

Baurecht

Zeitschrift für Baurecht und Vergabewesen

Droit de la construction

Revue du droit de la construction et des marchés publics

2/2025

Loi sur les résidences secondaires : nouveau régime des « logements de l'ancien droit » – ce qui est certain et ce qui l'est moins

Jean-Baptiste Zufferey

Der Sachschaden 2.0 – ein neuer, rechtsgutorientierter Sachschadenbegriff

Franziska Raaflaub

Revision der SIA-LHO: Gerichtliche Durchsetzbarkeit von Honorarforderungen – kein Thema?

Thomas Siegenthaler

Plans d'affectation valant permis de construire

Yasmine Sözerman

**Rechtsprechung zum öffentlichen Recht –
Jurisprudence en droit public**

Jurisprudence / Rechtsprechung

Bischof / Bodevin / Brahier / Dubey / Gossweiler /
Grisel Rapin / Kaufmann / Kraemer / A. Stöckli /
Waldmann / Zufferey



Institut für Schweizerisches und Internationales Baurecht
Institut pour le droit suisse et international de la construction
Universität Freiburg – Université de Fribourg

Schulthess §



Aus vier mach eins

Bekanntlich revidiert der SIA derzeit seine Leistungs- und Honorarordnungen; die Entwürfe («E-LHO») waren bis Ende Februar dieses Jahres in der Vernehmlassung. Die laufende Revision ist beachtlich. Erstens beschlägt sie bedeutende Vertragsnormen, die in der Schweizer Planerbranche eifrig verwendet werden. Und zweitens ist die Revision auf einen massiven Umbau der bestehenden Ordnungen ausgerichtet, was sich an einer neuen Struktur und an der eindrücklichen Anzahl neuer Regelungen ablesen lässt. Dass die «Allgemeinen Vertragsbedingungen» in den verschiedenen E-LHO nicht länger in Artikel 1 anzutreffen sind, sondern neu in Artikel 8 und damit am Schluss der LHO angesiedelt wurden, ist eine Neuerung, welche die Struktur betrifft, mir aber kein Kopfzerbrechen bereitet. Schon eher Sorgen kann man sich darüber machen, dass die Artikel 1 und 2 als Bestandteile der LHO deklariert werden, in denen die Umschreibung von Funktionen und Tätigkeiten lediglich «orientierungshalber» erfolgt. Augenscheinlich ist der Inhalt der beiden Artikel also nicht als Vertragsinhalt gedacht, sondern hat einen anderen, einen edukativen Zweck. Zur Illustration eine der Sentenzen, die sich im E-LHO 102 findet: «Die Bauleitung leitet, koordiniert und beaufsichtigt die Arbeiten auf der Baustelle hinsichtlich Qualität, Termine und Kosten im Rahmen der ihr erteilten Kompetenzen und Verantwortung. Die Bauleitung konzentriert ihre Kontrollen während der Bauausführung auf wesentliche Punkte.» Das ist nach meinem Dafürhalten eine so komplette (wenn auch etwas globale) Umschreibung der Aufgaben, der sich eine Bauleitung gemeinhin annimmt, dass die Passage als Vertragsabrede durchaus geeignet wäre, dies aber nur deshalb nicht ist (sein soll), weil die Ordnung das so deklariert: «orientierungshalber», also nicht etwa ernst gemeint. Derartige Orientierungen gehören allenfalls in ein Merkblatt, in eine Verständigungsnorm, auf eine Website, in ein Handbuch – aber möglichst nicht in einen Vertrag, der die klare Verständigung zwischen den daran beteiligten Parteien begünstigen und nicht verwedeln soll, was jetzt eigentlich gilt.

Was noch? Reden wir nicht von Artikel 3, zu dem sich dem Vernehmen nach ein Konsens darüber herausbildet, dass die dort geregelten «Grundanforderungen an Kalkulationshilfen» in einem Vertrag zwischen einem Auftraggeber und seiner Planerin schlicht nichts verloren haben und der Artikel deshalb zu streichen ist. Also weiter zu Artikel 4. Er enthält – nach wie vor – den «Leistungsbeschrieb» in Form einer detaillierten Auflistung von Tätigkeiten, die sich einer Planerin so übertragen lassen. Die Leistungsbeschriebe wurden in einer grossen Anstrengung der beteiligten Fachkommissionen weitestgehend vereinheitlicht, was vorab für die wichtigen E-LHO 102 (Architektur) und 103 (Bauingenieurwesen) gilt. Die Abweichungen zwischen diesen beiden Ordnungen sind zu meiner nicht geringen Überraschung minim, auch wenn es sich natürlich unverändert so verhält, dass Architektinnen nicht das Gleiche tun wie Ingenieure. Aber wie minim sind diese Abweichungen? Versuchen wir uns an Zahlen: Die beiden Artikel 4 weisen – nach meiner etwas kruden, aber gleichwohl belastbaren Zählung – 136 786 (E-LHO 102) bzw. 137 099 (E-LHO 103) Zeichen (mit Leerzeichen) auf, haben also ungefähr den gleichen Umfang. Doch nicht dies ist mein Punkt. Aufschlussreicher sind nämlich die Abweichungen, die in den Vernehmlassungsvorlagen hilfreicherweise in roter Farbe abgedruckt sind. Sie belaufen sich für den E-LHO 102 auf 873 und den E-LHO 103 auf 1643 Zeichen. Das ist nicht gerade viel, zumal die Zahl für den E-LHO 103 auch solche Abweichungen enthält, die inhaltlich noch immer eine genaue Entsprechung im E-LHO 102 finden, nur einfach einer eigenen Funktion (der dem E-SIA 103 offensichtlich teuren «Oberbauleitung») zugewiesen werden. Doch selbst wenn ich diesen Effekt vernachlässige, betragen die Abweichungen insgesamt 9%, was nicht nur nicht viel, sondern sehr wenig ist, so dass man sich fragen muss, wozu es für fast Identisches mehrere LHO braucht. Die Entwürfe (zu denen auch die E-LHO 105 und 108 gehören) sind – gerade auch in ihren Artikeln 4 – in einem so hohen Masse deckungsgleich, dass es keinen Grund mehr gibt, weiterhin mit mehreren LHO-Vertragsnormen zu operieren. Eine reichte aus. Finden Sie nicht auch?

Hubert Stöckli

BR/DC

Zeitschrift für Baurecht und Vergabewesen
Revue du droit de la construction et des marchés publics

April 2025/avril 2025

Herausgegeben vom Institut für Schweizerisches und Internationales Baurecht der Universität Freiburg, im Auftrag der Stiftung für Schweizerisches Baurecht/Édité par l'Institut pour le droit suisse et international de la construction de l'Université de Fribourg, sur mandat de la Fondation pour le droit suisse de la construction. <www.unifr.ch/ius/baurecht>/<www.unifr.ch/ius/droitconstruction>

Erscheinungsweise: 6 Printausgaben jährlich + Online-Zugang (inkl. E-Paper)

Parution: 6 numéros imprimés par an + l'accès en ligne (incl. E-paper)

Bezugsbedingungen: CHF 158.00 (für Studierende CHF 108.00), jeweils inkl. MwSt., zzgl. Versandkosten (CHF 10.00)

Conditions d'abonnement: CHF 158.00 (pour les étudiants CHF 108.00) TVA comprise, frais d'envoi en sus (CHF 10.00)

ISSN 1017-0588

Redaktion/Rédaction: Prof. J.-B. Zufferey (jbz); Prof. H. Stöckli (hs); Prof. M. Beyeler (mb); Prof. J. Dubey (jd); Prof. P. Pichonnaz (pp); Prof. P. Rey (par); Prof. B. Waldmann (bw); P. Vondrasek, MLaw (pv).

Redaktionssekretariat/Secrétariat de rédaction: Institut für Baurecht, Universität Freiburg, Avenue Beauregard 13, 1700 Freiburg, Tel. +41 (0)26 300 80 40, E-Mail: baurecht@unifr.ch

Kundenservice und Verlag/Service clientèle et Maison d'édition: Schulthess Juristische Medien AG, Zwingliplatz 2, Postfach 2218, CH-8021 Zürich, Tel. +41 (0)44 200 29 29, Fax +41 (0)44 200 29 28, service@schulthess.com, <www.schulthess.com>

Informationen zur Produktsicherheit / Informations sur la sécurité des produits: www.schulthess.com/produktsicherheit

Auf einen Blick/En bref

57 Öffentliches Recht / Droit public

Loi sur les résidences secondaires : nouveau régime des «logements de l'ancien droit» – ce qui est certain et ce qui l'est moins

Jean-Baptiste Zufferey

Depuis le 1^{er} octobre 2024, l'art. 11 al. 2 de la loi fédérale sur les résidences secondaires relatifs aux logements de l'ancien droit permet de cumuler démolition/reconstruction et agrandissement. Il autorise aussi les «bâtiments supplémentaires»; le présent article examine quel sens donner à ce qualificatif.

Seit dem 1. Oktober 2024 ist es nach Art. 11 Abs. 2 des Zweitwohnungsgesetzes (ZWG) hinsichtlich altrechtlicher Wohnungen zulässig, Abbruch und Wiederaufbau mit der (begrenzten) Erweiterung der Hauptnutzfläche zu kombinieren. Zulässig ist (in begrenztem Rahmen) neu auch die Schaffung zusätzlicher Wohnungen und Gebäude. Dieser Artikel untersucht, was die neuen Regeln bedeuten.

63 Privatrecht / Droit privé

Der Sachschaden 2.0 – ein neuer, rechtsgutorientierter Sachschadenbegriff

Franziska Raaflaub

Sachschaden entsteht infolge Zerstörung, Beschädigung oder Verlusts einer Sache. Traditionell sind damit Beeinträchtigungen der Sachsubstanz gemeint, wobei diese begriffliche Einschränkung zunehmend in Frage gestellt wird. Die Tendenz geht dahin, auch Funktionsbeeinträchtigungen anzuerkennen und damit den Sachschadenbegriff auf Beeinträchtigungen des bestimmungsgemässen Gebrauchs einer Sache auszuweiten. Eine Ausweitung müsste jedoch anhand des verletzten Rechtsguts – des Eigentums und des Besitzes – erfolgen.

Les dommages matériels résultent de la destruction, de la détérioration ou de la perte d'une chose. Traditionnellement, il s'agit d'une atteinte à la substance de la chose, mais cette conception limitée est de plus en plus remise en question. La tendance est de reconnaître également les atteintes fonctionnelles et ainsi d'élargir la notion de dommage matériel aux atteintes à l'utilisation d'une chose conformément à sa destination. Une extension du concept devrait plutôt être opérée en fonction du bien juridique lésé, à savoir la propriété et la possession.

67 Privatrecht / Droit privé

Revision der SIA-LHO: Gerichtliche Durchsetzbarkeit von Honorarforderungen – kein Thema?

Thomas Siegenthaler

Wie ihr Name besagt, bilden die Leistungs- und Honorarordnungen (LHO) des SIA die vertragliche Grundlage für Ansprüche des Auftraggebers auf Leistungen einerseits und Ansprüche der beauftragten Planer auf Honorare andererseits. Es ist ein zentraler Zweck dieser Leistungs- und Honorarordnungen, im Streitfall die gerichtliche Durchsetzung dieser Ansprüche zu ermöglichen. Die Leistungs- und Honorarordnungen sollten daher Regeln enthalten, welche auf die zivilprozessuale Realität abgestimmt sind. In den Anfang Dezember 2024 publizierten Vernehmlassungsvorlagen zu den revidierten LHO findet sich aber kaum etwas dazu – ob schon es Lösungsansätze gäbe.

Comme leur nom l'indique, les Règlements de la SIA concernant les prestations et les honoraires (RPH) servent de base contractuelle pour clarifier, d'une part, les prestations qu'attend le mandant et, d'autre part, les prétentions des mandataires en matière d'honoraires. L'un des principaux objectifs de ces règlements est d'offrir, en cas de litige, un fondement qui permette de faire valoir ces droits devant les tribunaux; ils devraient donc inclure des règles en adéquation avec la réalité de la procédure civile. Or, les projets de révision des RPH, mis en consultation en décembre dernier, apportent peu de précisions à ce sujet, bien que des solutions existent.

72 Öffentliches Recht / Droit public

Plans d'affectation valant permis de construire

Yasmine Sözerman

Plusieurs cantons se sont récemment dotés de l'instrument du plan d'affectation valant permis de construire ou d'outils similaires. Dans certains cas, il permet d'éviter qu'un même projet doive faire l'objet dans un premier temps, d'une procédure de plan d'affectation et, dans un second temps, d'une procédure de permis de construire avec des possibilités d'opposition et de recours à chaque stade. Si cet outil représente une économie de procédure, il comporte néanmoins certains risques.

Mehrere Kantone haben in jüngerer Zeit entschieden, schon Nutzungspläne als Baubewilligungen gelten zu lassen oder sie in ähnlicher Funktion einzusetzen. In gewissen Fällen kann damit vermieden werden, dass ein und dasselbe Projekt zunächst einem Nutzungsplanverfahren und anschliessend einem Baubewilligungsverfahren unterzogen werden muss, in denen die diesen Verfahren je eigenen Einsprache- und Rekursmöglichkeiten bestehen. Obwohl dieses Instrument mit verfahrensökonomischen Vorteilen verbunden ist, birgt es dennoch gewisse Risiken.

76 Öffentliches Recht / Droit public

Weitere Entscheide/Autres arrêts

- 76 Raumplanung / Aménagement du territoire
- 82 Baubewilligung / Autorisation de construire
- 87 Baupolizei / Police des constructions
- 88 Erschliessung / Équipement
- 88 Zweitwohnungen / Résidences secondaires
- 89 Natur- und Heimatschutz / Protection de la nature et du patrimoine
- 91 Naturgefahren / Dangers naturels
- 92 Umweltschutz / Protection de l'environnement
- 97 Wald / Forêt
- 98 Gewässer / Eaux
- 98 Materielle Enteignung / Expropriation matérielle
- 100 Formelle Enteignung / Expropriation formelle
- 101 Enteignung der Nachbarrechte / Expropriation des droits du voisinage
- 103 Infrastrukturprojekte / Projets d'infrastructure

14. Infrastrukturprojekte / Projets d'infrastructure (ib/rk)

Fussgängerpasserelle beim Pfynwald (*Passerelle piétonne touchant au bois de Finges*)

(197) Beschwerden des Kantons Wallis sowie der Munizipalgemeinde und der Burgergemeinde Salgesch gegen das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts, mit welchem dieses den Plangenehmigungsentscheid des UVEK betreffend den Bau einer den Pfynwald berührenden Passerelle im Zusammenhang mit der Genehmigung eines Ausführungsprojektes für einen Abschnitt der neuen Nationalstrasse A9 im Oberwallis aufhebt. **1.** Kantone und Gemeinden sind gestützt auf Art. 12 Abs. 1 lit. a und Art. 12g NHG i.V.m. Art 89 Abs. 2 lit. d BGG zur Beschwerde legitimiert, sofern die Beschwerdeführung im Interesse des Natur- und Heimatschutzes erfolgt. Beschwerdelegitimation der Burgergemeinde offengelassen (E. 2.2). **2.** Der Pfynwald ist ins Bundesinventar der Landschaften und Naturdenkmäler von nationaler Bedeutung (BLN) aufgenommen worden, womit dargetan ist, dass er in besonderem Masse die ungeschmälerzte Erhaltung, jedenfalls aber unter Einbezug von Wiederherstellungs- oder angemessenen Ersatzmassnahmen die grösstmögliche Schonung verdient (Art. 6 Abs. 1 NHG). Ein Abweichen von der ungeschmälerzten Erhaltung im Sinne der Inventare darf bei Erfüllung einer Bundesaufgabe nur in Erwägung gezogen werden, wenn ihr bestimmte gleich- oder höherwertige Interessen von ebenfalls nationaler Bedeutung entgegenstehen (Art. 6 Abs. 2 NHG) (E. 3.1). **3.** Die Schutzbestimmung von Art. 6 NHG ist bei der Erfüllung von Bundesaufgaben, wozu der Bau von Nationalstrassen gehört, direkt anwendbar. Mit der obligatorischen Begutachtung durch die ENHK nach Art. 7 NHG wird gewährleistet, dass ein unabhängiges Fachorgan bei der Beurteilung eines Projekts auf die Anliegen des Natur- und Heimatschutzes speziell achtet und dass die zuständigen Instanzen diesbezüglich über zuverlässige Unterlagen verfügen (E. 3.2 und 3.3). Die ENHK ist nach den Feststellungen des Bundesverwaltungsgerichts davon ausgegangen, dass die Passerelle bereits rechtskräftig genehmigt worden sei, was jedoch nicht zutrifft (E. 3.4). Die bisherige Begutachtung der ENHK war somit unvollständig, weil sie sich zur Frage, ob das Objekt ungeschmälerzt zu erhalten ist, entgegen dem gesetzlichen Auftrag von Art. 7 Abs. 2 NHG nicht geäußert hat. Ebenso wenig wie auf eine gesetzlich vorgesehene Begutachtung der ENHK gänzlich verzichtet werden darf, darf die zuständige Behörde ihrem Entscheid ein unvollständiges Gutachten zu Grunde legen (E. 3.5). **4.** Der Pfynwald figuriert neben dem BLN auch im Aueninventar des Bundes. Innerhalb des Auenschutzgebiets Pfynwald sind insbesondere Brutterritorien des Flussuferläufers und Flussregenpfeifers zu finden. Die beiden Vogelarten sind auf der Roten Liste des BAFU als «stark gefährdet» aufgeführt (E. 4.1). **5.** Gemäss Bundesverwaltungsgericht kommt die Passerelle als eine von mehreren Ersatzmassnahmen des Nationalstrassenprojekts gestützt auf Art. 6 und 18 Abs. 1^{ter} NHG in Betracht.

Um als angemessene Ersatzmassnahme gelten zu können, sei erforderlich, dass sie dazu beitrage, die ökologische Gesamtbilanz des Nationalstrassenprojekts zu verbessern oder zumindest auszugleichen. Gemäss dem Gutachten der ENHK und dem UVB ist von einem schweren Eingriff in das BLN-Gebiet auszugehen. Da der Standort der Passerelle ein potenzielles Brutgebiet des Flussuferläufers und des Flussregenpfeifers bilde und insbesondere Ersterer als störungsanfällig gelte, werde auch vom Schutzziel gemäss Art. 4 Abs. 1 lit. a AuenV abgewichen (Erhaltung und Förderung der autotypischen einheimischen Pflanzen- und Tierwelt und ihrer ökologischen Voraussetzungen). Schliesslich prüfte das Bundesverwaltungsgericht, ob zur Rechtfertigung des Eingriffs ein Interesse von nationaler Bedeutung im Sinne von Art. 6 Abs. 2 NHG und Art. 4 Abs. 2 AuenV besteht. Das Interesse an der geplanten Nationalstrasse falle insoweit ausser Betracht, weil diese nicht vom Bau der Passerelle abhängt. Es verneinte schliesslich ein Interesse von nationaler Bedeutung mit dem Hinweis darauf, dass nicht mit der nötigen Sicherheit zu erwarten sei, dass allein mit der Errichtung der Passerelle die gewünschte Besucherlenkung erzielt werden könne (E. 5.1). **6.** Die verfahrensrechtliche Rüge der Beschwerdeführer, wonach das Bundesverwaltungsgericht ausgeblendet habe, dass die Passerelle gemäss dem Ausführungsprojekt Teil eines Gesamtkonzepts zur Besucherlenkung bilden soll, weist das Bundesgericht zurück. Das Bundesverwaltungsgericht habe sich eingehend mit dieser Frage beschäftigt. Auch die Rüge, wonach die ENHK mit ihrer neuen Eingabe den Grundsatz von Treu und Glauben verletze, weist das Bundesgericht zurück. Zum einen bildet die unzutreffende Annahme, die Passerelle sei bereits rechtskräftig genehmigt, einen triftigen Grund, vom Gutachten abzuweichen, bzw. verlangt diese eine Ergänzung. Zudem gab die ENHK keine Auskunft über die Genehmigungsfähigkeit, sondern nahm zu dieser Frage lediglich Stellung. Auch wenn die Stellungnahme ein besonderes Gewicht hat, kommt der ENHK keine Entscheidkompetenz zu, weshalb eine unzutreffende Auskunft über die Genehmigungsfähigkeit der Passerelle von vornherein keinen Vertrauenstatbestand schaffen kann (E. 5.5). **7.** Bestätigung der Feststellungen des Bundesverwaltungsgerichts, wonach die Passerelle für die Besucherlenkung nicht notwendig sei, da Alternativen wie die Aufhebung von Wegen oder der Ausbau des Busangebots ebenfalls zur Lenkung beitragen können. Zudem könnte eine Passerelle das Problem von Schäden an Flora und Fauna lediglich verlagern und angesichts einer möglichen Zunahme von Besuchenden sogar verstärken (E. 5.8). Die Beschwerden werden abgewiesen (E. 7). BGer (TF) 1C_634/2022, 1C_635/2022 (4.10.2024). Siehe auch Nr. 124 (Natur- und Heimatschutz).