

nologie<sup>8</sup> zu berücksichtigen. Die materiellen Immissionen von Mobilfunkantennen sind bereits über die Umweltschutzgesetzgebung abschliessend geregelt. Es fragt sich damit, ob bzw. inwiefern ideellen Immissionen rechtlich Rechnung

getragen werden soll, wenn diese letztlich in der Angst gründen, dass die materiellen Immissionen unzulänglich geregelt seien.<sup>9</sup>

<sup>8</sup> Ausführlich zum Mobilfunkstandard 5G BGER 1C\_100/2021 vom 14. Februar 2023 E. 4 ff.

<sup>9</sup> In diese Richtung wohl auch B. WALDMANN, Der Schutz vor ideellen Immissionen in Wohngebieten – eine kritische Würdigung, in: BR 2005, S. 162.

## Suspensiv bedingte Baubewilligungen müssen vor Bundesgericht nicht umgehend angefochten werden

Das Bundesgericht hält in Konkretisierung seiner Rechtsprechung fest, dass Baubewilligungen, die vor Baubeginn zu erfüllende Auflagen aufweisen (in der Terminologie des Bundesgerichts «suspensiv bedingte Baubewilligungen»), grundsätzlich keine Endentscheide im Sinne von Art. 90 BGG darstellen, sondern als formale Zwischenentscheide im Sinne von Art. 93 Abs. 3 BGG durch Beschwerde gegen den Endentscheid anfechtbar sind. Verfahrensbeteiligte Dritte riskieren somit nicht den Verlust der Beschwerdemöglichkeit, wenn sie solche Entscheide nicht umgehend nach ihrem Ergehen anfechten.

*Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral confirme et concrétise sa jurisprudence: il retient que les permis de construire qui comportent des charges à remplir avant le début des travaux (dans la terminologie du Tribunal fédéral, «permis de construire avec condition suspensive») ne constituent en principe pas des décisions finales au sens de l'art. 90 LTF, mais sont des décisions incidentes au sens de l'art. 93 al. 3 LTF qui peuvent être attaquées lors d'un recours contre la décision finale. Les tiers parties à la procédure ne risquent donc pas de perdre la possibilité de recourir s'ils ne contestent pas immédiatement ces décisions.*

Urteil des Bundesgerichts vom 12. April 2023 (1C\_203/2022; zur amtlichen Publikation bestimmt)

**Alexander Rey**, lic. iur., Rechtsanwalt, Fachanwalt SAV  
Bau- und Immobilienrecht, Baden  
**David Hofstetter**, Dr. iur., Rechtsanwalt, Baden

tels einer Nebenbestimmung erfasst und deren Erfüllung im Rahmen des Auflagenbereinigerungsverfahrens zu prüfen sei. Auch in anderen – hier nicht interessierenden – Punkten war die Rechtmässigkeit des Bauvorhabens umstritten. Die Beschwerdeführerin gelangte entsprechend der angeführten Rechtsmittelbelehrung ans Bundesgericht und verlangte die Aufhebung der vorinstanzlichen Entscheide.

### Der Fall

**(326)** Zu beurteilen war ein Ersatzneubau eines Wohnhauses in der Stadt Zürich. Die städtische Bausektion ordnete in Anwendung von § 321 Abs. 1 PBG ZH an, dass vor Baubeginn dem Amt für Baubewilligungen Pläne über die Erfüllung der Auflagen betreffend den Nachweis von zwei Abstellplätzen für Autos und für Velos einzureichen und bewilligen zu lassen seien. Zudem ordnete es an, dass dem Amt – ebenfalls vor Baubeginn – ein in verschiedener Hinsicht ergänzter Umgebungsplan zur Bewilligung einzureichen sei. Der Beschwerdeführerin, Eigentümerin einer Nachbarparzelle, die darin eine Verletzung des Grundsatzes der Einheit des Bauentscheides (und von § 321 Abs. 1 PBG ZH) erblickte, beschied das Verwaltungsgericht Zürich, es handle sich um unwesentliche Projektänderungen, die mit-

### Der Entscheid

Das Bundesgericht tritt auf die Beschwerde gegen den Entscheid des Verwaltungsgerichts nicht ein. Bei den von der Baubewilligungsbehörde angeordneten, vor Baubeginn zu erfüllenden «Auflagen» (Nachweis Abstellplätze und Umgebungsplanung) handle es sich um aufschiebende Bedingungen. Derartige Bedingungen führen dazu, dass das Baubewilligungsverfahren als noch nicht abgeschlossen gilt, sofern die Formulierung der Auflagen einen Spielraum für ihre Umsetzung belässt. Diesfalls könne die Baubewilligungsbehörde die Einhaltung der Nebenbestimmung erst gestützt auf

entsprechend überarbeitete Pläne beurteilen, d.h., diese Beurteilung wurde nicht schon im Rechtsmittelentscheid vorweggenommen. Dies sei vorliegend der Fall: Bei der Umsetzung der massgebenden Vorschriften zur Umgebungsgestaltung und insbesondere zur Parkierung bestehe ein Spielraum<sup>1</sup>.

Das Bundesgericht verweist sodann auf eine Reihe von Entscheiden, in denen es trotz vor Baubeginn zu erfüllenden Nebenbestimmungen in Bauentscheiden ausdrücklich oder stillschweigend von einem Endentscheid ausgegangen ist, allerdings ohne die dargelegten Voraussetzungen für die Anwendung von Art. 90 BGG zu erörtern<sup>2</sup>. Stattdessen habe es sich in diesen Entscheiden im Rahmen der materiellen Begründung mit der Frage auseinandergesetzt, ob das bundesrechtliche Koordinationsgebot von Art. 25a RPG (SR 700) missachtet oder kantonale Normen betreffend die Möglichkeit, eine Bewilligung mit Nebenbestimmungen zu verknüpfen, in willkürlicher Weise angewendet worden waren<sup>3</sup>.

Unbesehen der Frage, ob nachgelagerte Verfahren im Lichte von Art. 25a RPG und dem kantonalen Recht zulässig sind, sei indessen zunächst zu prüfen, ob überhaupt ein nach Art. 90 ff. BGG vor Bundesgericht anfechtbarer Entscheid vorliege. Das Bundesgericht stellt klar, dass von einem Zwischenentscheid auszugehen ist, wenn bei der Umsetzung der Nebenbestimmung ein Spielraum besteht und trotz nomineller Erteilung einer «Baubewilligung» gar noch nicht gebaut werden dürfe<sup>4</sup>.

Mit Blick auf die von den Autoren<sup>5</sup> vorgebrachte Kritik, dass häufig unklar sei, ob eine Auflage der Bauherrschaft einen Gestaltungsspielraum bzw. der Baubewilligungsbehörde einen Entscheidungsspielraum belasse und verfahrensbeteiligte Dritte daher in jedem nicht eindeutigen Fall den Gang ans Bundesgericht auf sich nehmen müssten, hat das Bundesgericht seine Rechtsprechung konkretisiert. Zwar qualifiziere das Bundesgericht Rückweisungsentscheide, die der unteren Instanz keinen Entscheidungsspielraum mehr belassen, hinsichtlich ihrer Anfechtbarkeit als (Quasi-)Endentscheide, obwohl sie formal Zwischenentscheide darstellen. *Jedoch riskierten die Verfahrensbeteiligten nicht den Verlust der Beschwerdemöglichkeit, wenn sie solche Entscheide nicht sofort anfechten. Denn wird von dieser Möglichkeit kein Gebrauch gemacht, seien die betreffenden Zwischenentscheide praxisgemäss in Anwendung von Art. 93 Abs. 3 BGG durch Beschwerde gegen den Endentscheid anfechtbar. Die Beantwortung der Frage, ob ein formal nicht verfahrensabschliessender, kantonal letztinstanzlicher Entscheid einen (Gestaltungs- bzw. Entscheid-)Spielraum belässt, verliere somit insofern an Bedeutung, als beim Zuwarten mit der Erhebung einer Beschwerde ans Bundesgericht kein Rechtsverlust droht<sup>6</sup>.*

Im konkret zu beurteilenden Fall ging das Bundesgericht somit von einem formalen Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG aus. Auf die Beschwerde trat es nicht ein, weil die Beschwerdeführerin nicht geltend machte, die eng auszulegenden Voraussetzungen für die Zulässigkeit der Anfechtung von Zwischenentscheiden im Sinn von Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG seien erfüllt, und erklärte, die Beschwerdeführerin könne die kantonal letztinstanzlichen Entscheide vor Bundesgericht anfechten, wenn und sobald die von der Bauherrschaft nachzureichenden Pläne genehmigt worden sind. Sollte ihr der betreffende Entscheid nicht eröffnet werden, beginne die Rechtsmittelfrist für sie erst zu laufen, wenn sie tatsächlich von der Genehmigung Kenntnis erhalte<sup>7</sup>.

## Die Anmerkungen

1. Die Kritik der Autoren an der bundesgerichtlichen Rechtsprechung über suspensiv bedingte Baubewilligungen (also Bewilligungen, die mit vor Baubeginn zu bereinigenden Auflagen versehen sind), war begründet einerseits in der Problematik der unterschiedlichen Einstufung und Behandlung dieser auflagenbewehrten Baubewilligungen durch das Bundesgericht und durch die kantonalen Rechtsmittelinstanzen, und andererseits in der faktischen Entwertung des Instruments der Auflage zur Behebung untergeordneter Mängel eines Baugesuchs<sup>8</sup>. Während die Autoren in ihrem Beitrag Auflagen im eigentlichen Sinne im Blick hatten, verwendet das Bundesgericht den Terminus der Nebenbestimmungen<sup>9</sup>. Unter den Begriff der Nebenbestimmungen fällt nach gängiger Terminologie nicht nur die Auflage, sondern auch die Bedingung und die Befristung<sup>10</sup>. Unseres Erachtens ist fraglich, ob der Terminus der Nebenbestimmungen vorliegend angezeigt ist. Erforderlich ist jedenfalls, dass die Prüfung der Nebenbestimmung ein nachgelagertes Genehmigungsverfahren<sup>11</sup> der Baubewilligungsbehörde nach sich zieht, in welches der verfahrensbeteiligte Dritte einbezogen werden muss. Nicht jede Nebenbestimmung in einer Baubewilligung zieht jedoch ein nachgelagertes Genehmigungsverfahren nach sich. Aus diesem Grund ist nachfolgend terminologisch weiterhin von Auflagen in Baubewilligungen die Rede, wobei nicht ausgeschlossen wird, dass auch andere Nebenbestimmungen dergestalt formuliert sein können, dass sie ein nachgelagertes Genehmigungsverfahren nach sich ziehen.

2. Diese Kritik hat das Bundesgericht dahingehend aufgenommen, als es festgehalten hat (E. 1.9), dass kantonal letztinstanzliche Entscheide über Baubewilligungen, die

<sup>1</sup> BGer 1C\_203/2022 vom 12. April 2023, E. 1.6.

<sup>2</sup> BGer 1C\_203/2022 vom 12. April 2023, E. 1.7 mit Hinweisen.

<sup>3</sup> BGer 1C\_203/2022 vom 12. April 2023, E. 1.7 mit Hinweisen.

<sup>4</sup> BGer 1C\_203/2022 vom 12. April 2023, E. 1.8.

<sup>5</sup> A. REY/D. HOFSTETTER, Die bundesgerichtliche Rechtsprechung zu suspensiv erteilten Baubewilligungen, BR 1/2023, S. 5 ff., 8.

<sup>6</sup> BGer 1C\_203/2022 vom 12. April 2023, E. 1.9.

<sup>7</sup> BGer 1C\_203/2022 vom 12. April 2023, E. 1.10.

<sup>8</sup> REY/HOFSTETTER (n. 5), S. 9. Zum Umgang mit mangelhaften Bauprojekten siehe auch: M. PLETSCHER, Mangelhaftes Bauprojekt, BR 2/2023, S. 86 ff.

<sup>9</sup> BGer 1C\_203/2022 vom 12. April 2023, E. 1.7, 1.8, 1.9.

<sup>10</sup> U. HÄFELIN/G. MÜLLER/F. UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl., Zürich/St. Gallen 2020, N 908 ff.

<sup>11</sup> Zum Begriff des nachgelagerten Verfahrens BGer 1C\_203/2022 vom 12. April 2023, E. 1.7, 1.8.

eine vor Baubeginn zu erfüllende Auflage enthalten, die dem Bauherrn und der Baubehörde *keinen relevanten Gestaltungs- und Beurteilungsspielraum belassen*, vom Bundesgericht nach wie vor als (Quasi-)Endentscheide eingestuft werden (und folglich aufentsprechende Beschwerden eingetreten werde), dass aber auch solche Entscheide formal Zwischenentscheide darstellen würden. Die Verfahrensbeteiligten riskieren folglich den Verlust der Beschwerdemöglichkeit nicht, wenn sie solche Entscheide nicht anfechten. Denn wird von dieser Möglichkeit kein Gebrauch gemacht, sind die betreffenden Zwischenentscheide praxisgemäss in Anwendung von Art. 93 Abs. 3 BGG durch Beschwerde gegen den Endentscheid anfechtbar. Dementsprechend ist der verfahrensbeteiligte Dritte nun gut beraten, einen kantonal letztinstanzlichen Entscheid über eine auflagenbewehrte Baubewilligung dem Bundesgericht erst zu unterbreiten, wenn auch über die vor Baubeginn zu erfüllenden Auflagen entschieden ist, andernfalls riskiert er einen kostenpflichtigen Nichteintretensentscheid – wenn das Bundesgericht zum Schluss kommt, die fragliche Auflage belasse einen Gestaltungs- bzw. Entscheidungsspielraum. Es ist zwar zu begrüssen, dass das Bundesgericht diese Rechtsunsicherheit geklärt hat und der verfahrensbeteiligte Dritte nicht mehr gezwungen ist, ans Bundesgericht zu gelangen, nur um die Frage zu klären, welcher Natur die verfügten Auflagen sind. Auf der anderen Seite wird dies dazu führen, dass Streitigkeiten über Bewilligungen mit vor Baubeginn zu bereinigenden Auflagen von den verfahrensbeteiligten Dritten grundsätzlich nicht mehr dem Bundesgericht unterbreitet werden, um nicht einen Nichteintretensentscheid zu riskieren. Der Dritte kann nun in jedem Fall erst nach dem Auflagenbereinigungsentscheid ans Bundesgericht gelangen, und zwar indem er entweder bloss den Entscheid über die Auflagen-erfüllung zunächst über die kantonalen Rechtsmittelinstanzen angreift oder aber die vorgängige Bewilligung (bzw. den kantonal letztinstanzlichen Zwischenentscheid darüber) dem Bundesgericht direkt zum Entscheid vorlegt<sup>12</sup>.

**3.** Nicht berücksichtigt hat das Bundesgericht hingegen die Befürchtung der Autoren, dass mit der Qualifikation von auflagenbewehrten Baubewilligungen als Zwischenentscheide das Instrument der Auflage im Baubewilligungsverfahren grundsätzlich in Frage gestellt ist. Im Gegenteil: Mit der nun erfolgten Klarstellung hat es den Sinn solcher Auflagen in allen Verfahren, an denen Dritte (insbesondere Nachbarn) beteiligt sind, grundsätzlich in Frage gestellt.

Auflagen, etwa betreffend die Anpassung des Umgebungsplans, des Material- und Farbkonzepts, der geringfügigen Reduktion der Ausmasse etc.<sup>13</sup> dienen dazu, geringfügige Mängel des Bauprojekts aufsichtsrechtlich bzw. administrativ zu bereinigen. Der Bauherr reicht die zusätzlichen oder konkretisierten Unterlagen der Baubehörde ein und diese (oder die Bauverwaltung) prüft und genehmigt diese nachgereichten Unterlagen, ohne allfällige verfahrensbeteiligte Dritte einzubeziehen.

In den meisten Fällen erfolgte bislang kein anfechtbarer Entscheid über die Auflagenbereinigung. Weil die Auflagenbereinigung nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts in jedem Fall unter Beteiligung allfälliger Dritter und als anfechtbarer Entscheid zu erfolgen hat (E. 1.10) und der verfahrensbeteiligte Dritte in jedem Fall (auch bei Auflagen, die keinen Gestaltungs- oder Beurteilungsspielraum eröffnen) mit dem Gang ans Bundesgericht bis zum Entscheid über die Auflagenbereinigung zuwarten kann, machen derartige Auflagen für den Bauherrn keinen Sinn mehr. Der Zweck, wonach gewisse Unterlagen erst nach rechtskräftiger Erteilung der Baubewilligung ausgearbeitet und eingereicht werden mussten, lag insbesondere darin, dem Bauherrn unnötigen Aufwand zu ersparen – gerade für den Fall, dass die Baubewilligung angefochten wird. Dieser Zweck kann nicht mehr erreicht werden. Die Bauherrschaft bleibt bis zur Rechtskraft des Auflagenbereinigungsentscheides im Ungewissen, ob gegen die Bewilligung vorgegangen wird oder nicht. Es ist davon auszugehen, dass diese Vorgehensweise zu einer Verlängerung des Verfahrens führt.

Damit wird das auf dem verfassungsmässigen Verhältnismässigkeitsgrundsatz beruhende Instrument der Auflage<sup>14</sup> bei Baubewilligungen vom Bundesgericht über die Anwendung des Verfahrensrechts faktisch eliminiert. Nach dem Entscheid 1C\_203/2022 machen auch Auflagen, die dem Bauherrn bzw. der Baubehörde keinen Spielraum mehr einräumen, keinen Sinn mehr, sobald Dritte am Verfahren beteiligt sind. Vielmehr ist in solchen Fällen stets darauf zu achten, allfällige Mängel oder Unvollständigkeiten des Bauprojekts noch im Baubewilligungsverfahren zu bereinigen, so dass ein auflagenfreier (soweit vor Baubeginn zu erfüllende Auflagen betroffen sind) Baubewilligungsentscheid ergehen kann. Baubewilligungsverfahren werden dementsprechend langwieriger, da Projektergänzungsunterlagen den verfahrensbeteiligten Dritten jeweils zur Kenntnisnahme und allfälligen Stellungnahme zu unterbreiten sind. Das steht im Kontrast zu den Bemühungen, Baubewilligungsverfahren zu beschleunigen.

**4.** Bestehen bleiben (und verschärft werden) durch den Entscheid 1C\_203/2022 zudem die Unsicherheiten, die dadurch entstehen, dass kantonale Beschwerdebehörden und Verwaltungsgerichte mutmasslich auch weiterhin auf Beschwerden gegen sog. suspensiv bedingte Baubewilligungen eintreten werden. Nicht alle Kantone nehmen die Trennung zwischen Zwischen- und Endentscheiden gestützt auf das BGG vor (vgl. aber etwa § 19a VRG Zürich<sup>15</sup>). So tritt das Verwaltungsgericht des Kantons Aargau auch auf Beschwerden gegen suspensiv bedingte Baubewilligungen ein<sup>16</sup>. Es steht den verfahrensbeteiligten Dritten nicht frei, mit der innerkantonalen Anfechtung einer suspensiv bedingten Baubewilligung bis zum Erlass des Auflagenbereinigungsentscheids zuzuwarten, ohne zu riskieren, die Anfechtungsmöglichkeit

<sup>12</sup> BGer 1C\_302/2017 vom 6. Februar 2018, E. 1.9; 1C\_407/2008 vom 25. Mai 2009, E. 1.3.1.

<sup>13</sup> Dazu im Detail PLETSCHER (n. 8), S. 89 ff.

<sup>14</sup> PLETSCHER (n. 8), S. 87 f.

<sup>15</sup> REY/HOFSTETTER (n. 5), S. 7.

<sup>16</sup> REY/HOFSTETTER (n. 5), S. 7.

gegen die Baubewilligung zu verlieren. Demnach muss (und kann) innerkantonale Instanzenzüge sowohl für die Baubewilligung als auch für den Auflagenbereinigungsentscheid durchlaufen werden, sofern auch der Inhalt des Auflagenbereinigungsentscheids umstritten ist. Das führt zu doppel-

spürigen Verfahren über ein und dieselbe Bewilligung, wobei auch die Problematik der beschränkten Geltungsdauer einer Baubewilligung zu klären wäre, falls die Baubewilligung an sich rechtskräftig ist, nicht aber der Entscheid über die Auflagenbereinigung.

## Arrêt du Tribunal fédéral: non-respect des normes de sécurité, sur un chantier, constitutif de lésions corporelles par négligence

Le présent arrêt rappelle la jurisprudence relative à l'art. 125 CP, dans le contexte de travaux de construction (respect du devoir de prudence de l'employeur et rupture du lien de causalité).

*Dieses Urteil ruft die Rechtsprechung in Erinnerung, die zu Art. 125 StGB im Zusammenhang mit Bauarbeiten ergangen ist (Einhaltung der Sorgfaltspflicht des Arbeitgebers und Unterbrechung des Kausalzusammenhangs).*

Arrêt du Tribunal fédéral du 28 novembre 2022 (6B\_375/2022)

**Bertrand Perrin**, professeur à l'Université de Fribourg

### L'arrêt

### Les faits

(327) B. exploite en raison individuelle une entreprise de maçonnerie. A. a été placé chez lui comme manœuvre par une société de location de services.

Alors que A. travaillait à l'intérieur d'un bâtiment, une pièce de son outil s'est détachée, puis est tombée au sol, à l'extérieur, par l'embrasement d'une porte-fenêtre. Pour la récupérer, A. a décidé de passer par une ouverture à l'extérieur de laquelle se trouvait un échafaudage roulant. Au moment où ses pieds ont pris appui sur le plateau de ce dernier, il a empoigné, avec ses deux mains, la barre transversale du sommet de l'échafaudage, qui a basculé. A. a chuté et souffre désormais d'une tétraplégie incomplète.

L'échafaudage avait été monté la veille de l'accident par le fils de B. et l'un de ses ouvriers. Cette structure mobile n'a pas été installée pour les besoins des travaux effectués à l'intérieur du bâtiment ou comme voie d'accès. Elle devait servir de plateforme pour la réalisation, depuis l'extérieur, des coffrages au bord des fenêtres.

Le 28 novembre 2019, le juge du district de l'Entremont a reconnu B. coupable de lésions corporelles graves par négligence. Par jugement du 11 février 2022, la Cour pénale II du Tribunal cantonal valaisan l'a acquitté de ce chef d'accusation. A. a formé un recours en matière pénale au Tribunal fédéral, qui a été admis en ce qui concerne la culpabilité de B.

Le Tribunal fédéral rappelle sa jurisprudence en matière de lésions corporelles par négligence (cons. 3.1.1). Pour que l'infraction sanctionnée par l'art. 125 CP soit réalisée, il faut :

- une *négligence*,
- une *atteinte à l'intégrité physique* et
- un *lien de causalité* entre ces deux éléments.

La négligence est une *imprévoyance coupable* (art. 12 al. 3 CP). Il faut, d'une part, que l'auteur ait violé les règles de prudence que les circonstances lui imposaient pour ne pas excéder les limites du risque admissible et que, d'autre part, il n'ait pas déployé l'attention et les efforts que l'on pouvait attendre de lui pour se conformer à son devoir. Pour déterminer plus précisément le contenu du devoir de prudence, le juge peut se référer à des *normes édictées par l'ordre juridique pour assurer la sécurité et éviter les accidents*.

L'infraction est en général réalisée par l'adoption d'un *comportement actif*. Mais, un *comportement passif* (commission par omission ou omission improprement dite) peut également être sanctionné si les conditions fixées par l'art. 11 CP sont réalisées. L'auteur doit alors se trouver dans une *position de garant*, qui lui impose un devoir de protection ou de surveillance.

Le lien de causalité entre le comportement de l'auteur et le résultat de l'infraction – l'atteinte à l'intégrité physique –