember 2019 behandelte der Einwohnergemeinderat D.____ die Einsprachen zum Teilzonen- und Gestaltungsplan A.____. (Der Gestaltungsplan, die Änderung des Bauzonenplans und die Änderung des Erschliessungsplans waren am 22. August 2019 beraten und aufgelegt worden.) Der Gemeinderat befand [die beiden ...] seien zur Einsprache nicht berechtigt. Im Übrigen wurden die Einsprachen vollumfänglich abgelehnt. Dieser Entscheid wurde am 20. Dezember 2019 an den Rechtsanwalt der Einsprecher, Andreas Kummer, mit einem Begleitbrief versandt. Die Sendung wurde am 23. Dezember 2019 via Postfach zugestellt.

2.1 Die Einsprecher erhoben mit Eingabe vom 10. Januar 2020 Verwaltungsbeschwerde an den Regierungsrat. Die Beschwerde ging am 13. Januar 2020 beim instruierenden Bau- und Justizdepartement ein. Die Beschwerdeführer liessen beantragen, die Vorinstanz habe ihnen den Entscheid fristauslösend und mängelfrei zuzustellen. Eventuell sei die Beschwerdefrist wiederherzustellen und es sei eine Nachfrist zur Ergänzung der Begründung anzusetzen. Der Protokollauszug sei am 23. Dezember 2019 als noch nicht genehmigt zugestellt worden. Die Beschwerdefrist beginne erst nach der Protokollgenehmigung zu laufen.

2.2 Der Regierungsrat erwog namentlich, wenn der Gemeinderat ein Geschäft entscheide, liege ein Sachentscheid vor. Mit der Genehmigung des Protokolls erfolge keine Wiedererwägung. Nur ein Laie könnte einen falschen Schluss ziehen. Organisationsmängel hätten zum Verpassen der Frist geführt. Dass der Fristenstillstand (die Gerichtsferien) im Verwaltungsverfahren nicht gelte, könne als bekannt vorausgesetzt werden. Die Wahrung von Fristen könne nicht an das Kanzleipersonal delegiert werden. Es bestehe kein Raum für die Wiederherstellung der Frist. Auf die Beschwerde wurde deshalb am 1. Dezember 2020 nicht eingetreten (RRB 2020/1719).

3. Die unterlegenen Anwohner liessen am 17. Dezember 2020 (Posteingang) Verwaltungsgerichtsbeschwerde erheben. Der Hauptantrag lautete, es sei festzustellen, dass der kommunale Einspracheentscheid nicht rechtsgültig eröffnet worden sei. Das Begehren, der Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zu erteilen, wurde abgewiesen. Die Beschwerde wurde namentlich damit begründet, der angefochtene Entscheid sei zu wenig substantiiert, was die Quartierverträglichkeit der Zonenplanänderung und die Abweichung von der Grundnutzung anbelange. Der kommunale Entscheid sei mangelhaft und irreführend eröffnet worden. Entscheide seien als solche zu bezeichnen. Aus dem Hinweis, das Protokoll sei noch nicht genehmigt worden, habe die Assistentin der Kanzlei schliessen dürfen, «dass der rechtskräftige Entscheid erst nach der Genehmigung des Protokolls erfolgen bzw. die Rechtskraft erst nach der Genehmigung eintreten würde.» Die Genehmigung eines Protokolls umfasse auch das Dispositiv. Man habe davon ausgehen dürfen, die fristauslösende Zustellung erfolge später. Die «Information» habe keinen Verfügungscharakter gehabt. Der Gemeindeschreiber habe in einem ersten Telefonat vom 8. Januar 2020 mitgeteilt, er habe bloss vorab informieren wollen. In einem

II.

1. Die Beschwerde ist frist- und formgerecht erhoben worden. Sie ist zulässiges Rechtsmittel, und das Verwaltungsgericht ist zur Beurteilung zuständig (vgl. § 49 Gerichtsorganisationsgesetz, GO, BGS 125.12). Die Beschwerdeführer sind durch den angefochtenen Entscheid beschwert und damit zur Beschwerde legitimiert. Auf die Beschwerde ist einzutreten.

2.1 Der versandte Entscheid trägt den Titel «Protokollauszug der 33. Sitzung des Gemeinderates ...». Er enthält zwei Dispositive: Eines für die Plangenehmigung und eines für die Einsprachebehandlung. Enthalten sind 2 ½ Seiten Erwägungen. Die erforderliche Begründungsdichte ist erreicht. Die Rechtsmittelbelehrung ist korrekt. Unterschrieben wurde das Papier durch den Gemeindegemeinschafter, der nach § 6 des Geschäftsreglements des Einwohnergemeinderates das Protokoll führt. Der Versand erfolgte mit eingeschriebener Post.

2.2 Der Begleitbrief zur Eröffnung des kommunalen Entscheids war indessen unklar. Er lautete:

D.____, 20. Dezember 2019

Auszug aus dem Protokoll des Gemeinderates

Guten Tag, Herr Kummer

An der letzten Gemeinderatssitzung wurde ein Geschäft beraten, welches Sie betrifft.

Im Anhang erhalten Sie den betreffenden Protokollauszug zur Information. Das Protokoll ist noch nicht durch den Gemeinderat genehmigt worden. Die Genehmigung erfolgt in der Regel an der nächsten Sitzung.

Falls in Ihrem Protokollauszug eine Änderung erfolgt, werden Sie bis spätestens eine Woche nach der nächsten Gemeinderatssitzung (23.01.2020) mit dem korrigierten Protokollauszug bedient.

Bei Unklarheiten helfen wir Ihnen gerne weiter.

Einwohnergemeinde D.____

Gemeindegemeinschafter

E.____, Gemeindegemeinschafter

2.3 Vorab sollte vermieden werden, Entscheide so kurz vor den Feiertagen zu versenden, den Adressaten mithin einen abschlägigen Bescheid unter den Weihnachtsbaum zu legen. Sodann ist – wie sogleich zu zeigen ist – problematisch, eigentliche Entscheide als «Auszug aus dem Protokoll» zu verschicken. Protokoll und Entscheid sind nicht dasselbe.

2.4 Nach § 28 des Gemeindegesetzes (GG, BGS 131.1) muss das Protokoll einer Gemeinderatssitzung alle wesentlichen Vorgänge, insbesondere die Anträge, den Inhalt der

Wortmeldungen, die Beschlüsse und Abstimmungsergebnisse enthalten. Ein Entscheid braucht dagegen eine ausreichende Begründung und dann ein vollstreckbares Dispositiv. Die Begründung behördlicher Entscheide vermittelt den Betroffenen die Sicherheit, mit ihren Vorbringen auch ernst genommen zu werden und stellt sicher, dass die Adressaten die Tragweite des Entscheids erkennen und diesen in voller Kenntnis der Umstände an eine höhere Instanz weiterziehen können (vgl. statt vieler Vera Marantelli/Said Huber in: Bernhard Waldmann/Philippe Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar Verwaltungsverfahrenrecht, 2. Aufl., Zürich 2016, Art. 6 N 32).

2.5 Der oben zitierte Begleitbrief hat mehr Unklarheiten geschaffen als beseitigt. So hat der Gemeindegeschreiber den Eindruck erweckt, es seien noch Änderungen des zugestellten Protokollauszugs möglich. Ob diese auch Einfluss auf das Dispositiv haben könnten, blieb offen. Es kann aber nicht sein, dass eine Rechtsmittelfrist beginnt und sogar abläuft, während die Entscheidungsbegründung (oder gar die daraus resultierende Schlussfolgerung, resp. das Ergebnis) noch nicht definitiv feststeht. Es gibt keine unter Vorbehalt eröffneten Entscheide. Dies wäre mit der Rechtssicherheit schlicht nicht vereinbar.

2.6 Hinzu kommt Folgendes: Das Verwaltungsgericht ist in seinem Urteil vom 10. Februar 2011 (VWBES.2010.96) unter Zitierung von Rechtsprechung und Lehre zum Schluss gekommen, ein Bauentscheid bedürfe der Unterschrift eines Mitglieds der Baukommission. Die Unterschrift des Protokollführers sei nicht ausreichend, sondern bezeuge die Richtigkeit der Abfassung und damit die Entscheide der Baukommission. Sobald der Protokollauszug aber als Entscheid Drittpersonen eröffnet werde, sei die Unterschrift eines Vertreters der Baukommission zumindest auf dem Original erforderlich (vgl. dazu auch Lorenz Kneubühler/Ramona Pedretti in: Christoph Auer/Markus Müller/Benjamin Schindler: Kommentar VwVG, Zürich 2019, N 9 f. zu Art. 34 VwVG). Diese Erwägungen können sinngemäss auf den vorliegenden Fall übertragen werden. Mit Blick auf die Bedeutung eines Geschäfts sieht denn auch § 131 Abs. 2 lit. c GG vor, dass Erlasse vom Gemeindepräsidenten und dem Gemeindegeschreiber zu unterzeichnen sind. Eine Nutzungsplanung wie die angefochtene hat (auch) rechtsetzenden Charakter (vgl. schon BGE 94 I 336 E. 3 S. 341 ff.). Insofern genügt ein vom Gemeindegeschreiber unterzeichneter Protokollauszug nicht, um als anfechtbarer Entscheid zu gelten.

3.1 Demzufolge wurde der Entscheid nicht rechtsgenüglich eröffnet: Die Fassung war offenbar noch nicht definitiv (jedenfalls weckte der Begleitbrief begründete Zweifel daran) und es fehlte die Unterschrift des Gemeindepräsidenten. Nicht formgerecht eröffnete Verfügungen entfalten für die Adressaten keine materiellen Rechtswirkungen und lösen auch keine Rechtsmittelfrist aus (vgl. Pierre Tschannen/Ulrich Zimmerli/Markus Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl. Bern 2014, S. 276). Als Beispiele nennen die zitierten Autoren etwa die mangelnde Begründung, wegen der die Rechtsmittelfrist erst zu laufen beginne, wenn der Adressat im Besitze aller Elemente sei, die für eine erfolgreiche Wahrung seiner Rechte nötig seien. Analog verhalte es sich, wenn eine Verfügung nicht als solche bezeichnet gewesen sei und daher Zweifel bestünden, ob es sich beim behördlichen Schreiben tatsächlich um eine Verfügung gehandelt habe (Tschannen/Zimmerli/Müller, a.a.O.).

3.2 Zwar ist dem Rechtsvertreter entgegen zu halten, er hätte sich umgehend bei der Gemeinde erkundigen oder eine vorsorgliche Beschwerde einreichen können. Indes wiegen die Mängel des ungenügend eröffneten Entscheids schwerer und sind nicht dem Anwalt der Beschwerdeführer anzulasten.

4. Der Vollständigkeit halber sei zu den Ausführungen des angefochtenen Regierungsratsbeschlusses Folgendes festgehalten: Nach § 32 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes (VRG, BGS 124.11) beträgt die Beschwerdefrist 10 Tage. § 56 VRG verweist auf die subsidiär anwendbare Zivilprozessordnung. Das Verwaltungsgericht hat bereits vor Jahrzehnten in einem Grundsatzentscheid festgehalten, die Bestimmungen über die Gerichtsferien seien wohl auf die verwaltungsgerichtlichen Verfahren, nicht aber auf die Verwaltungsverfahren anwendbar (SOG 1977 Nr. 38). Das ist keine solothurnische Besonderheit. Auch das zürcherische Gesetz sieht für erstinstanzliche Verwaltungsverfahren, für Einsprache- und Rekursverfahren keinen Fristenstillstand vor (Alain Griffel: Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, Zürich 2014, N 18 zu § 11 ZH-VRG). Das bernische Gesetz kennt gar keinen Fristenstillstand, keine Gerichtsferien (Ruth Herzog/Michael Daum: Kommentar zum Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege im Kanton Bern, Bern 2020, N 8 zu Art.41 BE-VRPG). Art. 30 Abs. 2 lit. a SG-VRP (sGS 951.1) bestimmt, dass die Gerichtsferien im Verfahren vor den Verwaltungsbehörden nicht gelten. Wäre der Beschluss des Gemeinderats formgerecht am 23. Dezember 2019 eröffnet worden, wäre die Beschwerde am 10. Januar 2020 tatsächlich verspätet gewesen.

Ein Wiedereinsetzungsgrund gemäss § 10^{bis} VRG lag nicht vor, haben doch Anwälte und Anwältinnen ihre Kanzlei so zu organisieren, dass Fristen auch in ihrer Abwesenheit und im Verhinderungsfall gewahrt werden können. Im vorliegenden Fall sind drei Anwälte und eine Anwältin in der Kanzlei tätig, so dass die vorgebrachten persönlichen Gründe für eine Wiedereinsetzung nicht gereicht hätten. Es müsste der Nachweis erbracht sein, dass der Zustand des Anwalts selbst die Bestellung eines Stellvertreters und die Benachrichtigung der Klientenschaft verhindert hat (Alain Griffel, a.a.O., N 41 ff. zu § 12 ZH-VRG; Herzog/Daum, a.a.O., N 16 ff. zu Art. 43 BE-VRPG). Dies war hier nicht der Fall.

5. Die Beschwerde erweist sich somit als begründet, sie ist gutzuheissen. Der Regierungsratsbeschluss 2020/1719 ist aufzuheben. Die Rückweisung an die Gemeinde zur formell korrekten Eröffnung ihres Beschlusses würde allerdings einem prozessualen Leerlauf gleichkommen, weshalb die Angelegenheit an den Regierungsrat zur materiellen Behandlung der Planbeschwerde zurückzuweisen ist. Die Beschwerdeführer verlieren damit keine Beschwerdeinstanz und an der Begründung des abschlägigen Gemeinderatsbescheids vom Dezember 2019 dürfte sich nichts geändert haben.

6.1 Nach § 77 VRG werden den am verwaltungsgerichtlichen Beschwerdeverfahren beteiligten Behörden in der Regel keine Verfahrenskosten auferlegt und keine Parteientschädigungen zugesprochen. Damit die Kosten und eine Parteientschädigung dem Gemeinwesen überbunden werden können, braucht es besondere Umstände, insbesondere, wenn die Behörde einen krassen Fehlentscheid in besonderer Weise zu verantworten hat, zum Beispiel bei einer Verletzung des rechtlichen Gehörs oder bei einem willkürlichen Entscheid (vgl. SOG 2010 Nr. 20 E. 7, S. 160). Nach dem Gesagten liegt

hier ein solcher Fall vor. Die Eröffnung des Entscheids erfolgte krass fehlerhaft und widerspricht – indem sie bei einer 10-tägigen Rechtsmittelfrist am 20. Dezember 2019 erfolgte – dem Grundsatz des fairen Verhaltens im Verfahren (vgl. Art. 2 ZGB), an den sich auch die Behörden zu halten haben. Der Gemeinde sind deshalb in Anwendung von Art. 106 Zivilprozessordnung (ZPO, SR 272) die Kosten zu überbinden. Zudem hat sie die Beschwerdeführer zu entschädigen. Die Kosten des Verfahrens vor Verwaltungsgericht sind auf CHF 500.00 festzusetzen.

6.2 Das Honorar, das der Vertreter der Beschwerdeführer fakturiert, erscheint als über-
 setzt und der Komplexität der sich stellenden Rechtsfragen nicht angemessen. Er macht
 über 19 Stunden Arbeit geltend für eine neunseitige Beschwerde, die sich massgeblich
 mit der mangelhaften Eröffnung auseinandersetzen hatte. Soweit sich die Be-
 schwerde materiell zur eigentlich angefochtenen Planung äussert, war von vornherein
 nicht auf die entsprechenden Rügen einzutreten. 18 Stunden und 20 Minuten werden
 allein für die Ausfertigung der begründeten Beschwerde in Rechnung gestellt. Prozess-
 gegenstand war einzig die Frage, ob der Beschluss der Gemeinde rechtsgenügend er-
 öffnet respektive die Beschwerde verspätet war. Zudem ist die (nicht belegte) Kleinspe-
 senpauschale unbeachtlich. Der Arbeitsaufwand ist pauschal um die Hälfte zu kürzen
 und ein Auslagenersatz von CHF 100.00 zuzusprechen. Es resultiert ein Betrag von
 CHF 2'687.10 (9.58h à CHF 250.00 zuzügl. CHF 100.00 Auslagen und Mehrwertsteuer
 à CHF 192.10).

Demnach wird **erkannt**:

1. Die Beschwerde wird gutgeheissen: Der Regierungsratsbeschluss 2020/1719 vom 1. Dezember 2020 wird aufgehoben und die Sache im Sinne der Erwägungen zur materiellen Behandlung an den Regierungsrat zurückgewiesen.
2. Die Einwohnergemeinde D.____ hat die Kosten des Verfahrens vor Verwaltungsgericht von CHF 500.00 zu bezahlen.
3. Die Einwohnergemeinde D.____ hat den Beschwerdeführern eine Parteientschädigung von insgesamt CHF 2'687.10 (inkl. Auslagen und MWST) 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

Der Gerichtsschreiber

Scherrer Reber

Schaad