

## *Baukonferenzen Mai 2022*

***Nutzungsziffern nach neuem Recht***

***Baubegriffe nach neuem Recht***

***Mobilfunkanlagen im Baugesuchsverfahren***

***Stolpersteine im Baugesuchsverfahren***

***Neues Submissionsrecht***

Sehr geehrte Damen und Herren

Die Komplexität im Bau- und Planungswesen ist in den letzten Jahren stetig gestiegen. Die Umsetzung obliegt dabei in erster Linie den örtlichen Baubehörden. Um diese in der Bewältigung ihrer Aufgaben möglichst tatkräftig unterstützen zu können, führt der Rechtsdienst des Bau- und Justizdepartements in regelmässigen Abständen die Baukonferenzen durch. So durften wir im Mai 2022 über 400 Teilnehmende aus den Gemeinden, sei es als Mitglieder der Bau- und Planungskommissionen, der Bauverwaltungen oder der jeweiligen Exekutivbehörden, in Olten, Grenchen und Breitenbach begrüssen.

Der Fokus der diesjährigen Baukonferenzen lag auf den Bestimmungen der revidierten Kantonalen Bauverordnung, die in den Gemeinden ab der jeweiligen Auflage der Ortsplanungsrevisionen Anwendung finden. Darüber hinaus wurde zu Mobilfunkanlagen, verfahrensrechtlichen Herausforderungen aber auch zum neuen Submissionsrecht referiert. Das vorliegende Mitteilungsblatt soll die an den Baukonferenzen gehaltenen Referate in Schriftform wiedergeben und den örtlichen Baubehörden in ihrer tagtäglichen Arbeit Unterstützung bieten.

Für den engagierten und beherzten Einsatz in den Gemeinden danke ich allen Beteiligten. Ich wünsche Ihnen in Ihrer anspruchsvollen Tätigkeit weiterhin viel Erfolg und Befriedigung.

**Bau- und Justizdepartement**

**Victor von Sury**  
**Leiter Rechtsdienst / Rechtsanwalt**

**Dezember 2022**

## Inhaltsverzeichnis

<b>Baukonferenzen vom 16.05.2022 / 17.05.2022 / 23.05.2022</b>	Seite
<i>Simon Willi, Rechtsdienst Bau- und Justizdepartement</i>	S. 3
- <b>Nutzungsziffern nach neuem Recht</b>	
<i>Marion Andenmatten / Ruedi Eng, Rechtsdienst Bau- und Justizdepartement</i>	S. 21
- <b>Baubegriffe nach neuem Recht</b>	
<i>Martin Stocker, Amt für Umwelt</i>	S. 56
- <b>Mobilfunkanlagen im Baugesuchsverfahren</b>	
<i>Victor von Sury, Rechtsdienst Bau- und Justizdepartement</i>	S. 60
- <b>Stolpersteine im Baugesuchsverfahren</b>	
<i>Franz Fürst, Legistik und Justiz, Staatskanzlei</i>	S. 68
- <b>Neues Submissionsrecht</b>	

# Nutzungsziffern nach neuem Recht

*Simon Willi, Rechtsdienst Bau- und Justizdepartement*

## [§ 34 - § 40 KBV]

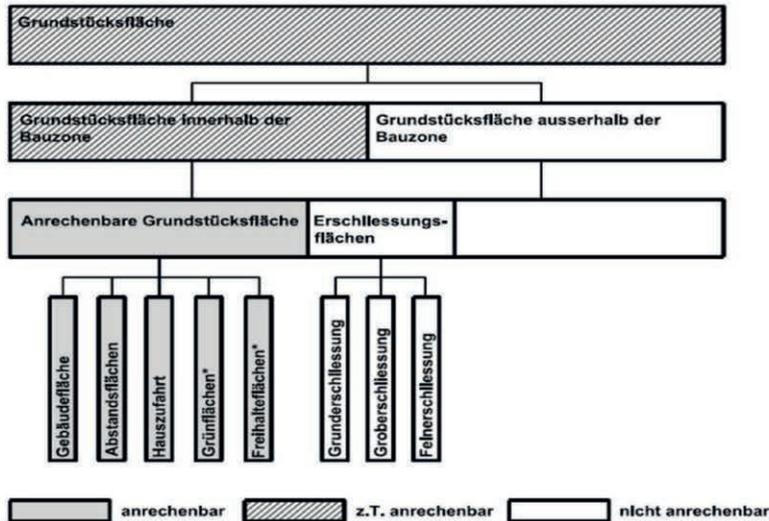


Ausführungen zu den Nutzungsziffern finden sich ebenfalls im Mitteilungsblatt 2020, S. 39 ff.

Mit der Teilrevision der Kantonalen Bauverordnung (KBV; BGS 711.61) wurden unter anderem die von der Interkantonalen Vereinbarung über die Harmonisierung der Baubegriffe (IVHB; BGS 711.64) definierten Nutzungsziffern übernommen. Die neu nicht mehr vorgesehene Ausnutzungsziffer wurde durch Dichte­ziffern und Flächenanteilsziffern ersetzt. Die beiden Dichte­ziffern Geschossflächenziffer und Baumassenziffer bezeichnen ein Verhältnis zwischen Geschossflächen oder Gebäudevolumen und der anrechenbaren Grundstücksfläche. Der Quotient kann über 1 (oder 100%) liegen. Die beiden Flächenanteilsziffern Überbauungsziffer und Grünflächenziffer bezeichnen den Flächenteil des gesamten Grundstücks, der überbaut ist oder der unversiegelt ist. Der entsprechende Flächenteil kann nie grösser als 1 (oder 100%) sein.

Es steht den Gemeinden neu frei, weder eine Geschossflächen- noch eine Überbauungs- oder Baumassenziffer festzulegen und die Nutzung eines Grundstücks nur über die Gebäude- und Grenzabstände sowie Gebäudelängen, -breiten und -höhen einzugrenzen. In einem solchen Fall würde aufgrund des kantonalen Rechts bloss noch eine Grünflächenziffer von mindestens 0,4 in Wohnzonen zusätzlich gelten (§ 36 Abs. 3 nKBV). Ebenso ist - mit entsprechender Begründung - die Anwendung mehrerer Nutzungsziffern zumindest theoretisch denkbar (beispielsweise der Überbauungsziffer für Industrie- und Gewerbe­zonen und der Geschossflächenziffer für Wohnzonen).

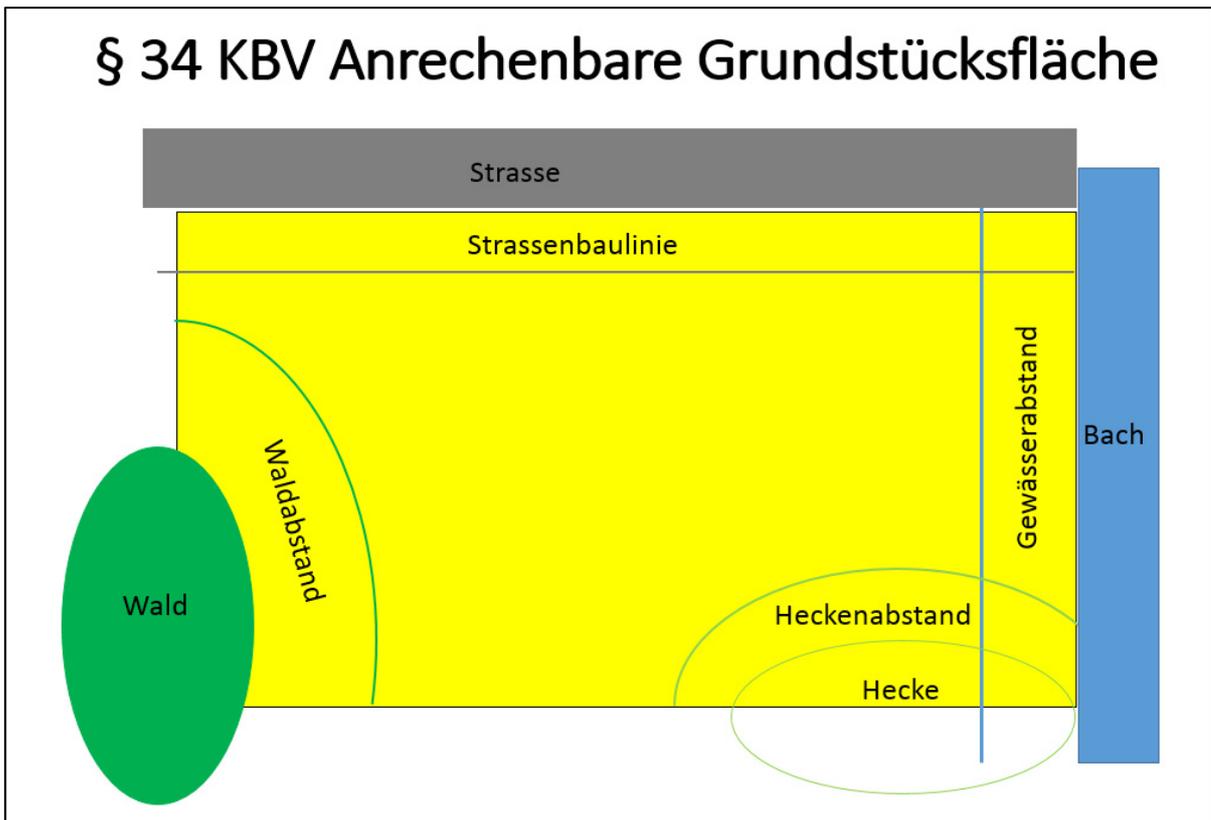
## § 34 KBV Anrechenbare Grundstückfläche



\* Freihalterflächen und Grünflächen, soweit sie Bestandteil der Bauzonen und mit einer entsprechenden Nutzungsziffer belegt sind.

Figur 14 Anrechenbare Grundstückfläche

Die anrechenbare Grundstückfläche bildet die Grundlage für die Berechnung der Nutzungsziffern. Dazu gehören die in der entsprechenden Bauzone liegenden Grundstücksflächen bzw. Grundstücksteile. Die Flächen der Hauszufahrten werden angerechnet. Nicht angerechnet werden die Flächen der Grund-, Grob- und Feinerschliessung (nKBV Anhang I, Figur 14), wobei damit die öffentliche Erschliessung gemeint ist [etwa entsprechend den Kategorien „Hauptverkehrsstrassen, Sammelstrassen, Erschliessungsstrassen“ gemäss § 39 Abs. 1 der Grundeigentümerbeitragsverordnung, (BGS 711.41)]. So wird die bisherige Praxis im Wesentlichen beibehalten. Die einzige Änderung gegenüber dem alten Recht besteht prima vista darin, dass eine Privatstrasse, welche mit einem öffentlichen Wegrecht belastet ist, neu zur anrechenbaren Grundstücksfläche hinzugerechnet wird (siehe für das alte Recht: aKBV Anhang III Ziff. 1. 2. erstes Lemma).



Als Veranschaulichung dient vorliegend ein Grundstück mit Wald (gemäss rechtskräftigem Waldfeststellungsplan), öffentlicher Strasse, Bach und Hecke (gemäss Nutzungsplan). Anrechenbar ist die in der Bauzone liegende Grundstücksfläche ohne Wald und Gewässer, jedoch mit der Fläche innerhalb der Abstandslinien. Die Fläche der Hecke sowie die Fläche im Heckenabstand sind anrechenbar, sofern es sich nicht um eine Heckenschutzzone handelt (siehe unten)

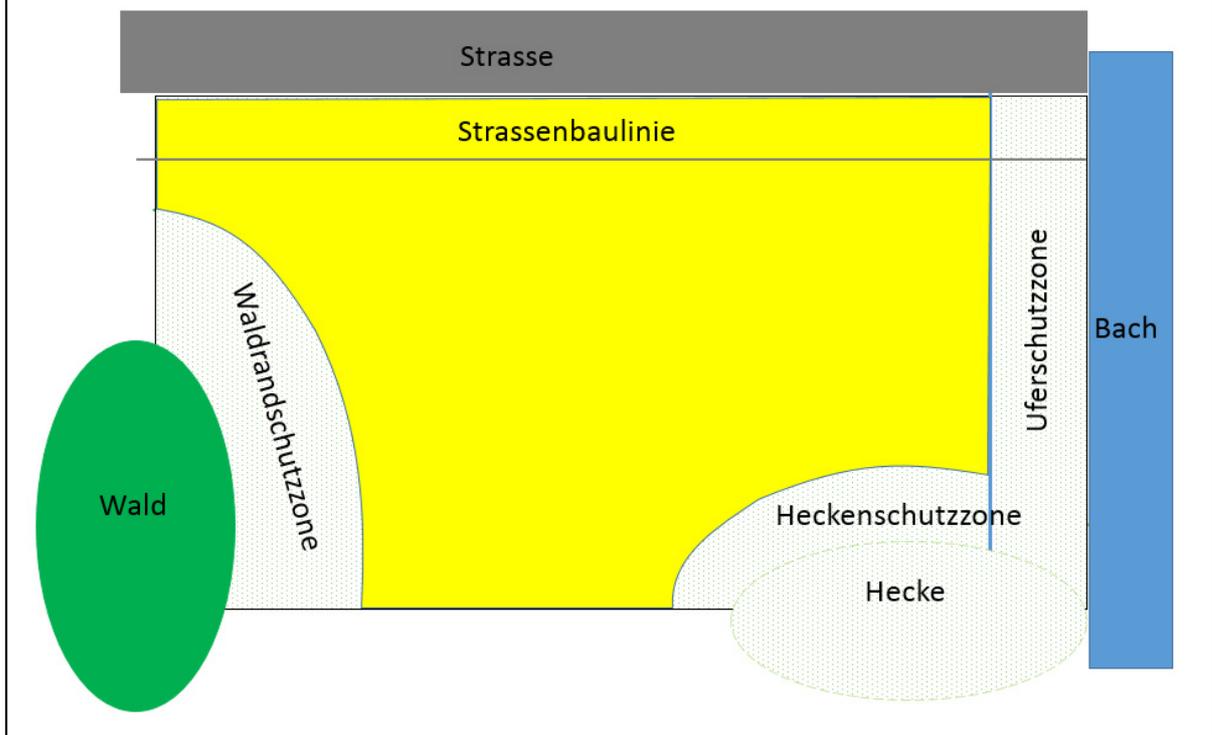
Für den Wald gilt – vorbehalten einer anderen Festlegung in der Nutzungsplanung – ein Waldabstand von 20 m gemäss Verordnung über Waldfeststellung und Waldabstand (BGS 931.72). Für die Hecke gilt – ebenfalls mit dem Vorbehalt betreffend Nutzungsplanung – innerhalb der Bauzone ein Heckenabstand von 4 m [§ 22 Abs. 5 der Verordnung über den Natur- und Heimatschutz; BGS 435.141, (ausserhalb Bauzone sind es 10 m)].

Angenommen, ein Grundstück in der Bauzone von 2'000 m<sup>2</sup> würde aus folgenden Teilflächen bestehen:

- 50 m<sup>2</sup> Wald
- 350 m<sup>2</sup> im Waldabstand
- 100 m<sup>2</sup> in der Strassenbaulinie
- 100 m<sup>2</sup> in der Gewässerbaulinie
- 40 m<sup>2</sup> Hecke
- 140 m<sup>2</sup> im Heckenabstand
- 1'220 m<sup>2</sup> restliches Grundstück.

Im vorliegenden Beispiel ist lediglich die Fläche des Waldes nicht anrechenbar. Die anrechenbare Grundstücksfläche beträgt somit 1'950 m<sup>2</sup> (2'000 [Grundstücksfläche] – 50 [Wald]).

## § 34 KBV Anrechenbare Grundstücksfläche



Sind hingegen in der Nutzungsplanung Schutzzone (Waldrand-, Hecken- und Uferschutzzone) ausgeschieden worden, so verringert sich die anrechenbare Grundstücksfläche um dieselben, da diese aufgrund des faktischen Bauverbots nicht zur anrechenbaren Grundstücksfläche zählen. Die Heckenschutzzone, welche sowohl die Hecke selbst als auch einen entsprechenden Abstand zur Hecke beinhaltet, führt dazu, dass weder das eine noch das andere zur anrechenbaren Grundstücksfläche zählt.

Angenommen, ein Grundstück in der Bauzone von 2'000 m<sup>2</sup> würde aus folgenden Teilflächen bestehen:

- 50 m<sup>2</sup> Wald
- 350 m<sup>2</sup> in der Waldrandschutzzone
- 100 m<sup>2</sup> in der Strassenbaulinie
- 100 m<sup>2</sup> in der Uferschutzzone
- 180 m<sup>2</sup> in der Heckenschutzzone (inkl. Hecke)
- 1'220 m<sup>2</sup> restliches Grundstück.

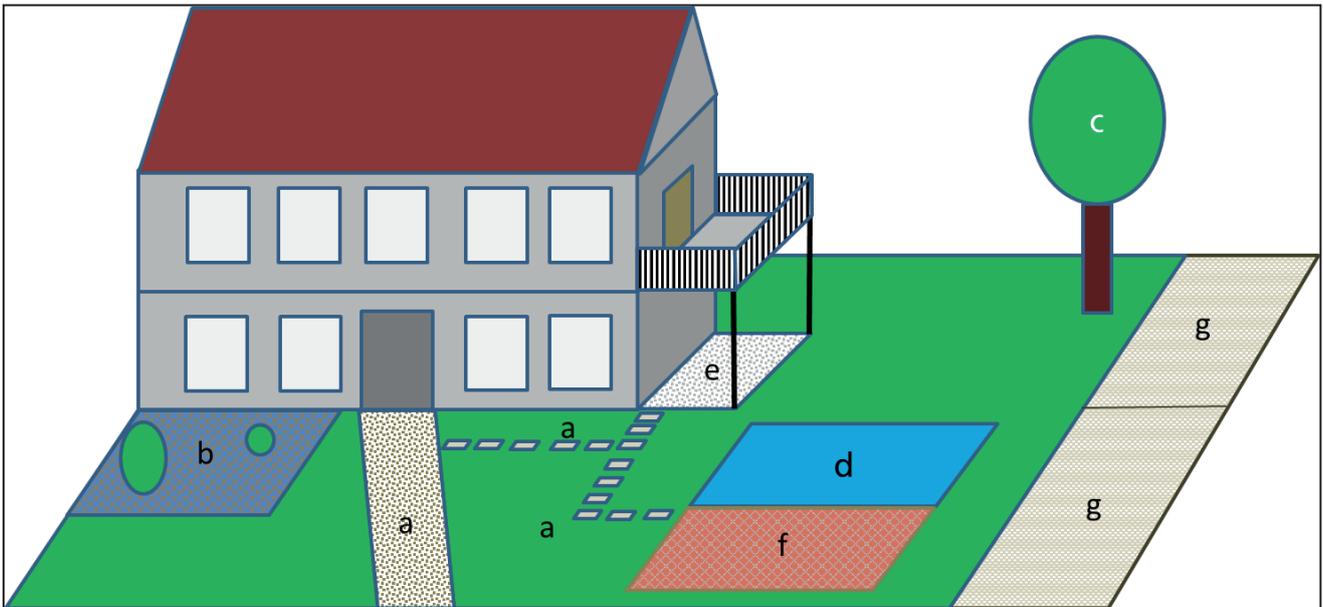
Im vorliegenden Beispiel sind weder die Fläche des Waldes noch die Flächen in den Schutz- und Uferschutzzone (Waldrandschutzzone, Uferschutzzone, Heckenschutzzone [inkl. Hecke]) anrechenbar. Die anrechenbare Grundstücksfläche beträgt somit 1'320 m<sup>2</sup> (1'220 [restliches Grundstück] + 100 [Fläche in der Strassenbaulinie]).

## § 36 KBV Grünflächenziffer

- Anrechenbare Grünfläche zu anrechenbarer Grundstückfläche
- Als anrechenbare Grünfläche gelten **natürliche und/oder bepflanzte Bodenflächen eines Grundstücks, die nicht versiegelt sind und nicht als Abstellflächen dienen** (§ 36 Abs. 2 KBV)
- Strengere Regelung

Die Grünflächenziffer ist das Verhältnis der anrechenbaren Grünfläche zur anrechenbaren Grundstückfläche. Definiert werden anrechenbare Grünflächen neu als natürliche und/oder bepflanzte Bodenflächen eines Grundstücks, die nicht versiegelt sind und nicht als Abstellflächen dienen. Gefordert ist somit entweder ein natürlicher Bodenaufbau oder eine genügend mächtige Bodenschicht, welche eine tatsächliche Bepflanzung zulässt (etwa über Unterniveaubauten).

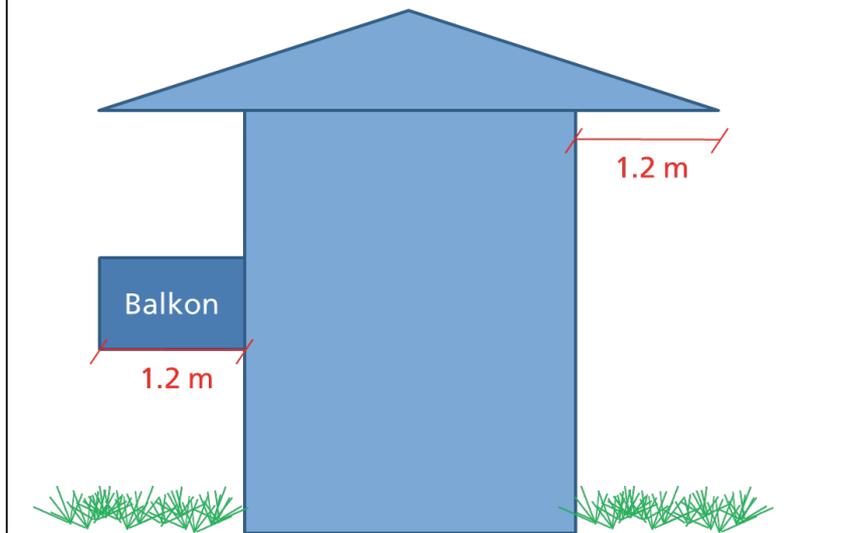
An der Praxis des Bau- und Justizdepartementes (BJD) ändert sich somit aufgrund der strengeren Definition der Grünfläche insbesondere, dass Terrassen, Sitzplätze usw., welche mit nicht verfugten Steinplatten o. Ä. erstellt werden, neu nicht mehr zur Grünfläche zählen können, selbst wenn darunter natürlicher Boden liegt und das Meteorwasser auf der Fläche versickern kann.



## § 36 KBV Grünflächenziffer

- ✓ Natürliche oder bepflanzte (d. h. genügend humusierte) Flächen, Mergelflächen und -wege, Kiesflächen und -wege, Ruderalflächen, Schrittplatten.
- ✓ Minimal begrünte Steingärten ohne Folie.
- ✓ Baumäquivalente, falls im kommunalen Reglement vorgesehen.
- ✗ Schwimmbäder.
- ✗ Überdachte Flächen, selbst wenn diese natürlich sind (so stellt beispielsweise auch die Fläche unter einer Pergola keine Grünfläche dar).
- ✗ Terrassen und Sitzplätze aus Steinplatten oder dergleichen, auch wenn diese nicht verfugt sind und das Meteorwasser versickern kann. Auch Holzroste über natürlichen Flächen gelten nicht (mehr) als Grünfläche. Kunstrasen kann nie Grünfläche sein.
- ✗ Parkplätze und andere Abstellflächen, unabhängig von der Bodenbeschaffenheit.

## § 36 KBV Grünflächenziffer



Ausserhalb der Fassadenlinie (hier entlang des Schnittes von Hausfassade und massgebendem Terrain) kann Grünfläche vorliegen. Es ist demnach möglich, dass sich Grünfläche unter vorspringenden Gebäudeteilen befindet, welche maximal 1.20 m vorspringen (so, dass die Fassadenlinie nicht nach vorne springt).

## § 36 KBV Grünflächenziffer



Quelle: <https://imagineo.eu/cs/produkty/skimmerove-bazeny/typizovane-bazeny/>

Altrechtlich wäre dies ein Garten mit viel Grünfläche. Neu zählen weder das Schwimmbaden noch der Holzrost zur Grünfläche, weil weder ein natürlicher Bodenaufbau noch eine Bepflanzung vorliegt. Die Bepflanzung in den Pflanzkübeln hat bereits altrechtlich nicht zur Grünfläche hinzugezählt.

## § 36 KBV Grünflächenziffer



Terrassen und Sitzplätze mit Steinplatten o. Ä. zählen nicht mehr zur Grünfläche, auch wenn diese nicht verfugt sind und das Regenwasser versickern kann.

## § 36 KBV Grünflächenziffer



Quelle: <https://www.gebaeudegruen.info/gruen/fuers-auge/bugg-wettbewerbe>

Grünflächen müssen definitionsgemäss Bodenflächen sein, so dass Dach- und Fassadenbegrünungen von vornherein ausgeschlossen sind. Die Gemeinden haben jedoch die Möglichkeit, diese - unabhängig von der Grünflächenziffer - zu fördern (bzw. fordern).

## § 36 KBV Grünflächenziffer



Quelle: <https://www.sueddeutsche.de/wissen/sahara-afrika-satelliten-baeume-wueste-1.5069178>

Weiterhin möglich ist es, Baumäquivalente vorzusehen, also das Anrechnen von Hochstamm-bäumen an die vorgeschriebene Grünfläche (z.B. 30m<sup>2</sup> pro Baum). Dabei ist ein Maximum festzu-legen, bis zu welchem Hochstamm-bäume an die Grünfläche angerechnet werden können. Eben-so sollte die Mindestgröße des Baumes zum Zeitpunkt der Pflanzung festgelegt werden (Stammumfang bzw. -durchmesser etc.). Andernfalls dürften Bäume angerechnet werden, wel-che erst nach Jahren ihren Zweck als Begrünung erfüllen würden.

## § 36 KBV Grünflächenziffer



Quelle: [https://www.wz.de/nrw/wuppertal/gaerten-des-grauens-wuppertal-will-die-schottervorgaerten-eindaemmen\\_aid\\_51329707](https://www.wz.de/nrw/wuppertal/gaerten-des-grauens-wuppertal-will-die-schottervorgaerten-eindaemmen_aid_51329707)

Als Grundsatz sind minimal begrünte Steingärten an die Grünfläche anrechenbar. Mit einer Folie versiegelte Schotter- und Steingärten oder solche, die gar keine Bepflanzung aufweisen und da-her optisch auch nicht als Grünfläche wirken, werden nicht zur Grünfläche angerechnet.

## § 36 KBV Grünflächenziffer



Der Steingarten auf diesem Bild ist genügend begrünt. Die Definition der Grünfläche ist nicht disponibel, weshalb die Gemeinden nicht vorsehen können, dass minimal begründete Steingärten nicht angerechnet werden. Es handelt sich somit um Grünfläche, sofern keine Folie verbaut wurde. Den Gemeinden stehen aber Möglichkeiten offen, Steingärten generell einzuschränken (etwa anteilmässig am Grundstück) oder diese ganz zu verbieten. Dabei handelt es sich aber um gestalterische Vorschriften bzw. Vorschriften, welche auf ökologischen Überlegungen basieren. Die Grünflächenziffer ist (nach wie vor) nicht gleichzusetzen mit einer ökologisch wertvollen Fläche.

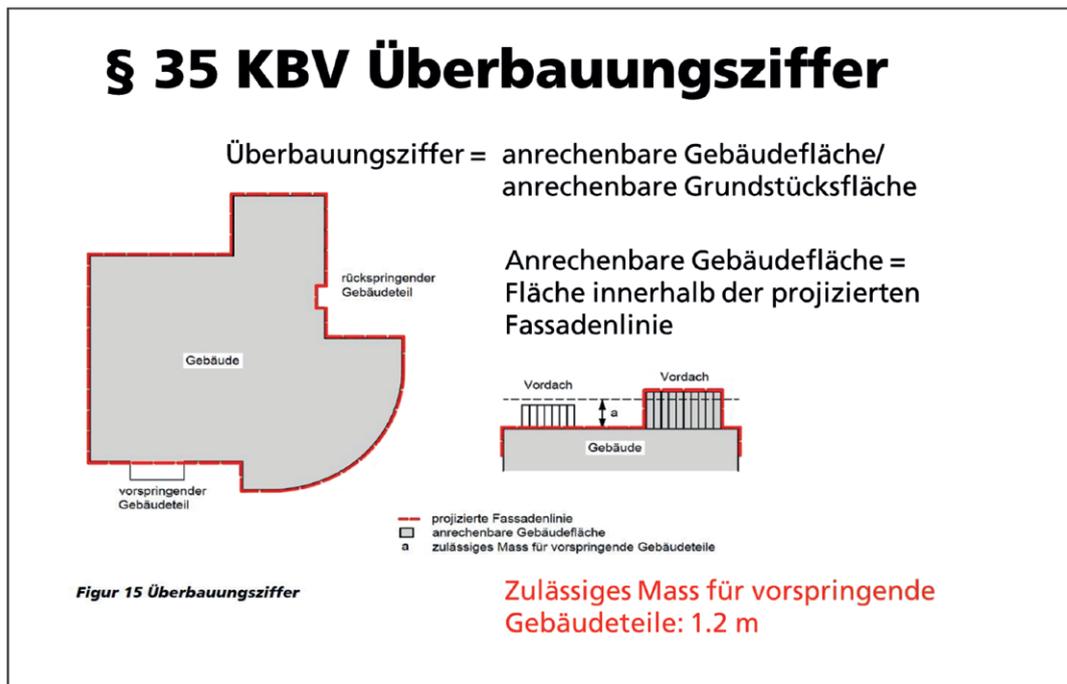
## § 36 KBV Grünflächenziffer



Quelle: <https://globalmagazin.eu/home/details/datum/2015/12/01/neue-freiraume-begrunte-tiefgaragendaecher/>

Solange die Bodenschicht genügend mächtig ist, um eine tatsächliche Bepflanzung zuzulassen, können Flächen über Unterniveaubauten und unterirdischen Bauten zur Grünfläche zählen. Als Richtwert für eine genügend mächtige Bodenschicht, welche eine tatsächliche Bepflanzung zulässt, gelten 30 cm.

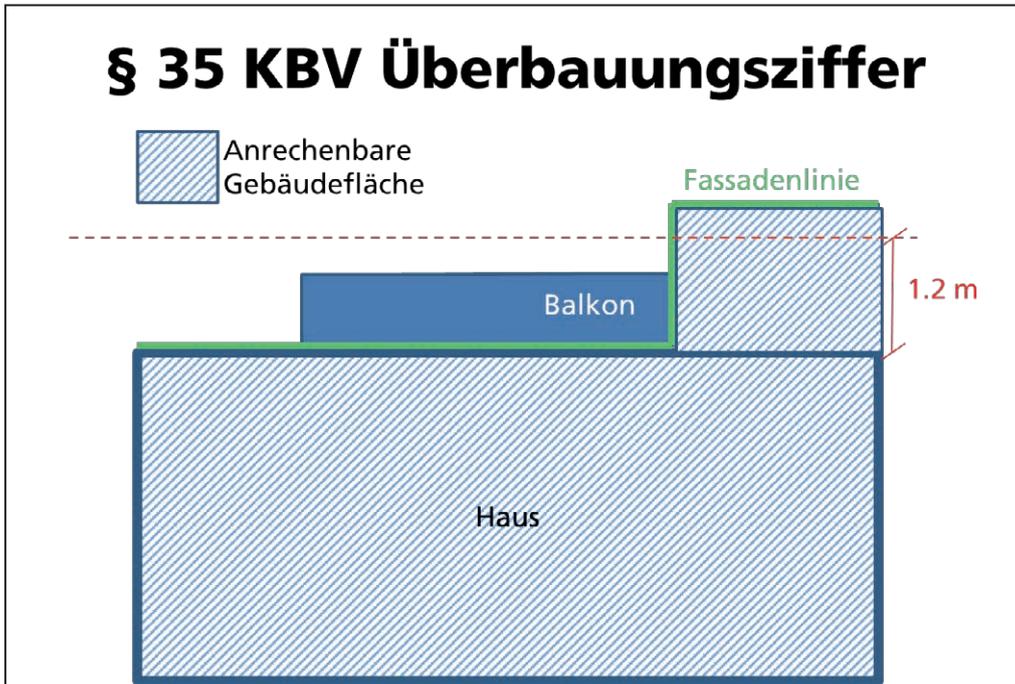
Die Ausnutzungsziffer steht infolge der IVHB nicht mehr zur Auswahl!



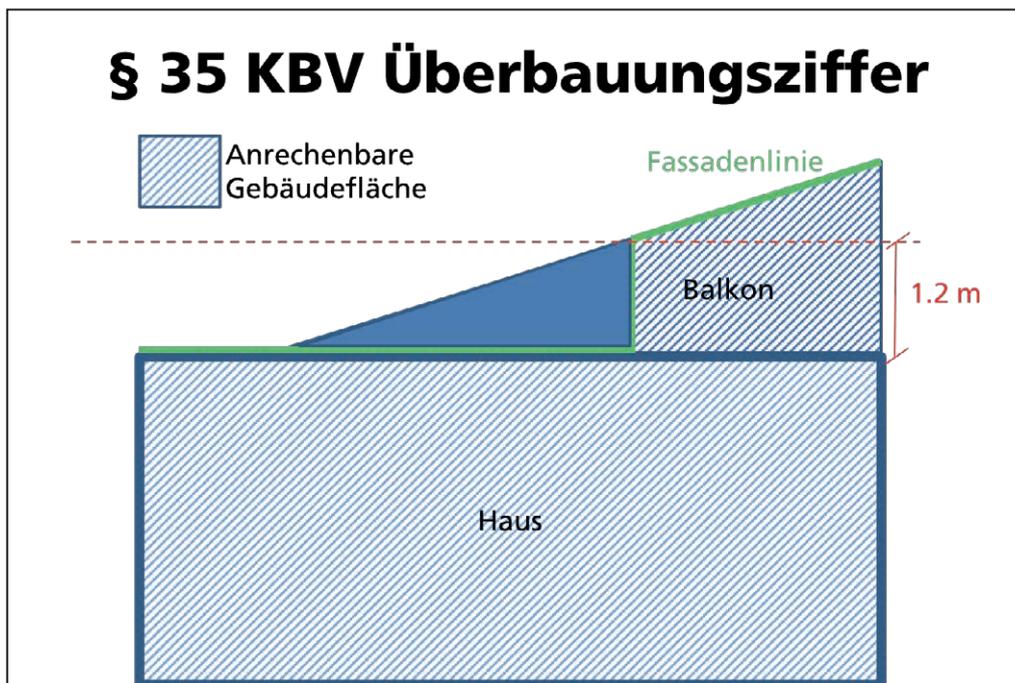
Die Überbauungsziffer ist das Verhältnis der anrechenbaren Gebäudefläche zur anrechenbaren Grundstücksfläche. Als anrechenbare Gebäudefläche gilt die Fläche innerhalb der projizierten Fassadenlinie. Die Gemeinde kann neben maximalen auch minimale Überbauungsziffern festlegen. Die anrechenbare Gebäudefläche wird über die projizierte Fassadenlinie definiert. Bis zu 1,2 m vorspringende Gebäudeteile werden also nicht berücksichtigt. Hingegen werden Gebäudeteile, welche mehr als 1,2 m vorspringen, ganz angerechnet.

## § 35 KBV Überbauungsziffer

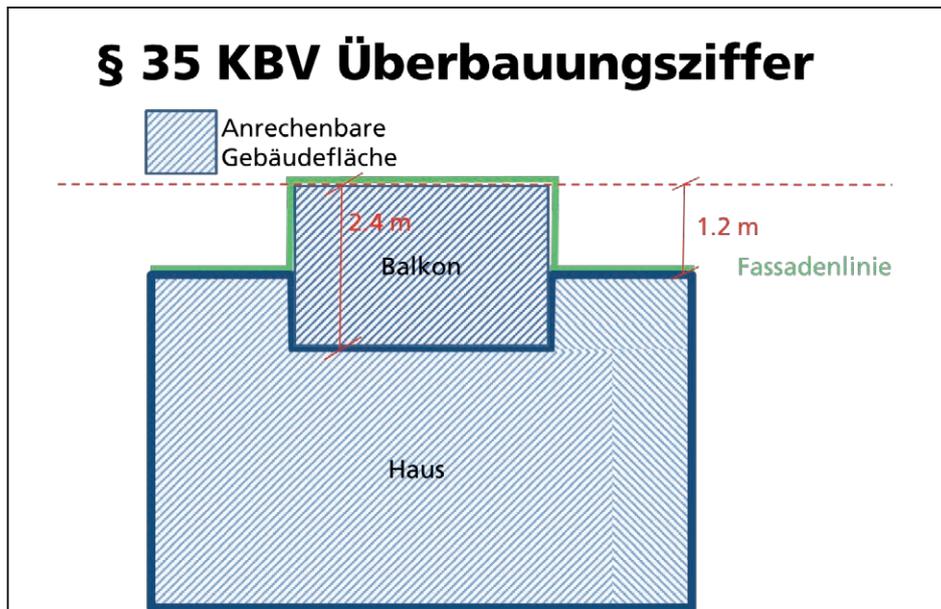
- Sämtliche **Gebäude** (§ 21<sup>bis</sup> Abs. 1 nKBV: Gebäude sind ortsfeste Bauten, die [...] eine feste Überdachung und in der Regel weitere Abschlüsse aufweisen), somit auch untergeordnete Anbauten, Gartenhäuschen, Pergolen etc. sowie die Flächen der Teile von Unterniveaubauten, die das massgebende oder tiefer gelegte Terrain überragen, zählen zur anrechenbaren Gebäudefläche.
- Nicht dazu zählen dagegen versiegelte, aber nicht mit Gebäuden belegte Flächen wie beispielsweise Fahrzeugabstellplätze oder Gartensitzplätze oder andere nicht zu den Gebäuden zählende Anlagen.



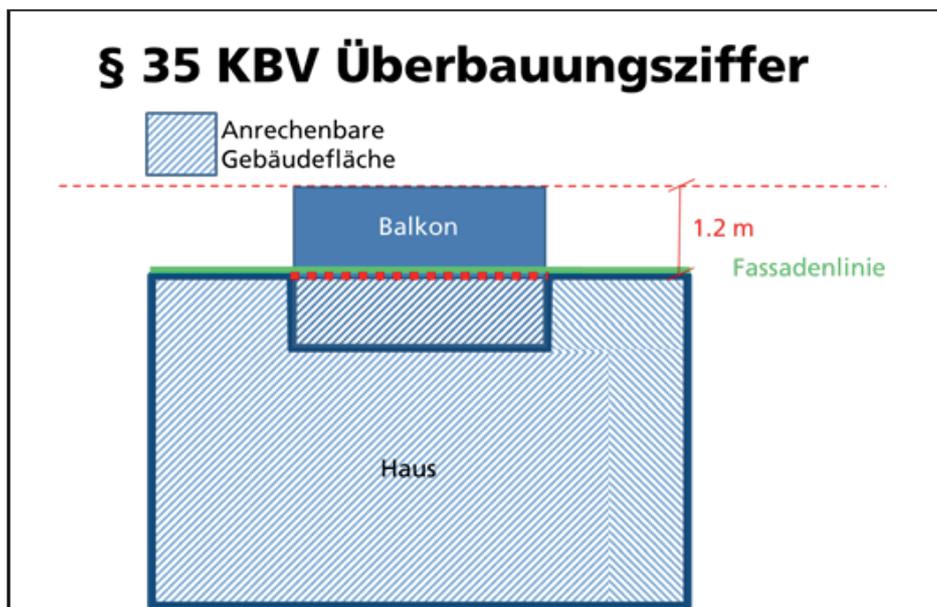
Die Fassadenlinie springt nach vorne, sobald ein vorspringender Gebäudeteil mehr als 1.2 m vorspringt, jedoch bloss in dem Bereich, in welchem die 1.2 m überschritten sind.



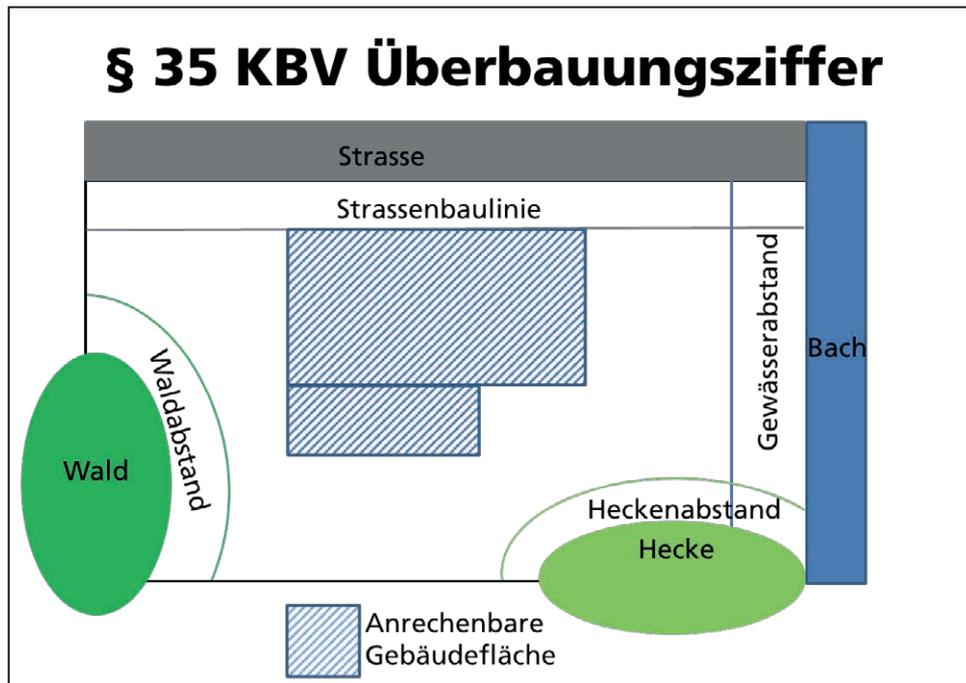
Im Ergebnis dasselbe. Eine Mittelwertberechnung (im Mittel wären die 1.2 m eingehalten) erfolgt nicht.



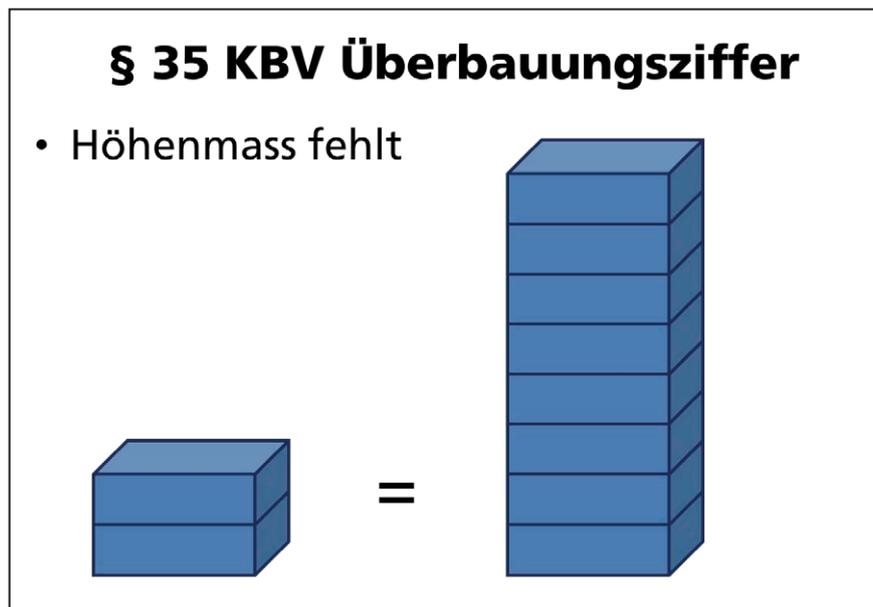
Die Fassadenflucht ist definiert als die Mantelfläche der lotrechten Geraden durch die äussersten Punkte des Baukörpers. Mit dem Baukörper ist das durch die isolierenden Wände umschlossene Volumen gemeint. Sofern also im Bereich des Balkons das Haus (bzw. die isolierende Fassade) in der Vertikalen durchgehend einen Rücksprung aufweist, liegt die Fassadenflucht in einem ersten gedanklichen Schritt an der Hausfassade, die Fassadenflucht macht den Rücksprung somit mit. Nun springt der Balkon von der Hausfassade aus gemessen 2,4 m vor, was zur Folge hat, dass die Fassadenflucht nach vorne springt. Dementsprechend liegt auch die Fassadenlinie (was nichts Anderes ist, als die Schnittlinie von Fassadenflucht und massgebendem Terrain) vor dem Balkon.



Nimmt man jedoch an, dass der Baukörper auf einem Geschoss keinen Rücksprung aufweist (isolierte Fassade bei der rot gepunkteten Linie), so macht die Fassadenflucht den sich einzig auf einzelnen Geschossen befindenden Rücksprung nicht mit, zumal die Fassadenflucht die Mantelfläche der lotrechten Geraden durch die *äussersten* Punkte des Baukörpers darstellt. Gegenüber dieser - in einem ersten Schritt gedanklichen - Fassadenflucht springt der Balkon (oder die Balkone) bloss 1,2 m vor, so dass die Fassadenflucht - und dementsprechend die Fassadenlinie - an dieser Stelle verbleibt.



Wiederum ausgehend von einem Grundstück in der Bauzone von 2'000 m<sup>2</sup> (vgl. vorstehend, S.5) beträgt die anrechenbare Grundstückfläche 1'910 m<sup>2</sup> (2'000 - 50 m<sup>2</sup> Wald - 40 m<sup>2</sup> Hecke). Angenommen, die anrechenbare Gebäudefläche betrage 764 m<sup>2</sup>, so ergibt dies eine Überbauungsziffer von 0.4 (764 m<sup>2</sup> anrechenbare Gebäudefläche geteilt durch 1'910 m<sup>2</sup> anrechenbare Grundstückfläche).

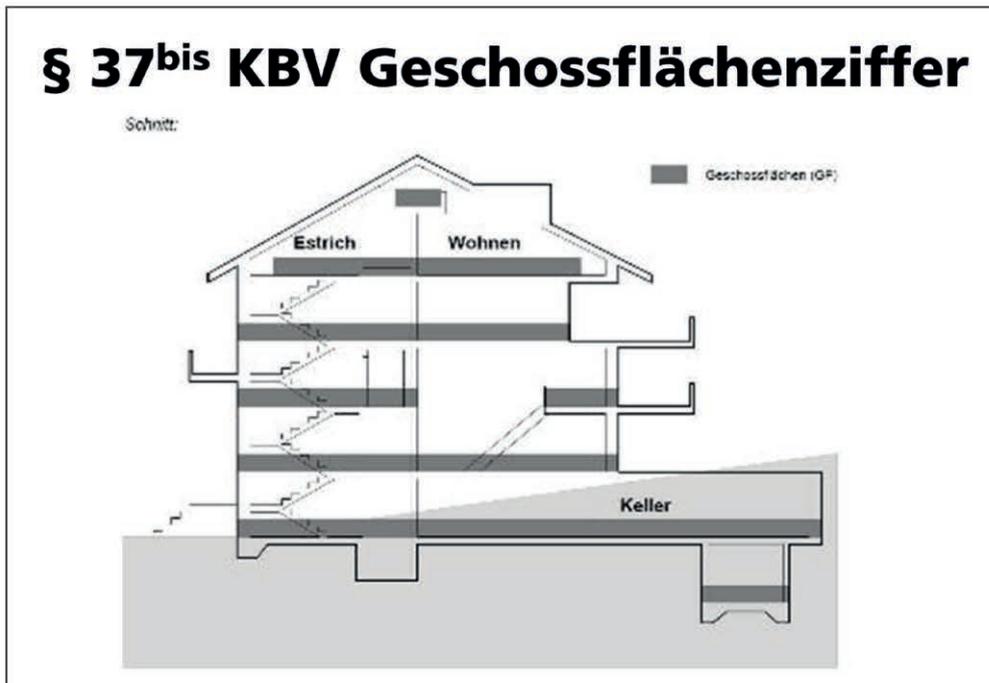


Die Überbauungsziffer sagt - im Gegensatz etwa zu der Baumassenziffer - nichts über die Nutzungsdichte und das architektonische Erscheinungsbild aus, da lediglich die maximal beanspruchte Fläche vorgegeben wird, nicht aber die Höhe eines Gebäudes. Um die bauliche Dichte zu regeln, ist die Überbauungsziffer mit geeigneten Höhenmassen oder Geschosshöhen zu kombinieren.

## § 37<sup>bis</sup> KBV Geschossflächenziffer

- **Flächen** von offenen Gebäuden und Gebäudeteilen, die **weniger als zur Hälfte durch Abschlüsse umgrenzt sind**, die Flächen von **Velounterständen** sowie ein- und vorspringenden, auch verglasten, aber unbeheizten **Balkonen** und **Wintergärten** werden **nicht angerechnet** (§ 39 Abs. 4 KBV)
- Achtung Unterschied zu Überbauungsziffer (Velounterstand, Wintergarten, Carport etc.)

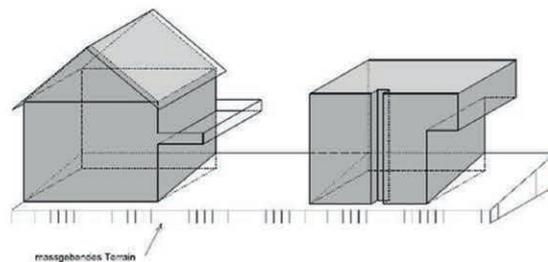
Daraus folgt, dass alle Geschossflächen in einem Gebäude einschliesslich der Wandquerschnitte einzurechnen sind. Ebenfalls anzurechnen sind unabhängig von ihrer Nutzung die unterirdischen Geschossflächen wie etwa Fahrzeugeinstellhallen und Lagerräume. Nicht angerechnet werden lediglich Flächen, deren lichte Höhe unter 1,2 m liegt.



Die Gemeinden können in ihren Zonenvorschriften je ein eigenes Mass für die ober- und unterirdischen Geschossflächen festlegen. Ausgeschlossen ist hingegen ein Eingriff in vorgegebene Definitionen und Messweisen, so ist es beispielsweise nicht zulässig, die unterirdischen Geschossflächen als nicht anrechenbar zu erklären.

## § 37<sup>ter</sup> KBV Baumassenziffer

- Verhältnis des Bauvolumens über dem massgebenden Terrain zur anrechenbaren Grundstücksfläche.
- Offene Gebäude/Gebäudeteile werden nicht angerechnet



*Figur 17 Baumassenziffer*

Die Baumassenziffer drückt präzise die tatsächliche Dichte an oberirdischen Gebäudevolumen aus. Sie liefert in diesem Bereich gute Dichtevergleiche zu raumplanerischen Zwecken, beispielsweise wenn die Frage gestellt wird, wie viel sichtbares Bauvolumen eine Landschaft, ein Quartier oder eine bestimmte Bauzone verträgt.

## § 38 KBV Transport von Nutzungsziffern

Voraussetzungen (1):

- **«benachbart»** (über Bach oder Strasse, nicht aber über 3 Grundstücke oder 100 m der Strasse entlang auf die andere Seite)
- In der **gleichen Zone** liegend (kein Transfer zwischen W2 und W3!)
- Denselben Eigentümer oder Dienstbarkeitsvertrag

## § 38 KBV Transport von Nutzungsziffern

Voraussetzungen (2):

- Dienstbarkeit eingetragen oder aufschiebende Bedingung (letzteres dürfte ohne Erwähnung auch im alten Recht gelten).
- Ist durch Baubehörde im Grundbuch anzumelden
- Keine Unterschreitung minimaler Nutzungsziffern
- **Kein Transport bei der Grünflächenziffer**

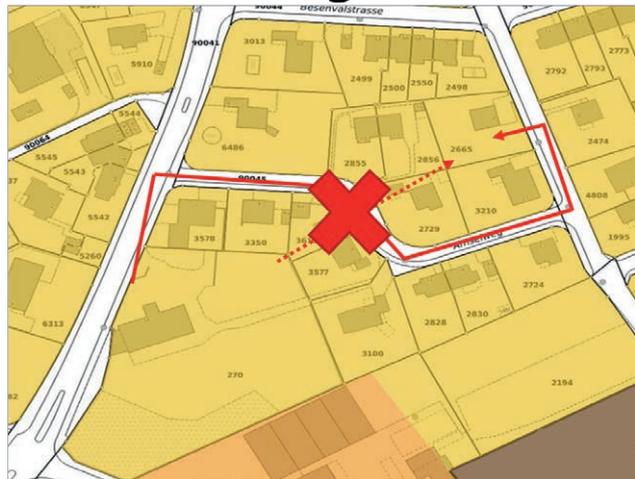
Als Faustregel ist der Transport von Nutzungsziffern über eine schmale, nicht überbaubare Parzelle erlaubt.

Bisherige Nutzungsziffertransporte werden mit der neuen Ortsplanungsrevision unbeachtlich. Mit anderen Worten findet keine Umrechnung eines bisherigen Transportes einer Nutzungsziffer auf die neue Nutzungsziffer statt und zwar unabhängig davon, ob von dem Transport bereits Gebrauch gemacht worden ist oder nicht. Hat jemand vom Transport einer Nutzungsziffer profitiert und mehr gebaut, als dies eigentlich möglich gewesen wäre, kann es - je nach Grösse der neuen Nutzungsziffer - sein, dass ein Fall von Besitzstand resultiert. Wurde der Transport noch nicht konsumiert, fällt er unbenutzt dahin. In beiden Fällen gilt die neu festgelegte Nutzungsziffer.

## § 38 KBV Transport von Nutzungsziffern



## § 38 KBV Transport von Nutzungsziffern



## § 40 KBV Parzellierung

- Das Grundbuchamt macht Meldung an die Baubehörde, wenn ein überbautes Grundstück parzelliert werden soll.
- Die Baubehörde überprüft die Einhaltung der Nutzungsziffern bzw. passt diese an und lässt sie im Grundbuch anmerken.
- Die Grünflächenziffer ist zwingend einzuhalten!

# Baubegriffe nach neuem Recht

Marion Andenmatten / Ruedi Eng, Rechtsdienst Bau- und Justizdepartement

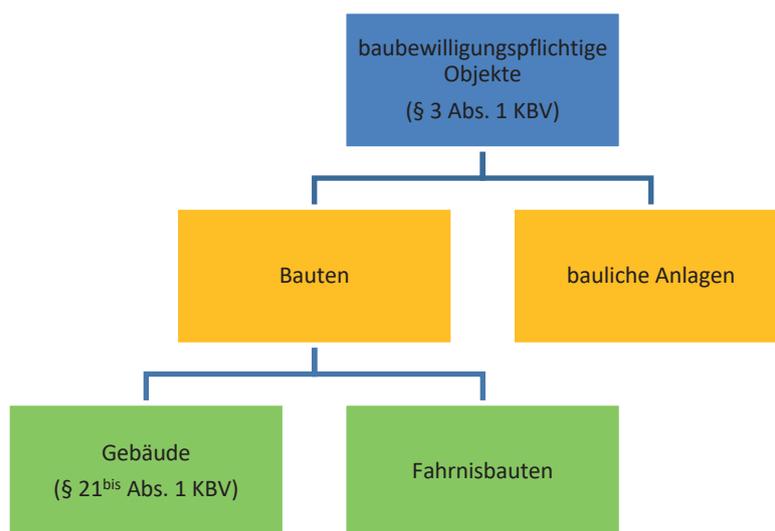
## 1. Gebäude - § 21<sup>bis</sup> Abs. 1 KBV

Gebäude sind ortsfeste Bauten, die zum Schutz von Menschen, Tieren oder Sachen eine feste Überdachung und in der Regel weitere Abschlüsse aufweisen.

### 1.1 Gebäude als ortsfeste Baute

Mit dem «Gebäude», umschrieben als *ortsfeste* Baute, definiert § 21<sup>bis</sup> Abs. 1 KBV (bereits) eine Unterart der Baute (= Oberbegriff). Vom «Gebäude» zu unterscheiden ist folglich die nicht ortsfeste, also *mobile* Baute respektive *Fahrnisbaute*.

### Hierarchie der baubewilligungspflichtigen Objekte



Aus § 21<sup>bis</sup> Abs. 1 KBV (bzw. durch Rückschluss aus dieser Bestimmung) ergibt sich:

Gebäude = **ortsfeste** Bauten, die zum Schutze von Menschen, Tieren oder Sachen eine feste Überdachung und in der Regel weitere Abschlüsse aufweisen

Fahrnisbauten = **nicht ortsfeste** (mobile) Bauten, die zum Schutze von Menschen, Tieren oder Sachen eine feste Überdachung und in der Regel weitere Abschlüsse aufweisen

Bauten = (ortsfeste oder mobile) Einrichtungen, die zum Schutze von Menschen, Tieren oder Sachen eine **feste Überdachung** und in der Regel weitere Abschlüsse aufweisen

## 1.2 Konstitutive Merkmale des Gebäudes

- a) ortsfeste Einrichtung
- b) feste Überdachung mit dem Zweck, Menschen/Tiere/Sachen zu schützen

[optional (d. h. nicht begriffsnotwendig, aber häufig gegeben): weitere (räumliche) Abschlüsse (insb. Wände)]

Beispiele von Gebäuden: Einfamilienhaus, Mehrfamilienhaus, Carport, fester Unterstand ohne jegliche Einwandung

## 1.3 Abgrenzung des Gebäudes von der Fahrnisbaute

Das massgebende Kriterium für diese Abgrenzung ist das hiervor in Ziff. 1.2 **Bst. a** genannte Kriterium, die **Ortsfestigkeit**.

Nach Art. 677 ZGB sind Fahrnisbauten «Hütten, Buden, Baracken u. dgl. ..., ... [die] ohne Absicht bleibender Verbindung auf fremdem Boden aufgerichtet sind ... » Allerdings hat der Begriff der Fahrnisbaute hier eine andere Funktion. Es geht um die ausnahmsweise Durchbrechung des die Regel bildenden Akzessionsprinzips (deshalb: «... auf fremdem Boden ...»). Eine zentrale Stellung kommt hier deshalb dem *Willensmoment*, der Absicht des (auf fremdem Boden bauenden) Erstellers zu.

Im öffentlichen Baurecht steht hingegen das *objektive Moment*, die Ortsfestigkeit als solche, d. h. die Intensität der Verbindung der Baute mit dem Boden in Zentrum. Ortsfest im Sinne von § 21<sup>bis</sup> Abs. 1 KBV ist eine Baute dann, wenn sie nur mit erheblichem Aufwand örtlich verlegt werden kann (und dabei evtl. auch Schaden nimmt).

Beispiele von Fahrnisbauten: Schiffscontainer, Baubaracke, Kleintierstall, Zelt

**Merke:** Bei Fahrnisbauten kann gemäss Praxis des BJD in der Regel auf ein Baugesuch verzichtet werden, wenn sie nicht länger als drei Monate stehen bleiben sollen.

## 1.4 Abgrenzung der Baute von der baulichen Anlage

Das massgebende Kriterium für diese Abgrenzung ist das vorstehend in Ziff. 1.2 **Bst. b** erwähnte Kriterium, das Vorhandensein einer **festen Überdachung**.

Ob eine Überdachung «fest» im Sinne von § 21<sup>bis</sup> Abs. 1 KBV ist oder nicht, bestimmt sich nicht nach ihrem Material (z.B. Ziegel oder Plane), sondern nach der *Stetigkeit ihres Vorliegens*: Eine feste Überdachung ist *immer* vorhanden.

- a) Der bereits erwähnte Schiffscontainer weist eine feste Überdachung auf, ist demnach eine Baute (Fahrnisbaute). Aus diesem Grund hat er - auch wenn aufgrund der beabsichtigten kurzen Verweildauer eventuell nicht baubewilligungspflichtig ist (vgl. hiervor Ziff. 1.3 am Ende) - u.a. den Grenzabstand zur Nachbarsparzelle einzuhalten.



Die fast gleich aussehende Grossmulde ist oben offen und demzufolge eine bauliche Anlage.



Wie sieht es hier mit dem Grenzabstand aus? Die Lösung kann wohl nur dahin gehen, dass auch die Grossmulde den ordentlichen Grenzabstand (der 2.00 m betragen dürfte) einzuhalten hat, und zwar kraft analoger Anwendung der Abstandsvorschriften. Grund: Die Grossmulde ist fassadenbildend und insofern macht es für den betroffenen Nachbarn keinen Unterschied, welches der beiden Behältnisse an seiner Grenze steht.

#### b) Weitere Beispiele: Festzelt und Partyzelt

Die klassische «Festhütte» ist fest überdacht. Ihr Dach ist zwar «weich» (Plane), aber fix (d. h. immer vorhanden).



Was vorliegt, ist somit eine *Fahrnisbaute*. Die Festhütte wird aber i.d.R. nicht bau-bewilligungspflichtig sein, weil nur für kurze Dauer errichtet. Dessen ungeachtet hat sie u.a. die ordentlichen Grenzabstände einzuhalten.

Wie sieht es nun mit dem Partyzelt aus, das typischerweise im Garten oder auf der Terrasse errichtet wird, wenn dessen «Gerippe» (Tragkonstruktion) *ganzjährig* stehen bleibt - und evtl. sogar massiv fundiert ist -, dessen «Weichteile» (und damit auch das Dach) über den Winter jedoch abgebaut werden, um nicht Schaden zu erleiden? Baute oder bauliche Anlage?

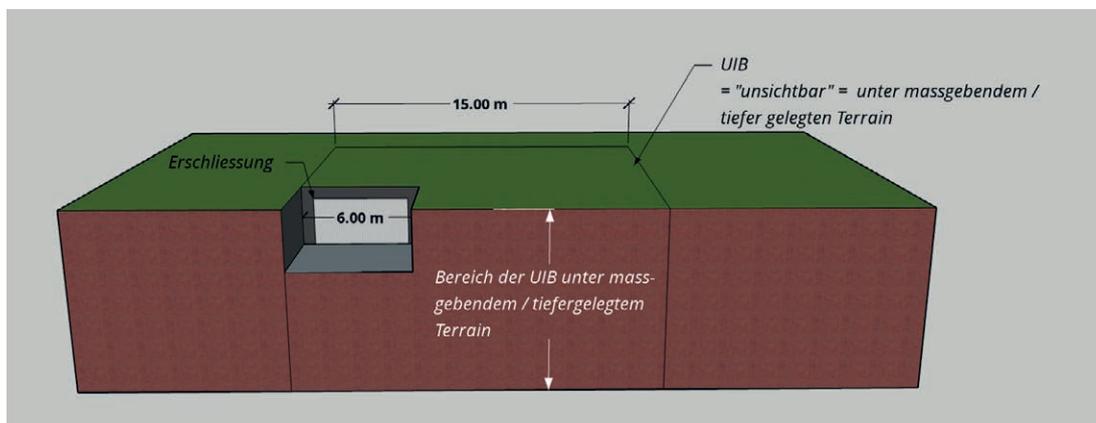


In der Regel wird auf eine *Baute* zu schliessen sein, weil das Dach (und allfällige weitere «Weichteile») jeweils länger als drei Monate pro Jahr vorhanden sein dürfte. Damit gelangen auch die Abstandsvorschriften zur Anwendung. Sollte hingegen von einer *Anlage* auszugehen sein, stellt sich immer noch die Frage einer allenfalls *analogen* Anwendung der Abstandsvorschriften, da dieselbe fassadenbildend sein dürfte (vgl. vorstehend lit. a am Ende).

## 2. Unterirdische Bauten (UIB) - § 21<sup>bis</sup> Abs. 2 KBV

*Unterirdische Bauten sind Gebäude (§ 21<sup>bis</sup> Abs. 1 KBV), die, mit Ausnahme der Erschliessung sowie der Geländer und Brüstungen, vollständig unter dem massgebenden (§ 16<sup>bis</sup> KBV) respektive unter dem tiefer gelegten Terrain (§ 63<sup>bis</sup> KBV [Terrainvertiefungen]) liegen (Anhang I, Figur 9).*

### 2.1 «Unsichtbarkeit»



UIB müssen entsprechend der Definition vollständig unter dem massgebenden respektive unter dem tiefer gelegten Terrain liegen und somit «unsichtbar» sein. Aus der Definition in § 21<sup>bis</sup> Abs. 2 KBV folgt zudem, dass Aufschüttungen nicht dazu dienen können, über dem massgebenden Terrain liegende Bauten zu unterirdischen zu machen.<sup>1</sup>

Mit «Erschliessung» ist der Zugang oder die Zufahrt, d.h. Hauseingänge und Garageneinfahrten, gemeint. Denkbar ist neben Treppenabgängen auch eine Zufahrt, bei welcher nur das Zufahrtstor zum unterirdischen Bau an der Erdoberfläche sichtbar ist. Hinsichtlich die Frage, welches Ausmass Abgrabungen für eine solche Erschliessung aufweisen dürfen, geht aus der KBV keine Beschränkung hervor. Damit allerdings die Definition der UIB als vollständig unter dem gewachsenen bzw. abgegrabenen Terrain liegendes und also «unsichtbares» Gebäude zufolge massiver Abgrabungen nicht ihres Sinnes entleert wird, ist eine analoge Anwendung der für das Untergeschoss (vgl. § 17 KBV) geltenden Regel von § 63<sup>bis</sup> Abs. 3 KBV im dem Sinne angezeigt, dass die zwecks Erschliessung erfolgende Abgrabung in ihrer Breite höchstens 6 m betragen darf. Man-

<sup>1</sup> IVHB-Erläuterungen vom 3. September 2013, Ziff. 2\_4.

gels sichtbarer Fassade bei der UIB fällt eine analoge Anwendung der Drittel-Regel demgegenüber ausser Betracht. Überschreitet eine zwecks Erschliessung vorgenommene Abgrabung das Mass von 6 m, wäre somit eine (gestalterisch) unzulässige UIB anzunehmen, welche nicht bewilligungsfähig wäre.

## 2.2 *Grenzabstand*

UIB dürfen bis an die Grenze gebaut werden, wenn dadurch keine nachbarlichen Interessen beeinträchtigt werden (vgl. § 22 Abs. 6 KBV; zu beachten sind aber Abstände zu den öffentlichen Verkehrsanlagen [§ 46 Abs. 1 KBV]). Diese nachbarrechtlichen Interessen werden einerseits durch das öffentliche Recht mit § 62 KBV (Terrinauffüllungen und Abgrabungen), welcher insbesondere in Zusammenhang mit der Erschliessung der UIB relevant ist, geschützt. Andererseits ergeben sich auch aus dem Privatrecht (Art. 685, 674 Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 [ZGB; SR 210]) Vorschriften, auf welche sich ein Nachbar berufen könnte, wobei derartige privatrechtliche Einwendungen dem Zivilrichter und nicht der Baubehörde vorzutragen wären (vgl. § 9 Abs. 3 KBV). Denn privatrechtliche Sachverhalte sind im Baubewilligungsverfahren bloss dann (summarisch) zu prüfen, wenn das Bauvorhaben öffentlich-rechtliche Vorschriften verletzt oder wenn die Baubewilligung den Bestand ziviler Rechte voraussetzt, wie z.B. beim Bauen auf fremdem Grund das Einverständnis des Grundeigentümers (vgl. § 5 Abs. 1 lit. a KBV).<sup>2</sup>

## 2.3 *Ausnahme bezüglich Waldabstand*

Gemäss § 3 Abs. 1 lit. c Verordnung über Waldfeststellung und Waldabstand vom 15. Juni 1993 (VWW; BGS 931.72) gilt der Waldabstand in der Bauzone nicht für UIB, wenn sie im Bereich des Waldabstandes vollständig überdeckt, humusiert und begrünt sind. Liegt die UIB am Hang, so darf die in Erscheinung tretende Front nicht hinter der massgeblichen Waldabstandslinie liegen und der natürliche Terrainverlauf nicht wesentlich geändert werden. Zu beachten ist jedoch unter Umständen der hiernach erläuterte «Heckenabstand» (vgl. dazu hiernach Ziff. 2.4).

Art. 7 Abs. 4<sup>bis</sup> Umweltschutzgesetz vom 7. Oktober 1983 (USG; SR 814.01) definiert, dass als Boden nur die oberste, unversiegelte Erdschicht, in der Pflanzen wachsen können, gilt. Eine zureichende Humusierung des Oberbodens gemäss § 3 Abs. 1 lit. c VWW setzt demzufolge eine lockere, von Pflanzen stark durchwurzelte Bodenschicht von in der Regel 5 - 30 cm Mächtigkeit voraus.<sup>3</sup> Daraus lässt sich schliessen, dass je nach örtlichen Begebenheiten die Bodenbeschaffenheit bzw. die Humusierung des Oberbodens variieren kann, was jedoch im Einzelfall abzuklären ist. Erfahrungsgemäss beträgt die Humusierung des Oberbodens in der Regel jedoch zwischen 20 - 30 cm.<sup>4</sup>

## 2.4 *Abstand bezüglich Hecken und anderen Lebensräumen von bedrohten Tier- und Pflanzenarten*

Die im Kanton Solothurn massgebliche Bestimmung zu Hecken und anderen Lebensräumen von bedrohten Tier- und Pflanzenarten ist § 20 Verordnung über den Natur- und Heimatschutz vom 14. November 1980 (NHV SO; BGS 435.141). Gemäss § 20 Abs. 2 NHV hat das BJD die Richtlinie über Feststellung und Unterhalt von Hecken und Ufergehölzen (nachfolgend: Heckenrichtlinie) erlassen. Nach Ziffer 2 b) der Heckenrichtlinie besteht - im Unterschied zum vorgenannten Waldabstand - ein generelles Bauverbot innerhalb des Bauabstandes, unter anderem für ober- und auch für unterirdische Bauten und Anlagen, Terrainveränderungen, Baugruben, Kleinbauten (z.B. Freizeitanlagen, fest installierte Grills) und Wege mit Hartbelägen. Der erforderliche Bauabstand von

<sup>2</sup> Vgl. ZAUGG ALDO/LUDWIG PETER, in: Baugesetz des Kantons Bern vom 9. Juni 1985 - Kommentar Band I, (Art. 1-52, öffentliches Baurecht), 5. Aufl., Bern 2020, Art. 2 N 4a.

<sup>3</sup> Vgl. hierzu PIERRE TSCHANNEN, in: Kommentar zum Umweltschutzgesetz, Erläuterungen zum Bodenschutz (Art. 33-35), 2. Aufl., 1999, und Erläuterungen zur Verordnung vom 1. Juli 1998 über Belastungen des Bodens [VBBO], 2001, Abbildung 1.

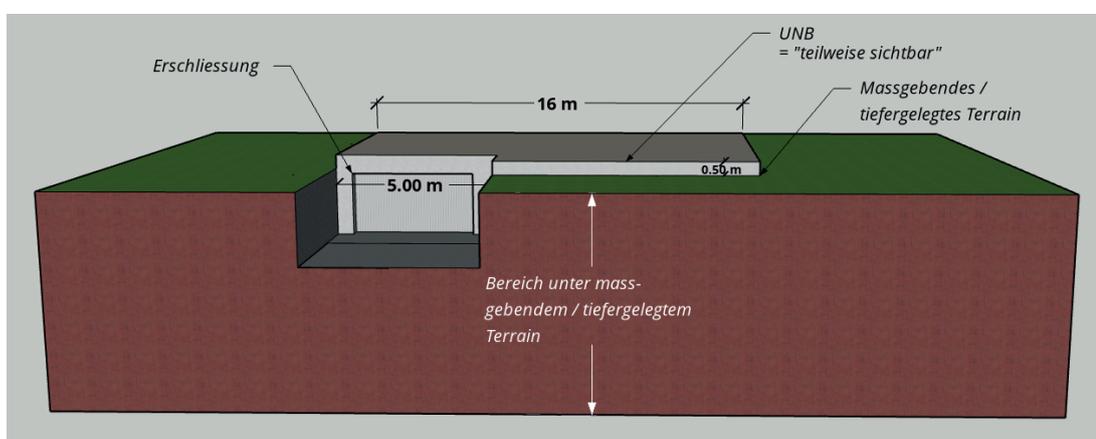
<sup>4</sup> Vgl. BJD-Nr. 2020/53.

4 m bestimmt sich nach § 20 Abs. 5 NHV (ausserhalb der Bauzone ist ein Abstand von 4 m einzuhalten). Ausnahmegewilligungen bedürfen gemäss Ziffer 3.1 Heckenrichtlinie i.V.m § 20 Abs. 3 NHV eines wichtigen Grundes. Ein solcher kann vorliegen, wenn ein Grundstück wegen einer Hecke nicht überbaut oder nicht erschlossen werden kann. Der Tatbestand einer Ausnahme ist jedoch z.B. nicht von Vorneherein gegeben, wenn sich eine Hecke lediglich auf die Bauweise auswirkt (z.B. Stellung der Gebäude; Ziff. 3.1 Abs. 2 Heckenrichtlinie). In analoger Anwendung von § 67 KBV kann von einem wichtigen Grund ausgegangen werden, falls die Einhaltung einer materiellen Rechtsnorm eine unverhältnismässige Härte bedeuten würde und keine öffentlichen oder schützenswerten privaten Interessen verletzt würden.<sup>5</sup>

### 3. Unterniveaubaute (UNB) - § 21<sup>bis</sup> Abs. 3 KBV

Unterniveaubauten sind Gebäude (§ 21<sup>bis</sup> Abs. 1 KBV), die höchstens 0.5 m über das massgebende (§ 16<sup>bis</sup> KBV) respektive über das tiefer gelegte Terrain (§ 63<sup>bis</sup> KBV [Terrainveränderungen]) hinausragen (Anhang I, Figur 9).

#### 3.1 Mit Maximalmass beschränkte «Sichtbarkeit»



Der Maximalwert von 0.5 m, mit welchem die UNB über das massgebende resp. tiefer gelegte Terrain hinausragen darf, stellt kein Durchschnittsmass dar, d.h. «Kompensationen» sind nicht möglich. Sobald die Baute an einem Punkt das Mass von 0.5 m überschreitet, liegt ein Vollgeschoss (§ 16<sup>ter</sup> Abs. 1 KBV) vor (vgl. hiernach Tabelle in Ziff. 4), welches im Unterschied zur UNB insbesondere nicht von der Privilegierung beim Grenzabstand (vgl. § 22 Abs. 6 KBV) profitieren kann.

Die Skizzen in Anhang I zur KBV, Figur 9, zeigen, wie das «zulässige Mass» von 0.5 m gemessen wird: Von der «Oberkante des fertigen Bodens» (= Decke)\* der UNB zur Fasadenslinie (§ 21<sup>ter</sup> Abs. 2 KBV) respektive zur Schnittlinie der Fassadenflucht (§ 21<sup>ter</sup> Abs. 1 KBV) mit dem tiefsten Punkt des massgebenden oder tiefer gelegten Terrains. Werden also Abgrabungen vorgenommen, so ist ab dem tiefer gelegten Terrain zu messen.<sup>6</sup>

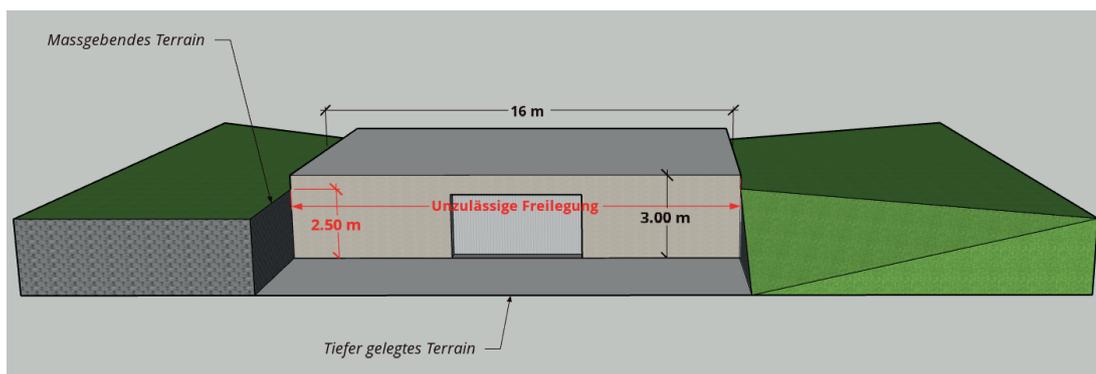
\*Die Umschreibung «Oberkante des fertigen Bodens» ist missverständlich. Damit ist im Grunde die «Decke» der UNB gemeint. Denn die UNB ist freistehend, d.h. sie verfügt im Unterschied zum Untergeschoss (vgl. § 17 KBV) nicht über ein darüberliegendes Geschoss bezüglich welchem von einem Boden gesprochen werden könnte (vgl. hiernach Tabelle in «Abgrenzung zwischen Vollgeschoss, Untergeschoss [UG], unterirdischer Baute [UIB] und Unterniveaubaute [UNB]»).

<sup>5</sup> Vgl. BJD-Nr. 2014/106.

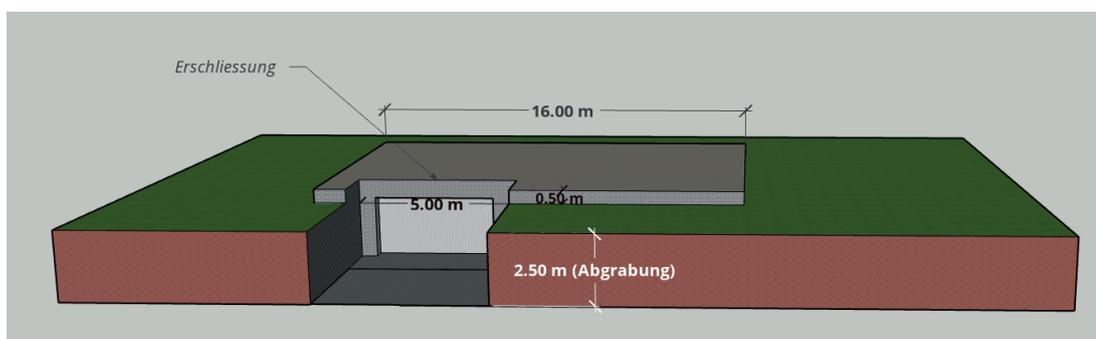
<sup>6</sup> IVHB-Erläuterungen vom 3. September 2013, Ziff. 2\_5.

### 3.2 Erschliessung, Geländer und Brüstungen

Die Erschliessung sowie Geländer und Brüstungen sind in § 21<sup>bis</sup> Abs. 3 KBV nicht ausdrücklich erwähnt. Es steht jedoch ausser Frage, dass die UNB - gleich wie die UIB - über eine Zufahrt oder einen Zugang erschlossen sein muss und dass für diesen Bereich das Maximalmass von 0.5 m ab dem massgebenden bzw. tiefer gelegten Terrain nicht zu berücksichtigen ist bzw. im betreffenden Bereich das Maximalmass überschritten werden darf. Allerdings müssen auch bei UNB die zwecks Erschliessung erfolgenden Abgrabungen beschränkt sein (vgl. hiervor zur UIB Ziff. 2.1). Andernfalls könnten Abgrabungen für die Hauseingänge und Garageneinfahrten dazu führen, dass eine UNB über eine gesamte Fassadenlänge freigelegt würde und die UNB damit als Vollgeschoss in Erscheinung treten würde. **Unzulässig** wäre somit folgendes Beispiel:



Bei der UNB bietet sich ebenfalls eine analoge Anwendung von § 63<sup>bis</sup> Abs. 3 KBV an, d.h. dass die Erschliessung (Hauseingänge und Garageneinfahrten) sowie Licht- und Lüftungsschächte einen Drittel der Fassadenlänge nicht überschreiten und ihre Länge insgesamt höchstens 6 m betragen darf. Im übrigen Bereich darf die Fassade der UNB somit maximal 0.5 m über das massgebende respektive über das tiefer gelegte Terrain hinausragen:



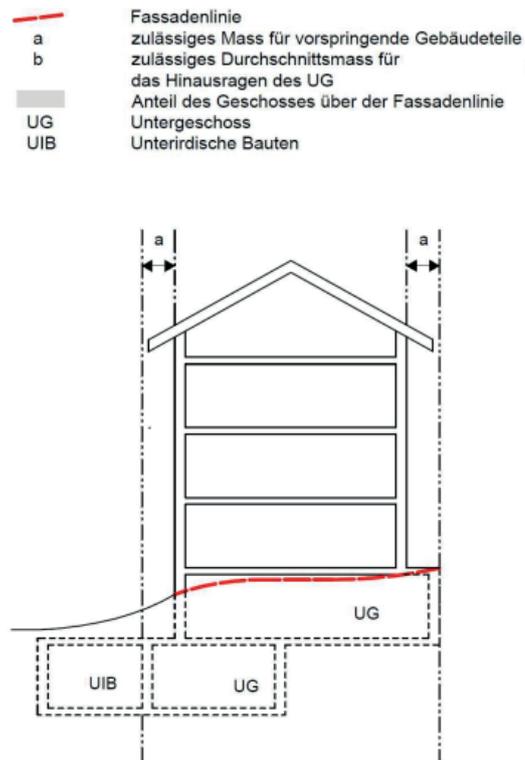
### 3.3 Grenzabstand

Siehe hierzu die Ausführungen bei Ziff. 2.2. betreffend die UIB, welche auch für die UNB gelten. Anzumerken ist, dass § 3 Abs. 1 lit. c VWW betreffend den Waldabstand nur für die UIB, nicht aber für UNB gilt.

## 4. Abgrenzung zwischen Vollgeschoss, Untergeschoss (UG), unterirdischer Baute (UIB) und Unterniveaubaute (UNB)

UIB dürfen entsprechend der Definition in § 21<sup>bis</sup> Abs. 2 KBV nicht «sichtbar» sein, sondern müssen vollständig unter dem massgebenden respektive unter dem tiefer gelegten Terrain liegen (vgl. dazu hiervor Ziff. 2.1). In diesem Punkt unterscheiden sich UIB von UNB, die bis zu höchstens 0.5 m über das massgebende oder tiefer gelegte Terrain

hinausragen dürfen (§ 21<sup>bis</sup> Abs. 3 KBV; vgl. dazu hiervor in Ziff. 3.1).<sup>7</sup> Sowohl UIB wie auch UNB weisen im Unterschied zu UG (§ 17 KV; vgl. dazu hiernach Ziff. 12) grundsätzlich kein darüber liegendes Geschoss auf, sondern sind «unsichtbar» bzw. freistehend<sup>8</sup>. Wie sich aus der Figur 2 in Anhang I zur KBV zeigt, ist die Frage, ob ein UG, eine UIB, eine UNB oder gar eine Kombination davon vorliegt, nicht immer leicht zu beantworten.



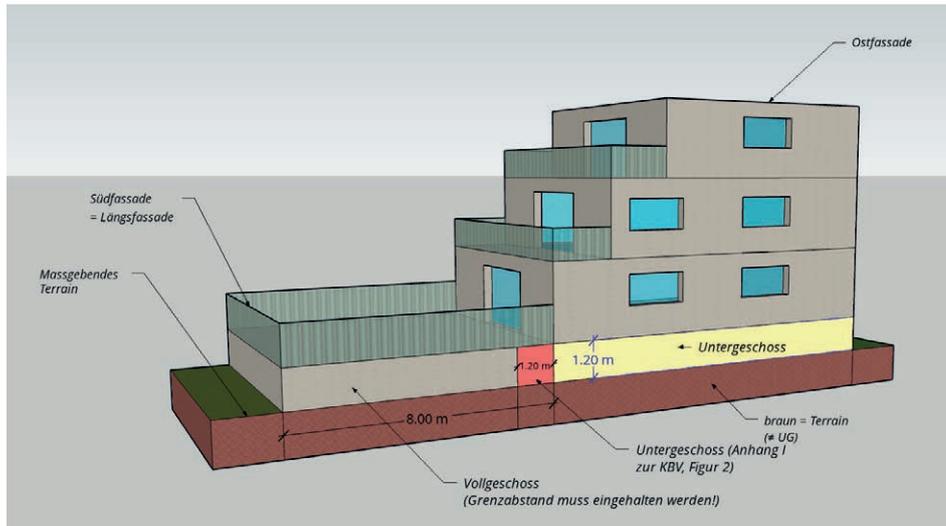
**Figur 2 Untergeschosse**

Gestützt auf die Definitionen der UIB, der UNB und des UG sind insbesondere folgende Situationen zu differenzieren:

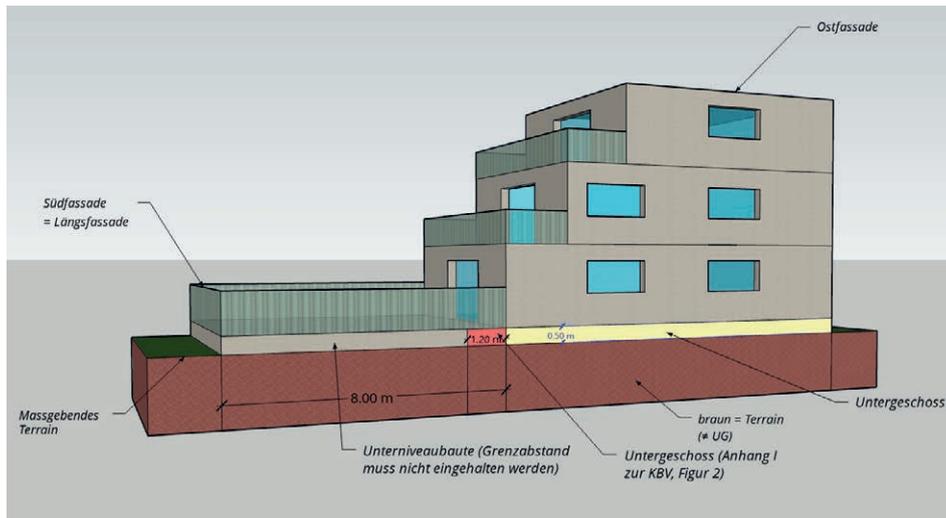
<sup>7</sup> IVHB-Erläuterungen vom 3. September 2013, Ziff. 2\_4.

<sup>8</sup> Vgl. BJD-Nr. 2019/7.

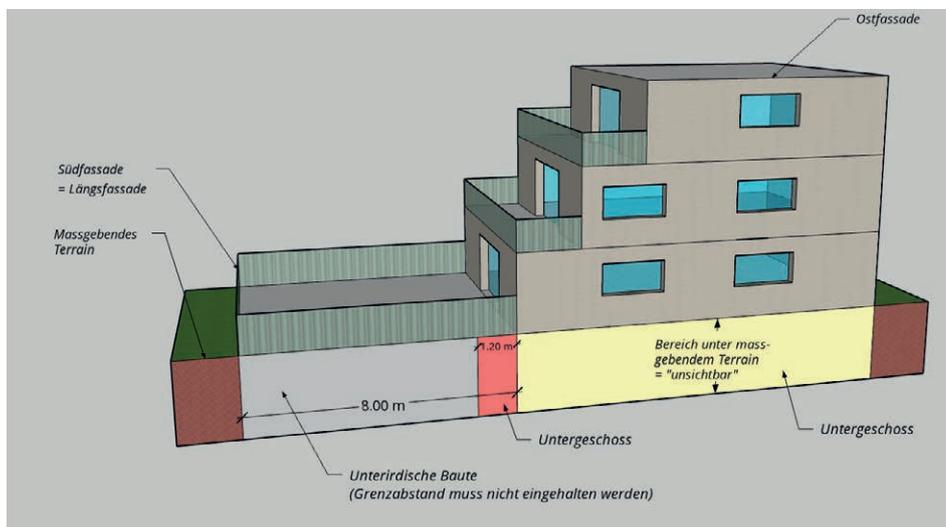
**Bild 1:**



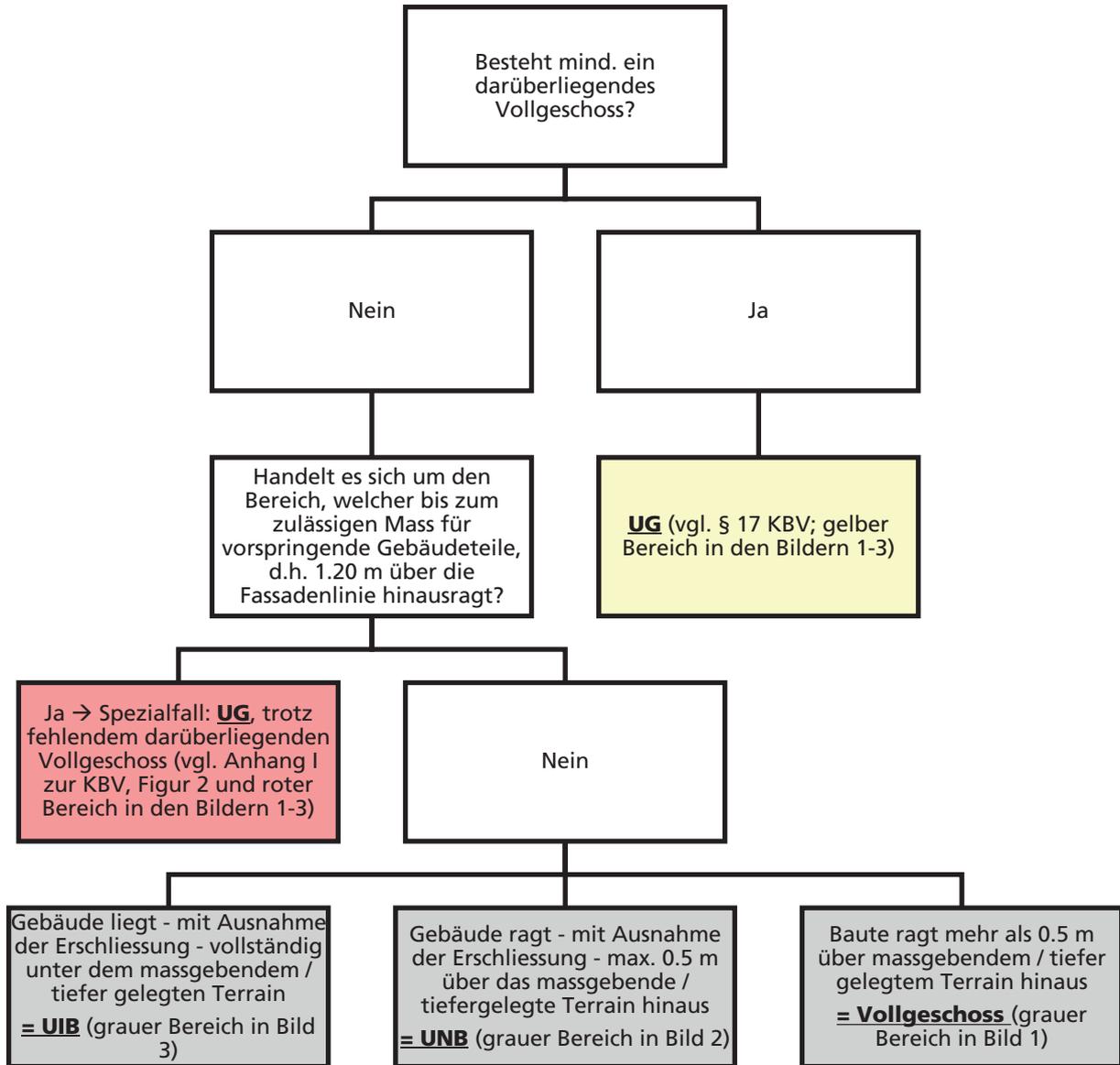
**Bild 2:**



**Bild 3:**



Weiter kann folgendes Frageschema als Hilfestellung herangezogen werden:



## 5. Vorspringende Gebäudeteile - § 21<sup>ter</sup> Abs. 4 KBV

*Vorspringende Gebäudeteile, wie Erker, Vordächer, Aussentreppen, Balkone, ragen höchstens 1.2 m in der Tiefe über die Fassadenflucht hinaus (Anhang I, Figur 11).*

### 5.1 Wann liegt ein vorspringender Gebäudeteil vor?

Der Verordnungstext definiert den «vorspringenden Gebäudeteil» nicht im eigentlichen Sinn. Er enthält bloss eine (nicht abschliessende) beispielhafte Aufzählung von solchen Gebäudeteilen und begrenzt deren maximal zulässige Ausladung (das Übertreten der Fassadenflucht) auf 1.20 m (zur Fassadenflucht siehe nachfolgend Ziff. 6).

Welches sind nun die Begriffsmerkmale des vorspringenden Gebäudeteils?

Es gibt nur deren zwei, nämlich:

- a) Seine Ausladung - der Vorsprung eben - beträgt maximal 1.20 m.
- b) Dem vorspringenden Gebäudeteil kommt untergeordneter Charakter zu; d.h., es muss sich beim vorspringenden Gebäudeteil um einen *untergeordneten Gebäudeteil* handeln (= Missbrauchsschranke).

Gemäss einem Urteil des bernischen Verwaltungsgerichts aus dem Jahr 2021 (zur IVHB) bedeutet dies:

- vorspringende Gebäudeteile dürfen - was (für den Kanton Solothurn) *neu* ist - auch auf dem Boden stehen.

(Des früheren unzulässigen Tricks mit der «schwebenden Aussentreppe», die erst 10 oder 20 cm über Terrain beginnt, bedarf es also nicht mehr.)

- vorspringende Gebäudeteile dürfen vollständig umschlossen sein.

(Früher etwa waren nur offene Hauseingänge nicht grenzabstandsrelevant [vgl. § 22 Abs. 1 alte KBV].)

- vorspringende Gebäudeteile sind in ihrer Breite nicht limitiert.

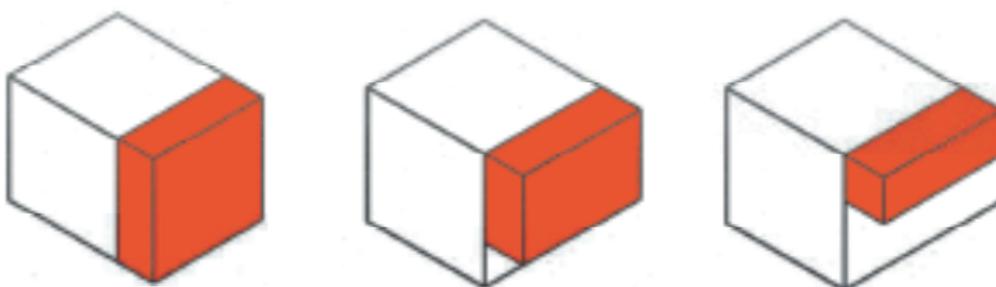
(Bsp.: Vordach, das sich über die ganze Fassadenlänge erstreckt.)

- vorspringende Gebäudeteile dürfen sich über mehrere Geschosse erstrecken.

(Bsp.: mehrgeschossiger Erker)

Daraus ergibt sich von selbst, dass der Missbrauchsschranke (Kriterium b) erhebliche Bedeutung zu kommt.

Was etwa klar nicht geht, ist das Folgende (= Abbildung aus dem Mitteilungsblatt «Baukonferenzen November 2017», S. 57):



Hier liegen, weil nicht untergeordnet, keine vorspringenden Gebäudeteile, sondern normale Teile des Gebäudes vor.

## 5.2 Was ist sonst noch neu gegenüber der bisherigen Regelung?

- a) Wenn die Ausladung das für vorspringende Gebäudeteile zulässige Mass von 1.20 m übersteigt, «springt» die Fassadenflucht - und damit die für die Einhaltung des Grenzabstandes massgebende (projizierte) Fassadenlinie - direkt zur Vorderkante des Balkons, Vordachs etc., und nicht nur - wie bisher (vgl. § 22 Abs. 1 aKBV) - um das Übermass (z.B. um 20 cm bei einer Ausladung von 1.40 m) nach vorne. M.a.W. verliert der betreffende Bauteil die Eigenschaft eines vorspringenden Gebäudeteils gänzlich.

- b) Weil vorspringende Gebäudeteile neu auch auf dem Boden stehen dürfen, spielt es heute keine Rolle mehr, ob etwa ein Balkon abgestützt ist oder nicht. Der Grenzabstand wird entweder ab der Hauptfassade oder - wenn die Ausladung 1.20 m übersteigt - ab der Stirnseite des vorspringenden Gebäudeteils gemessen. Einer allfälligen Abstützung kommt demnach nur noch dann Bedeutung zu, wenn sie weiter auslädt als der abgestützte Gebäudeteil selbst und zugleich das Mass von 1.20 m überschreitet.

### 5.3 Keine analoge Regelung für (unbedeutende) Rücksprünge in der Fassade

Während Vorsprünge von Bauteilen untergeordneten Charakters sich allein dann auf die Fassadenflucht und -linie auswirken, wenn sie ein bestimmtes Mass - nämlich 1.20 m - überschreiten, und deshalb keine vorspringenden Gebäudeteile mehr sind, gibt es für Rücksprünge in der Fassade keine analoge Beschränkung. Sie wirken sich - unbezogen ihrer «Tiefe» - immer auf die Fassadenflucht und -linie aus, wenn sie sich über sämtliche Vollgeschosse erstrecken (vgl. dazu Figur 10 im Anhang zur KBV, jeweils die Abbildung rechts).

Im Sinne einer Präzisierung der Ausführungen im Mitteilungsblatt 2020 (vgl. S. 36: «Merke: Rücksprünge werden bei der Fassadenlinie unabhängig des Masses berücksichtigt.») ist hierzu Folgendes zu bemerken:

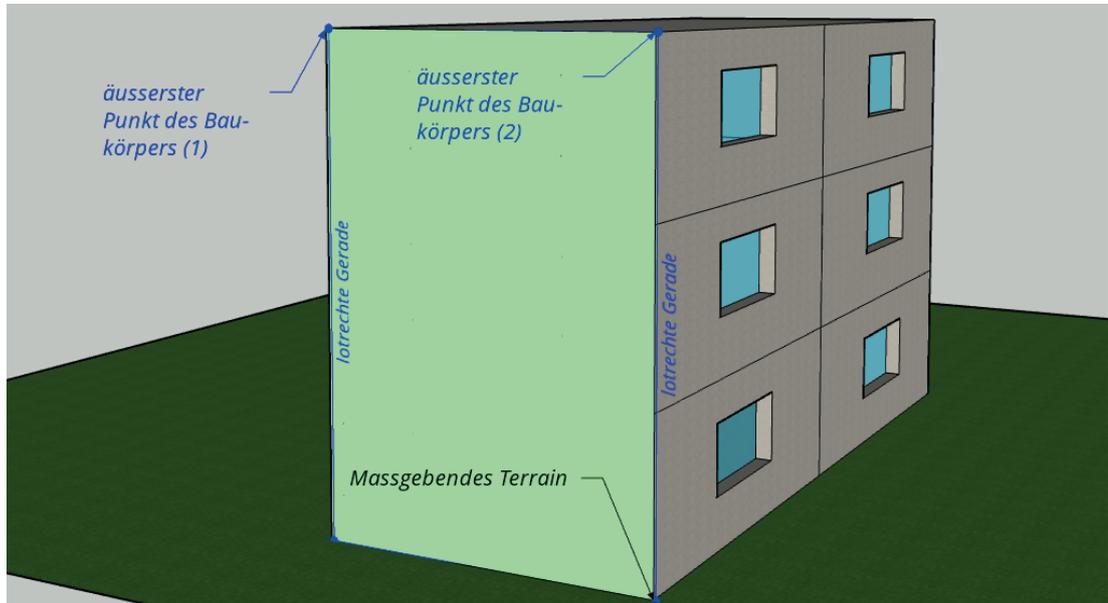
Soweit sich der Rücksprung nicht über alle Vollgeschosse, d.h. nicht von unten bis oben über die gesamte Fassadenflucht (§ 21<sup>ter</sup> Abs. 1 KBV) erstreckt, ist der Rücksprung (oranger Bereich in der Skizze unten) aber für die Beurteilung, ob ein vorspringender Gebäudeteil im Sinne von § 21<sup>ter</sup> Abs. 4 KBV vorliegt, nicht zu beachten. Mit anderen Worten: Der Balkon ist - gemessen ab der Fassadenflucht (grün in der Skizze) - als vorspringender Gebäudeteil zu qualifizieren. Dies hat entsprechend dem Beispiel in der Skizze unten zur Konsequenz, dass der Balkon nicht etwa 3.70 m auskragt und also um den Rücksprung von 2.50 m «verlängert» wird, sondern es bei einem Vorsprung von 1.20 m im Sinne von § 21<sup>ter</sup> Abs. 4 KBV ab der Fassadenflucht (grün in der Skizze) bleibt.



Anders wäre der Fall zu beurteilen, bei welchem sich der Rücksprung über die gesamte Fassadenflucht der Baute, d.h. von unten bis nach oben, erstreckt, sodass letztlich das Bild von versetzten Fassadenfluchten entsteht (vgl. hiernach Ziff. 6.2).

## 6. Fassadenflucht - § 21<sup>ter</sup> Abs. 1 KBV

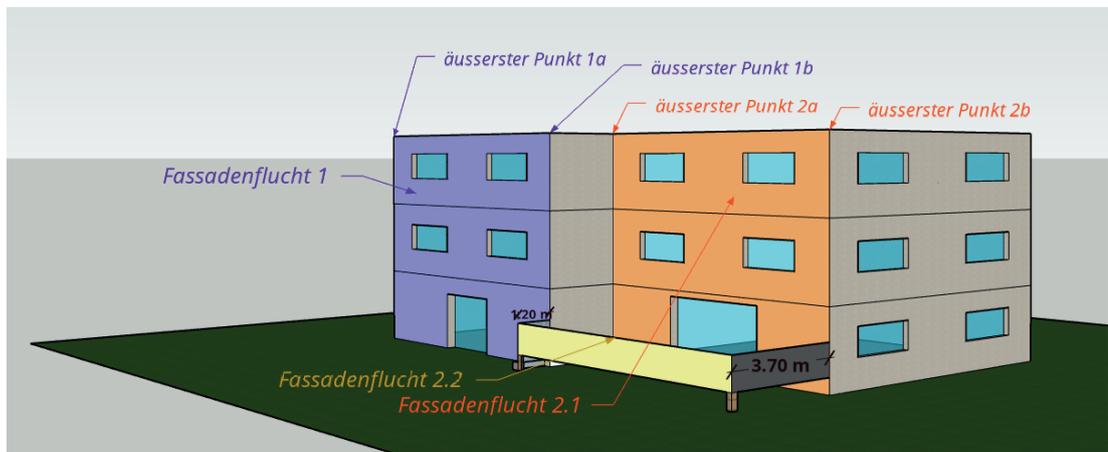
Die **Fassadenflucht** ist die Mantelfläche, gebildet aus den lotrechten Geraden durch die äussersten Punkte des Baukörpers über dem massgebenden Terrain (§ 16<sup>bis</sup> KBV), wobei vorspringende Gebäudeteile (§ 21<sup>ter</sup> Abs. 4 KBV) nicht berücksichtigt werden (Anhang I, Figur 10).



### 6.1 Hilfsgrösse

Die Fassadenflucht ist eine Hilfsgrösse, welche im Wesentlichen der Bestimmung der Fassadenlinie (§ 21<sup>ter</sup> Abs. 2 KBV; ebenfalls eine Hilfsgrösse) dient und in diesem Zusammenhang im Rahmen der Geschossdefinitionen (§ 17 Abs. 1 KBV [Untergeschoss]; 17<sup>bis</sup> Abs. 1<sup>bis</sup> [Kniestockhöhe beim Dachgeschoss]), bei der Fassadenhöhe (§ 18 Abs. 1 und 2 KBV), und insbesondere auch bei der Ermittlung von vorspringenden Gebäudeteilen (§ 21<sup>ter</sup> Abs. 4 KBV) zum Tragen kommt.

### 6.2 Gebäude mit versetzten Fassaden



In diesem Fall ist von drei Fassadenfluchten auszugehen (Fassadenflucht 1 [violett] und 2.1 [orange] und 2.2 [gelb]). Hinsichtlich der Frage, ob es sich beim Balkon um einen vorspringenden Gebäudeteil handelt (vgl. dazu hiavor Ziff. 5), ist entsprechend der Definition in § 21<sup>ter</sup> Abs. 4 KBV von der Fassadenflucht aus zu messen, von welcher der

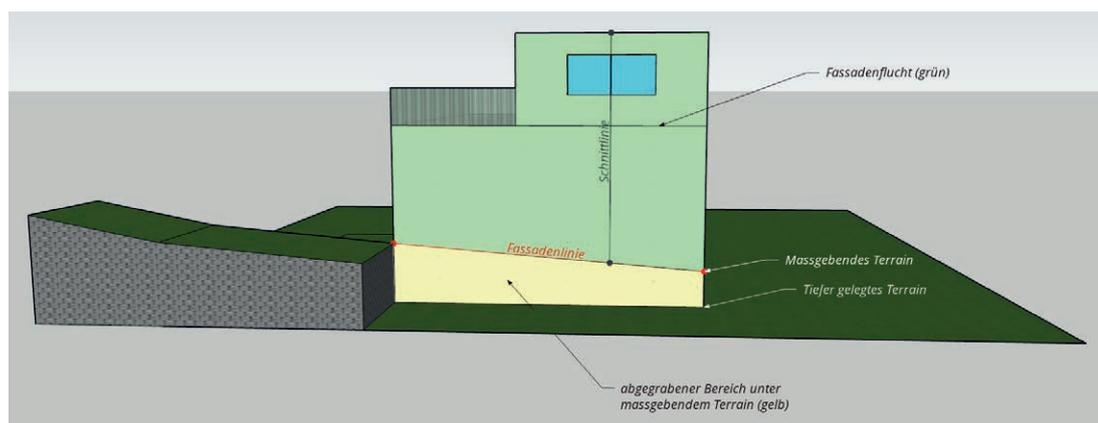
Balkon auskragt, was in vorliegendem Beispiel die Fassadenflucht 2.1 (orange) ist. Hier beträgt die Tiefe des Balkons 3.70 m und somit ist das privilegierende Mass von 1.20 m für vorspringende Gebäudeteile um 2.50 m überschritten. Dies hat zur Folge, dass hier, d.h. im 1. Geschoss der orangen Fassadenflucht, die Fassadenflucht fiktiv nach vorne zur Vorderkante des Balkons (Fassadenflucht 2.2 [gelb]) springt. Diese gelbe Fassadenflucht liegt sogar 1.20 m weiter vorne als die Fassadenflucht 1 (violett).

Falsch wäre es demgegenüber, den Balkon in Bezug auf die Fassadenflucht 1 (violett) einerseits als um 2.50 m rückspringend sowie als um 1.20 m vorspringend zu beurteilen, und demnach von einem privilegierten, vorspringenden Gebäudeteil gemäss § 21<sup>ter</sup> Abs. 4 KBV auszugehen, weil der Balkon in Bezug auf die Fassadenflucht 1 (violett) lediglich um 1.20 m auskragt.

## 7. Fassadenlinie - § 21<sup>ter</sup> Abs. 2 KBV

Die **Fassadenlinie** ist die **Schnittlinie** von **Fassadenflucht** (§ 21<sup>ter</sup> Abs. 1 KBV) und **massgebendem Terrain** (§ 16<sup>bis</sup> KBV; vgl. Anhang I, Figur 10)

Die Fassadenlinie verläuft definitionsgemäss auf dem massgebenden Terrain (§ 16<sup>bis</sup> KBV) und dient zur Bestimmung der Höhenmasse von Gebäuden (§ 18 Abs. 1 KBV) und Untergeschossen (§ 17 KBV). Sie ist also eine Referenz für die verschiedensten vertikalen Messungen.<sup>9</sup>



## 8. Projizierte Fassadenlinie - § 21<sup>ter</sup> Abs. 3 KBV

Die **projizierte Fassadenlinie** ist die **Projektion** der **Fassadenlinie** (§ 21<sup>ter</sup> Abs. 2 KBV) auf die Ebene der amtlichen Vermessung (Anhang I, Figur 10)

Die auf die Ebene der amtlichen Vermessung projizierte Fassadenlinie (§ 21<sup>ter</sup> Abs. 2 KBV) dient als Hilfsgrösse für die Bestimmung der Abstände (Grenz- und Gebäudeabstand; §§ 22 ff. KBV), der Gebäudelänge (§ 21 Abs. 2 KBV), Gebäudebreite (§ 21 Abs. 3 KBV) sowie der Überbauungsziffer (§ 35 KBV).

Der Begriff der «Ebene der amtlichen Vermessung» ist erklärungsbedürftig: Es handelt sich nicht um die «Ebenen» eines geografischen Informationssystems, sondern um die Projektion des Terrains auf eine Kugel. Die zumeist nur marginale Differenz zwischen projizierter Fassadenlinie und der «einfachen» Fassadenlinie im Sinne von § 21<sup>ter</sup> Abs. 2 KBV (vgl. hiervor Ziff. 7; siehe auch Anhang I zur KBV, Figur 10) erscheint im «normalen Baurechtsalltag» der Baubehörden vernachlässigbar, weshalb für die Ermittlung der Abstände i.d.R. auf die «einfache» Fassadenlinie abgestellt werden kann.

<sup>9</sup> IVHB-Erläuterungen vom 3. September 2013, Ziff. 3\_2.

## 9. Massgebendes Terrain - § 16<sup>bis</sup> KBV

Abs. 1:

*Als massgebendes Terrain gilt der natürlich gewachsene Geländeverlauf. Kann dieser infolge früherer Abgrabungen und Aufschüttungen nicht mehr festgestellt werden, ist vom natürlichen Geländeverlauf der Umgebung auszugehen.*

Abs. 2:

*Aus planerischen oder erschliessungstechnischen Gründen kann das massgebende Terrain in einem Planungs- oder im Baubewilligungsverfahren abweichend festgelegt werden.*

### 9.1 Vorbemerkung

Wir beschränken uns nachfolgend auf Ausführungen zu Absatz 1 der neuen Bestimmung. Zu Absatz 2 halten wir bloss kurz das Folgende fest: Von der hier eröffneten «Möglichkeit der Abweichung» (vom Faktischen) ist *zurückhaltend* Gebrauch zu machen - und dann eher im Verfahren der Nutzungsplanung als im Baubewilligungsverfahren. Grund: Der Grat zur Willkür ist schmal, und anders als bei Baubewilligungen, mit denen der Kanton (BJD) nur im Beschwerdefall zu tun hat, sind Nutzungspläne immer durch den Regierungsrat zu genehmigen.

### 9.2 Gewachsenes Terrain als massgebendes Terrain - § 16<sup>bis</sup> Abs. 2 als einzige Ausnahme zu dieser Regel!

Vorbemerkung: Wenn man sagen kann, dass eine Regelung durchaus auch einmal einfacher - klarer - werden darf, so ist dies hier zweifellos die treffende Stelle.

Der angesprochene «Segen» liegt im ersten Satz von § 16<sup>bis</sup> Abs. 1 KBV, wonach der «natürlich gewachsene Geländeverlauf» das massgebende Terrain abgibt - und das ohne jegliches Wenn und Aber! Dabei ist der natürlich gewachsene Geländeverlauf nichts anderes als das, was unter der Geltung der alten KBV (vgl. etwa deren §§ 17, 18 Abs. 2 und 34 Abs. 3) ursprünglich als «gewachsenes Terrain» verstanden worden, im Laufe der Zeit durch die Rechtsprechung jedoch (leider) verschiedentlich relativiert worden ist (vgl. etwa das verwaltungsgerichtliche Urteil SOG 1995 Nr. 22 und den als GER 2018 Nr. 1 publizierten Entscheid des BJD). § 16<sup>bis</sup> Abs. 1 Satz 1 KBV räumt - in seiner Absolutheit - mit diesen Relativierungen auf!

Wie im Titel angesprochen, bildet stets der «natürlich gewachsene Terrainverlauf» das massgebende Terrain. Einziger Vorbehalt bildet § 16<sup>bis</sup> Abs. 2 KBV, wonach das massgebende Terrain ausnahmsweise *bewusst* - also quasi «willkürlich» - abweichend vom natürlich gewachsenen Geländeverlauf festgelegt werden kann.

**Merke:** Keine Ausnahme von der Regel, wie sie Satz 1 von § 16<sup>bis</sup> Abs. 1 KBV definiert, stellt dessen Satz 2 dar! Dieser gibt nur vor, wie - bei einer bestimmten Konstellation (vgl. dazu nachfolgend Ziff. 9.3 lit. b/bb) - bei der Feststellung des natürlich gewachsenen Geländeverlaufs vorzugehen ist. Er basiert auf der (im Einzelfall jedoch widerlegbaren) Vermutung, dass der Geländeverlauf auf der interessierenden Parzelle - weil in jenen der Umgebung einbettet - aus letzterem hergeleitet werden kann.

Somit gilt: Gibt es Hinweise darauf, dass das heute vorhandene Terrain nicht dem «natürlich gewachsenen Geländeverlauf» entspricht [sprich: dass in der Vergangenheit Terrainveränderungen (Abgrabungen oder Aufschüttungen) vorgenommen worden sind], ist letzterer - weil massgebend - zu rekonstruieren. M.a.W.: Massgebend ist *das älteste mit verhältnismässigem («vernünftigem») Aufwand noch rekonstruierbare Terrain* (so explizit auch das Mitteilungsblatt 2017, S 38).

### 9.3 Feststellung des massgebenden Terrains

Wie wird das massgebende Terrain - der natürlich gewachsene Terrainverlauf - nun aber festgestellt?

- a) Ist das gewachsene Terrain noch unverändert vorhanden - was auch eine Feststellung beinhaltet (!) -, gibt es weiter nichts abzuklären.

Bsp.: Bauen auf grüner Wiese

- b) Steht hingegen fest oder ist immerhin zu vermuten, dass es in der Vergangenheit - und möglicherweise auch vor bereits langer Zeit - zu Terrainveränderungen gekommen ist, muss das gewachsene Terrain - soweit dies mit verhältnismässigem Aufwand noch machbar ist - *parzellenspezifisch* rekonstruiert werden, und zwar:

aa) in erster Linie gestützt auf vorhandene Belege zum betroffenen Grundstück selbst (etwa: frühere Pläne, frühere Baubewilligungen, Fotografien, Zeugnisaussagen etc.) und - sollten solche fehlen oder aber nicht weiterhelfen - ansonsten

bb) gestützt auf den *natürlichen* (!) Geländeverlauf der Umgebung, d. h. angrenzender Parzellen (sei dieser noch unverändert gegeben oder seinerseits vorerst zu rekonstruieren).

- c) Zu guter Letzt, d. h. (erst) wenn die Rekonstruktion im Sinne von lit. b (mit vernünftigem Aufwand) nicht mehr möglich ist, wird das *heute effektiv vorhandene* Terrain als massgebendes angenommen.

### 9.4 Was somit nicht gilt

..., und auch nie gegolten hat, obwohl in regelmässigen Abständen immer wieder behauptet: Dass das veränderte («gestaltete») Terrain nach einer gewissen Zeit (oft werden 30 Jahre erwähnt) - quasi automatisch - zum gewachsenen wird.

## 10. Geschosszahl - §§ 16 und 19 KBV

### § 16 Geschosszahl

Abs. 1:

*Die maximale Geschosszahl wird durch die Zonenvorschriften bestimmt. Wo solche fehlen, zum Beispiel ausserhalb von Bauzonen, sind höchstens 2 Vollgeschosse, in der Zone für öffentliche Bauten und Anlagen (§ 34 PBG) höchstens 3 Vollgeschosse zulässig.*

Abs. 2: [...]

Abs. 3:

*In Industriezonen (§ 33 PBG) sind Geschosszahl und Fassadenhöhe (§ 18 KBV) nicht begrenzt, sofern die Gemeinden in ihren Zonenreglementen nichts anderes bestimmen. Vorbehalten bleibt die Gestaltungsplanpflicht (§ 46 PBG).*

Abs. 4:

*In der Zone für öffentliche Bauten und Anlagen (§ 34 PBG) können die Gemeinden statt die Geschosszahl nur die zulässige Fassadenhöhe (§ 18 KBV) festlegen.*

### § 19 Minimale Geschossezahlen und Fassadenhöhen

Die Gemeinden können minimale Geschossezahlen und Fassadenhöhen (§ 18 KBV) festlegen. Wo sie nichts anderes bestimmen, darf die maximal zulässige Geschossezahl in der Zone für zweigeschossige Bauten nicht und in den übrigen Zonen um nicht mehr als 1 Geschoss und die Fassadenhöhe um nicht mehr als 3 m unterschritten werden. Diese Bestimmung gilt nicht für Nebengebäude.

#### 10.1 Fehlende Legaldefinition

Die KBV (und zwar die alte wie die neue) definiert die *Geschossezahl* nicht, obwohl sie diesen Begriff wiederholt verwendet (vgl. § 16 Abs. 1, 3 und 4, § 19 und § 22 Abs. 2 nKBV).

Indessen ist unbestritten, dass es sich bei der Geschossezahl (nicht anders als bereits unter Geltung der alten KBV) um die **Summe der Vollgeschosse** handelt.

#### 10.2 Bedeutung

Der Geschossezahl kommt in zweierlei Hinsicht Bedeutung zu. Sie ist massgebend für:

- die Zonenkonformität [maximale und minimale Geschossezahl (§§ 16 und 19 KBV)]
- und
- den Grenzabstand (§ 22 Abs. 2 KBV).

#### 10.3 Achtung

Die massgebende Geschossezahl kann sich auch aus der Fassadenhöhe ergeben (vgl. dazu nachfolgend Ziff. 11.3).

#### 10.4 Begriff des Nebengebäudes nach § 19 KBV

Siehe dazu nachfolgend Ziff. 19.1.

**Merke:** Korrekterweise sollte - so wie in § 18 Abs. 1<sup>bis</sup> KBV - wohl auch hier (§ 19 KBV) von *Nebenbauten* die Rede sein (zu den Begriffen siehe oben Ziff. 1.1), denn: Auch Fahrnisbauten weisen eine Geschossezahl auf.

### 11. Vollgeschoss - § 16<sup>ter</sup> Abs. 1 KBV

Vollgeschosse sind alle Geschosse von Gebäuden (§ 21<sup>bis</sup> Abs. 1 KBV) ausser Unter- (§ 17 KBV), Dach- (§ 17<sup>bis</sup> KBV) und Attikageschosse (§ 17<sup>ter</sup> KBV) (Anhang I, Figur 1).

Vorbemerkung: In Anlehnung an die Bemerkung unter Ziffer 10.4 muss diese Definition auch für Fahrnisbauten gelten.

#### 11.1 Negativdefinition

Die KBV definiert das Vollgeschoss *negativ*. Vollgeschosse sind alle Geschosse, die nicht Unter-, Dach- oder Attikageschosse sind. Damit kommt der Definition der (im Folgenden zu behandelnden) «Nicht-Vollgeschosse» spezielle Bedeutung zu.

#### 11.2 Fehlende Definition des Geschosses selbst

Überhaupt nicht definiert wird von der KBV der Begriff des *Geschosses* an sich. Nach gefestigtem allgemeinem Verständnis handelt es sich dabei um einen Teil einer Baute, der von Menschen begangen werden kann.

### 11.3 Aber Achtung!

Das Vorliegen eines «Geschosses» überhaupt oder zusätzlicher solcher kann sich auch aus dem Vorhandensein einer *Fassade* und ihrer *Höhe* ergeben (vgl. dazu auch nachfolgend Ziff. 18.3 betr. Grenzabstand).

#### 3 Beispiele:

##### - Turnhalle von 9.00 m Höhe

Sie wird kraft ihrer Fassadenhöhe zu einem *dreigeschossigen* Gebäude (vgl. § 18 Abs. 1 KBV), unbesehen davon, dass sie nur *einen* Boden (Geschoss) aufweist.

##### - Kaninchenstall von 1.00 m Höhe

Er weist - weil nicht begehbar - überhaupt kein Geschoss auf. Hingegen handelt es sich dabei um eine Baute (Fahrradbaute) mit einer Fassadenflucht (nach § 21<sup>ter</sup> Abs. 1 KBV). Deshalb - und weil die Fassade höher als 0.50 m ist - wird er, was den Grenzabstand betrifft, *wie* eine *eingeschossige* Baute behandelt (*analoge* Anwendung der Vorschriften über den Grenzabstand). Hingegen ist er nicht etwa auf die Geschossfläche nach § 37<sup>bis</sup> Abs. 2 KBV anrechenbar.

##### - offener Pool, der das massgebende Terrain um mehr als 0.50 m überragt

Es handelt sich dabei nicht um eine Baute, sondern um eine bauliche Anlage. Als solche weist er nicht nur kein Geschoss, sondern ebenso wenig eine Fassadenflucht und -linie (nach § 21<sup>ter</sup> Abs. 1 und 2 KBV) auf, woran die Bestimmungen über den Grenzabstand anknüpfen (vgl. § 22 Abs. 1 und 2 KBV). Dennoch wird er - was den Grenzabstand betrifft - *wie* eine *eingeschossige* Baute behandelt, woraus (bei einer Länge von max. 11.99 m) ein Grenzabstand von 2.00 m resultiert. Es handelt sich um eine *gleich zweifach analoge* Anwendung. Der Umstand, dass diese Analogie erst ab einer «Fassadenhöhe» von über 0.50 m zur Anwendung kommt, lehnt sich an die Bestimmungen von § 21<sup>bis</sup> Abs. 3 i.V.m. § 22 Abs. 6 KBV über Unterniveaubauten und von § 62 Abs. 2 KBV über Stützmauern an (vgl. dazu sowie zur Abgrenzung zum Immissionsabstand auch hiernach Ziff. 18.6 zum Grenzabstand).

## 12. Untergeschoss - § 17 KBV

*Untergeschosse sind Geschosse, bei denen die Oberkante des fertigen Bodens des darüberliegenden Vollgeschosses (§ 16<sup>ter</sup> KBV), gemessen in der Fassadenflucht (§ 21<sup>ter</sup> Abs. 1 KBV), im Mittel höchstens 1,2 m über die Fassadenlinie (§ 21<sup>ter</sup> Abs. 2 KBV) hinausragt (Anhang I, Figur 2).*

### 12.1 Zur Erinnerung: Was galt bisher?

Bisher (§ 17 aKBV) war ein Geschoss dann ein Untergeschoss, wenn es *an keiner Stelle* mehr als 1.20 m (Ebene) bzw. 1.50 m (Hang) über das *gewachsene oder tiefer gelegte* Terrain hinausragte, wobei *jede Fassade einzeln* beurteilt wurde (und kleinere Terrainvertiefungen nicht mitgerechnet wurden).

### 12.2 Was ist neu?

#### a) die obere Referenz (Messstelle)

Obere Referenz bildet die (höchste) «Oberkante des fertigen Bodens» des darüberliegenden Vollgeschosses.

Darin liegt eine geringfügige Abweichung gegenüber § 17 der alten KBV, wo von

der «Oberkante der Decke» die Rede war. Diese war in einer Rechtsauskunft des BJD aus dem Jahr 2003 als Oberfläche des Rohbodens (= Betonboden plus Überzugsboden, jedoch ohne Bodenbelag wie Parkett, Kacheln, Spannteppich etc.) definiert worden.

b) *die untere Referenz*

Untere Referenz bildet die «Fassadenlinie» (als Schnittlinie zwischen Fassadenflucht und massgebendem Terrain [§ 21<sup>ter</sup> Abs. 2 KBV]).

Dass sich ihre Feststellung im Einzelfall schwieriger gestalten kann als jene der oberen, bedarf keiner weiteren Erläuterung (vgl. dazu bereits die Ausführungen unter Ziff. 9 zur Feststellung des massgebenden Terrains).

c) *das zulässige Höchstmass (von 1.20 m) als Mittelmass*

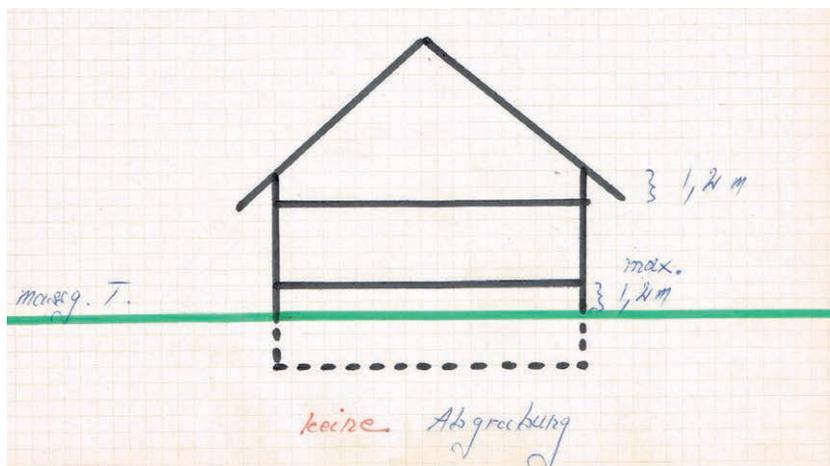
Beim zulässigen Höchstmass handelt es sich neu um ein *Durchschnittsmass* - exakt: einen gewichteten Durchschnitt über alle Fassaden (360°-Betrachtung) -, wobei negative Werte (d.h. Abschnitte, wo der fertige Boden *unter* der Fassadenlinie liegt) nur mit «Null» (0) berücksichtigt werden, d. h. nicht in Abzug gebracht werden können, nicht kompensatorisch wirken.

Muss der (gewichtete) Durchschnitt (ausnahmsweise) exakt ermittelt werden, weil das Maximalmass von 1.20 m nicht leichthin als eingehalten oder aber überschritten beurteilt werden kann, und ist der Terrainverlauf (im Bereich der Fassadenlinie) zugleich unregelmässig [weil weder (annähernd) eben noch mit (annähernd) konstantem Gefälle, sei es in einer oder gar zwei Richtungen (schiefe Ebene)], kommt man um eine «peinliche Aufnahme» vor Ort und die anschliessende Durchführung einer Integralrechnung nicht umhin (siehe dazu Mitteilungsblatt 2020, S. 27 f.).

Dieser Fall dürfte allerdings die Ausnahme bilden. Ist das Resultat (Einhaltung oder aber Überschreitung) zwar nicht augenfällig, der Terrainverlauf (und damit die Fassadenlinie) aber immerhin nicht zu «zerklüftet», sondern noch mehr oder weniger stetig, ist eine (massvolle) Vereinfachung, etwa durch Interpolation - eine «Ausglättung» also - zulässig (vgl. dazu im Einzelnen wiederum das Mitteilungsblatt 2020, S. 27 f.).

### 12.3 Beispiele und Erläuterungen

a) *Beispiel 1*



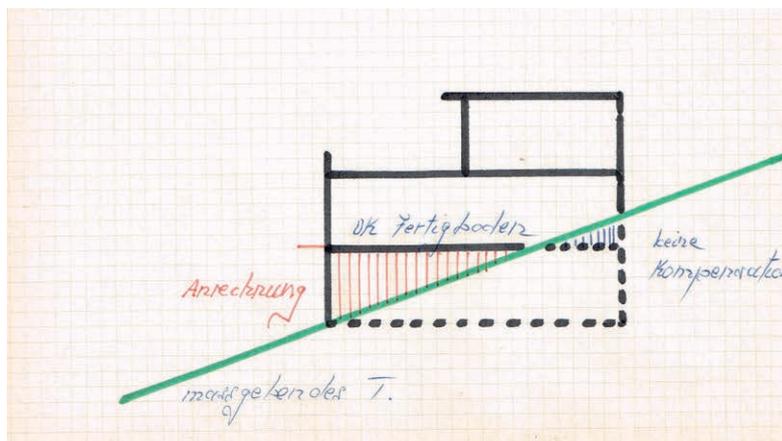
Wir stellen uns ein Haus mit einem quadratischen Grundriss mit einer Seitenlänge von 10 m vor, das in der (absoluten) Ebene steht. Sein unterstes Geschoss (d.h. der

Fertigboden des Geschosses darüber) überragt das massgebende Terrain um exakt 1.20 m. Ausserhalb des Gebäudegrundrisses bleibt das Terrain unverändert (keine Abgrabung, keine Aufschüttung).

Weil das Haus in der (absoluten) Ebene liegt, bildet das Mass von 1.20 m gleichzeitig das (gewichtete) Mittel (Durchschnittsmass). Damit ist sein unterstes Geschoss ein Untergeschoss im Sinne von § 17 KBV. Beträge das Mass mehr als 1.20 m, läge ein Vollgeschoss vor.

(Mit Blick auf Beispiel 2 noch Folgendes: Da das quadratische Gebäude eine Seitenlänge von 10 m aufweist und sein unterstes Geschoss durchwegs 1.20 m über das massgebende Terrain hinausragt, liegen insgesamt 48 m<sup>2</sup> der Fassade dieses Geschosses über dem massgebenden Terrain [ $4 \times 10 \text{ m} \times 1.20 \text{ m} = 48 \text{ m}^2$ ]).

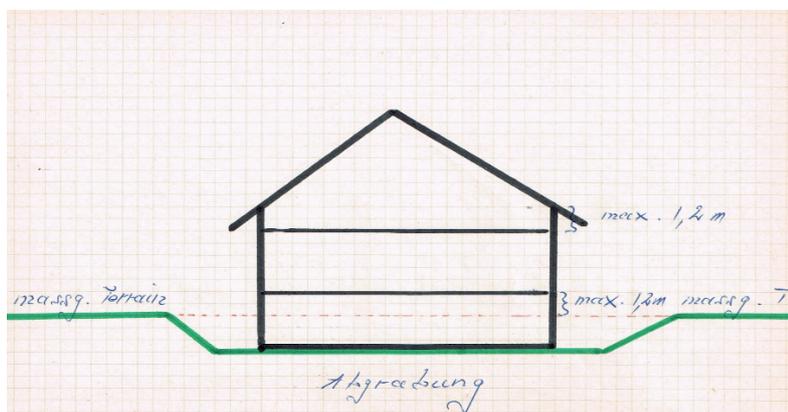
b) *Beispiel 2*



Nun steht das Haus mit identischem Grundriss wie im Beispiel 1 am Hang, und zwar - der Einfachheit halber - an einem Hang mit regelmässigem Gefälle in bloss einer Richtung. Wiederum bleibt das Terrain ausserhalb des Gebäudegrundrisses unverändert (keine Abgrabung, keine Aufschüttung).

Die Hanglage hat zur Folge, dass das unterste Geschoss talseitig stark (bzw. gänzlich) über das massgebende Terrain hinausragt, bergseitig gar nicht und seitlich je teilweise (siehe rote Schraffur). Das Mittel von 1.20 m ist dann eingehalten, wenn maximal 48 m<sup>2</sup> seiner vier Fassaden sichtbar sind, d. h. aus dem massgebenden Terrain ragen. Ist das der Fall, liegt ein Untergeschoss vor, ansonsten ein Vollgeschoss.

c) *Beispiel 3*



Das Haus ist dasselbe wie im Beispiel 1, allein mit dem Unterschied, dass nun rund-

herum das Terrain abgegraben wird. Dies mit der Folge, dass sein unterstes Geschoss vollständig freigelegt ist.

- *Frage 1: Was liegt nun vor; ein Untergeschoss oder ein Vollgeschoss?*

Es liegt - nicht anders als im Beispiel 1 - ein Untergeschoss vor! Dies deshalb, weil die Abgrabung das die untere Referenz bildende massgebende Terrain (vgl. die rote Linie) nicht tangiert, das von § 17 KBV geforderte Mittel von max. 1.20 m also nach wie vor eingehalten ist.

- *Frage 2: Ist dies zulässig?*

Nein! Es liegt zwar ein Untergeschoss vor, aber ein (gestalterisch) unzulässiges. Dies angesichts des - mit der Revision ebenfalls neu eingefügten - «Korrektivs» von § 63<sup>bis</sup> Abs. 3 KBV, lautend wie folgt: «Hauseingänge und Garageneinfahrten dürfen einen Drittel der jeweiligen Fassadenlänge nicht überschreiten. Ihre Länge darf insgesamt aber höchstens 6 m betragen. Im übrigen Bereich dürfen Fassaden von Untergeschossen unterhalb der Fassadenlinie nicht in Erscheinung treten.»

D. h: Die Fassaden von Untergeschossen dürfen unterhalb des massgebenden Terrains nur in beschränktem Umfang freigelegt sein, nämlich maximal zu einem Drittel ihrer Länge (= relative Schranke) und maximal im Ausmass von 6,00 m (= absolute Schranke), und auch das nur zu Erschliessungszwecken, nämlich für Hauseingänge und Garageneinfahrten sowie für Licht- und Lüftungsschächte (letzteres kraft Analogie zu § 63<sup>bis</sup> Abs. 2 KBV).

- *Frage 3: Wie lässt sich das Projekt retten?*

In der Zone W2 dadurch, dass der Boden des «Erdgeschosses» um 1 cm angehoben wird. Dadurch wird das «Untergeschoss» rechtlich zu einem Vollgeschoss (weil nun im Mittel mehr als 1.20 m über dem massgebenden Terrain liegend), und für Vollgeschosse gilt das Korrektiv von § 63<sup>bis</sup> Abs. 3 KBV nicht.

In der Zone W1 bleibt nur die Möglichkeit, alle vier Fassaden (wieder) anzuschütten, nämlich (mindestens) bis aufs Niveau des massgebenden Terrains, sei es auf ihrer ganzen Länge (von jeweils 10 m) oder aber auf einer Länge von mind. 6.66 m (= 2/3), in Verbindung mit der Errichtung von Erschliessungseinrichtungen im verbleibenden Bereich (von 1/3).

### 13. Dachgeschoss - § 17<sup>bis</sup> Abs. 1 und 1<sup>bis</sup> KBV

*Abs. 1:*

*Dachgeschosse sind Geschosse, deren Kniestockhöhen 1.20 m nicht überschreiten (Anhang I, Figur 3).*

*a) ...*

*b) ...*

*Abs. 1<sup>bis</sup>:*

*Die Kniestockhöhe ist der Höhenunterschied zwischen der Oberkante des Dachgeschossbodens im Rohbau und der Schnittlinie der Fassadenflucht (§ 21<sup>ter</sup> Abs. 1 KBV) mit der Oberkante der Dachkonstruktion (Anhang I, Figur 4).*

### 13.1 Neue Referenzen

#### a) Untere Referenz

Unterer Bezugspunkt des Kniestocks (früher «Kniewand» genannt) bildet neu die «Oberkante des Dachgeschossbodens im Rohbau». Früher (Praxis zu § 17<sup>bis</sup> Abs. 1 lit. a aKBV) war es die Oberkante des *fertigen* Dachgeschossbodens.

Mit «Dachgeschossboden im Rohbau» ist die *rohe Tragkonstruktion* (z.B. eine Balken- oder Betondecke) ohne allfällige Isolationen und Unterlagsböden mit Leitungen (wie beispielsweise für Bodenheizungen) gemeint.

#### b) Obere Referenz

Obere Referenz bildet neu die «Schnittlinie der Fassadenflucht mit der Oberkante der Dachkonstruktion». Früher (Praxis zu § 17<sup>bis</sup> Abs. 1 lit. a i.V.m. § 18 Abs. 2 aKBV) war es der Schnittpunkt der Fassadenflucht mit der Oberkante der Dachfläche.

Als «Oberkante der Dachkonstruktion» ist der *höchste Punkt der Tragkonstruktion* - ohne die allenfalls darauf aufgebrachte Isolation und ohne die Dachhaut (z.B. die Lattung mit den darauf liegenden Ziegeln) - gemeint.

#### c) Eselsbrücke

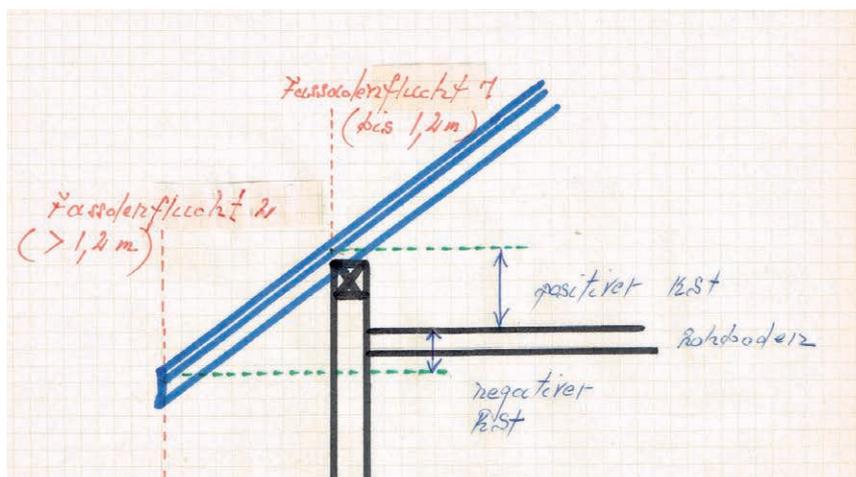
Während früher «von fertig zu fertig» zu messen war, ist es heute «von roh zu roh».

### 13.2 Sonder- bzw. Problemfälle

#### a) Kniestock bei Vordächern von mehr als 1.20 m Ausladung

Wenn die Ausladung des Daches (in der Waagrechten gemessen) mehr als 1.20 m beträgt, gilt das Vordach nicht mehr als vorspringender Gebäudeteil im Sinne von § 21<sup>ter</sup> Abs. 4 KBV. Es wirkt deshalb fassadenbildend (vgl. § 21<sup>ter</sup> Abs. 1 KBV), d. h. die Fassadenflucht «springt» nach aussen zur Dachtraufe.

Bei einem Schrägdach kann das nun zum Resultat führen, dass der real vorhandene «positive» Kniestock rechnerisch reduziert wird und sich ggf. gar in einen (rechnerisch) «negativen» verkehrt.



Die Lösung kann vernünftigerweise nur dahin gehen, dass für die Frage der Bemessung der Kniestockhöhe - und nur für diese! - die Fassadenflucht nicht nach aussen springt, sondern auch bei einer Ausladung des Vordachs um mehr als 1.20 m bei

der «realen Fassade» verbleibt. Die Berufung auf etwas Gegenteiliges müsste als rechtsmissbräuchlich beurteilt werden, da das anfallende Resultat vom Gesetzgeber unmöglich gewollt gewesen sein kann.

b) *Spezielle («ausgefallene») Dachformen*

Unter dem Regime der alten KBV wurden die Gebäude- wie auch die Kniewandhöhe bei über 45° steilen Dächern abweichend von der Regel gemessen (vgl. 18 Abs. 4 Satz 2 sowie Anhang I Abb. 8 aKBV; sog. Mehrhöhenzuschlag). Damit konnten Missbräuche (sprich: übermässig voluminöse Dachgeschosse) verhindert werden.

Die revidierte KBV kennt dieses Korrektiv nicht mehr. Deshalb ist den Gemeinden zu empfehlen, von der Möglichkeit von § 18<sup>bis</sup> Abs. 1 KBV Gebrauch zu machen und in ihren Zonenreglementen maximale Gesamthöhen (im Sinne von § 18<sup>bis</sup> Abs. 2 KBV) festzulegen. Nach dem Entfallen des früher geltenden Mehrhöhenzuschlags kommt dem Instrument der maximalen Gesamthöhe klar erhöhte Bedeutung zu.

Beispiele:

- extremes Steildach
- Tonnendach (Halbkreis oder sogar stehende Halb-Ellipse).

#### 14. Attikageschoss - § 17<sup>ter</sup> KBV

*Abs. 1:*

*Attikageschosse sind auf Flachdächern aufgesetzte, zusätzliche Geschosse (Anhang I, Figur 5).*

*Abs. 2:*

*Das Attikageschoss muss gegenüber dem darunterliegenden Geschoss um mindestens folgendes Mass zurückversetzt sein:*

- a) bei einer ganzen Längsfassade 4 m,*
- b) bei zwei ganzen Längsfassaden je 2 m oder*
- c) bei einer ganzen Längsfassade und zwei ganzen Breitfassaden je 2 m.*

##### 14.1 Was ist rein formell neu?

- a) Erstmals wird das Attikageschoss gesetzlich umschrieben, nämlich in § 17<sup>ter</sup> Abs. 1 KBV, und zwar als *ein auf einem Flachdach aufgesetztes zusätzliches Geschoss*.

Inhaltlich entspricht diese Definition aber der bisherigen Praxis zur alten KBV.

Der guten Ordnung halber sei noch erwähnt, dass auch das Attikageschoss selbst ein Flachdach aufweisen muss.

**Merke:** Dächer gelten bis zu einer Neigung von 5 % als Flachdächer.

- b) Im Vergleich zur bisherigen Regelung (vgl. § 17<sup>bis</sup> Abs. 3 aKBV) wird in Absatz 2 von § 17<sup>ter</sup> KBV nun auch klar geregelt, *wo welcher Rücksprung* vorhanden sein muss. Auch diese Regelung stimmt zwar mit der bisherigen Praxis zur aKBV überein. Hingegen ist das früher nicht seltenen gehörte Argument, die KBV verlange nicht (ausdrücklich) nach Rücksprüngen auf der/den Längsseite/-n, nun endgültig über-

wunden. Entfallen ist hingegen das Kriterium, dass der verlangte Rücksprung «bei jeder Wohneinheit» vorliegen muss. Auch das in Übereinstimmung mit der bisherigen Praxis.

#### 14.2 Was ist inhaltlich neu?

- a) Inhaltlich neu ist vorerst die Regelung, ab wo der erforderliche Rücksprung zu messen ist.

Während der Rücksprung bisher - mit geringfügigen Ausnahmen (vgl. Mitteilungsblatt 2015, S. 27) - *ab der darunterliegenden Hauptfassade und anrechenbarer Bruttogeschossfläche* einzuhalten war, bemisst er sich neu *ab der Fassadenflucht* (nach § 21<sup>ter</sup> Abs. 1 KBV) *des darunter liegenden Geschosses*, und zwar unabhängig davon, ob die entsprechende Fläche dieses Geschosses auf die Geschossflächen- oder Baumassenziffer anrechenbar ist oder nicht (vgl. dazu die sehr anschaulichen Abbildungen im Mitteilungsblatt 2017, S. 44/45).

Das führt etwa dazu, dass bei um mehr als 1.20 m auskragenden Balkonen im obersten Vollgeschoss ab Vorderkante dieser Balkone gemessen werden darf.

- b) Ebenfalls inhaltlich neu ist die Bedeutung des Attikageschosses für den einzuhaltenden Grenzabstand.

Während nach der bisherigen Regelung das Attikageschoss - weil auf die Geschosszahl nicht anrechenbar - auch bei der Bemessung des Grenzabstandes (als Geschoss) *immer* ausser Betracht fiel, legt § 22 Abs. 2 Satz 2 KBV nunmehr fest, dass das Attikageschoss auf allen Seiten, wo es nicht um mindestens 2.00 m zurückspringt, auf die für die Bemessung des Grenzabstandes massgebende Geschosszahl angerechnet wird (vgl. dazu auch nachfolgend, Ziff. 18.3 am Ende, sowie das Mitteilungsblatt 2020, S. 32 f.).

- c) Abermals inhaltlich neu ist, dass das Attikageschoss, das auf die (frühere) *Bruttogeschossfläche* nicht anrechenbar war (vgl. § 34 Abs. 3 aKBV), nun zur *Geschossfläche* (nach § 37<sup>bis</sup> Abs. 2 KBV) wie auch zum *Bauvolumen über dem massgebenden Terrain* (nach § 37<sup>ter</sup> Abs. 2 und 3 KBV) zählt.

#### 14.3 Was unverändert weitergilt

- a) Das den Kriterien von § 17<sup>ter</sup> KBV entsprechende Attikageschoss ist auf die Geschosszahl (Aspekt Zonenkonformität) nicht anrechenbar.
- b) Bei der Bestimmung der Gebäude-/Fassadenhöhe gilt ein Bonus von 1.50 m; die Brüstung des Attikageschosses hat indessen die *ordentliche* Höhe (ohne Bonus) einzuhalten (vgl. je § 18 Abs. 3 aKBV und KBV). Leider ergibt sich der zweitgenannte Umstand aus der neuen Formulierung («Diese Höhe darf ... .») auch nicht klarer als aus der alten - im Gegenteil (vgl. dazu hiernach Ziff. 15.2).
- c) Im Rücksprung sind weiterhin - ausgenommen die Brüstung selbst und ein Vordach im Ausmass von 1/3 des Rücksprungs, max. aber von 1.20 m - feste Bauteile (wie insb. Trennwände) unzulässig.

## 15. Fassadenhöhe - § 18 KBV

Abs. 1:

Die Fassadenhöhe ist der grösste Höhenunterschied zwischen der Schnittlinie der Fassadenflucht (§ 21<sup>ter</sup> Abs. 1 KBV) mit der Oberkante der Dachkonstruktion und der dazugehörigen Fassadenlinie (§ 21<sup>ter</sup> Abs. 2 KBV; vgl. Anhang I, Figur 6). Sie beträgt höchstens:

- a) in Zonen für eingeschossige Bauten 4.50 m;
- b) in Zonen für zweigeschossige Bauten und ausserhalb von Bauzonen 7,50 m;
- c) in Zonen für dreigeschossige Bauten 10.50 m;
- d) in Zonen für viergeschossige Bauten 13.50 m;
- e) in Zonen für fünfgeschossige Bauten 16.50 m;
- f) in Zonen für sechsgeschossige Bauten 19.50 m.

Die Gemeinden können zum Schutz des Orts- und Landschaftsbildes in ihren Zonenreglementen geringere maximale Fassadenhöhen festlegen.

Abs. 2:

Die Fassadenhöhe darf in keinem Punkt überschritten werden. Technisch bedingte Dachaufbauten (vgl. Anhang I, Figur 6) werden nicht an die Fassadenhöhe angerechnet, sofern sie mindestens um das Mass ihrer Höhe von der Fassadenflucht zurückversetzt sind. Bei Brüstungen beträgt dieses Mindestmass 2 m (vgl. Anhang I, Figur 6).

Abs. 3:

Bei Gebäuden mit einem Attikageschoss (§ 17<sup>ter</sup> KBV) ist die zulässige maximale Fassadenhöhe jeweils um 1.50 m höher als die in Absatz 1 erwähnten Masse. Diese Höhe darf durch die Brüstung auf dem obersten Vollgeschoss (§ 16 KBV) nicht überschritten werden.

### 15.1 Unterer und oberer Referenzpunkt

Die Fassadenhöhe hat Ähnlichkeiten mit der altrechtlichen Gebäudehöhe, unterscheidet sich von derselben aber insofern, als bei unterem Referenzpunkt ab dem massgebenden (§ 16<sup>bis</sup> KBV) und nicht ab dem allenfalls tiefer gelegten Terrain gemessen wird.<sup>10</sup>

Dies ergibt sich aus der Definition im Sinn von «Höhenunterschied zwischen der Schnittlinie der Fassadenflucht (§ 21<sup>ter</sup> Abs. 1 KBV) mit der Oberkante der Dachkonstruktion und der dazugehörigen Fassadenlinie (§ 21<sup>ter</sup> Abs. 2 KBV)». Der untere Referenzpunkt bezieht sich also auf die Fassadenlinie, d.h. die Schnittlinie von Fassadenflucht (§ 21<sup>ter</sup> Abs. 1 KBV) und dem massgebenden Terrain (§ 16<sup>bis</sup> KBV).<sup>11</sup>

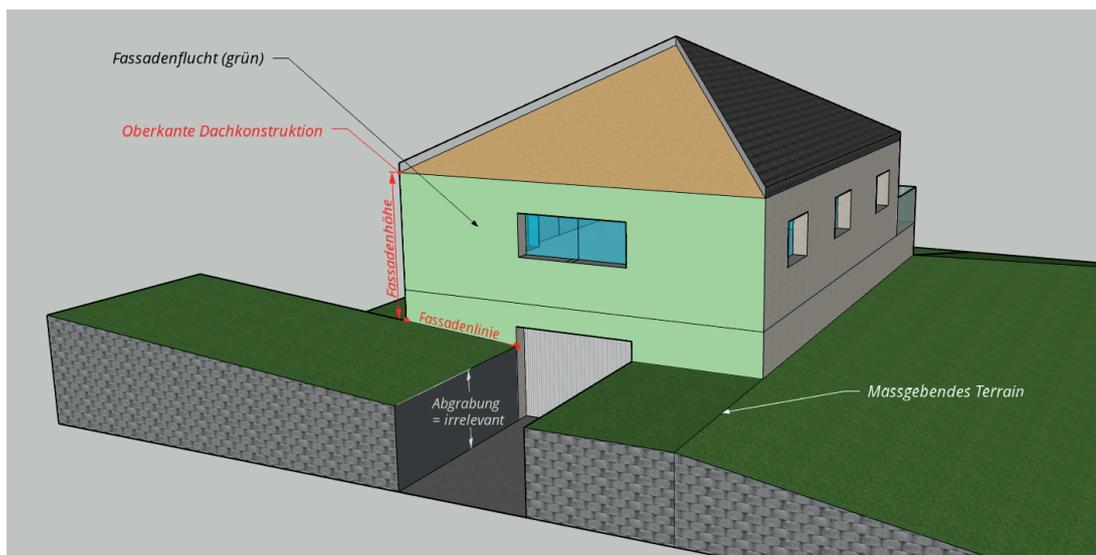
§ 18 Abs. 2 KBV gibt nun vor, dass die Fassadenhöhe «in keinem Punkt» überschritten werden darf. Entsprechend dem soeben Ausgeführten, wonach ab dem massgebenden Terrain gemessen wird, sind zulässige Abgrabungen (vgl. betreffend das Untergeschoss

<sup>10</sup> IVHB-Erläuterungen vom 3. September 2013, Ziff. 5\_2.

<sup>11</sup> IVHB-Erläuterungen vom 3. September 2013, Ziff. 5\_2.

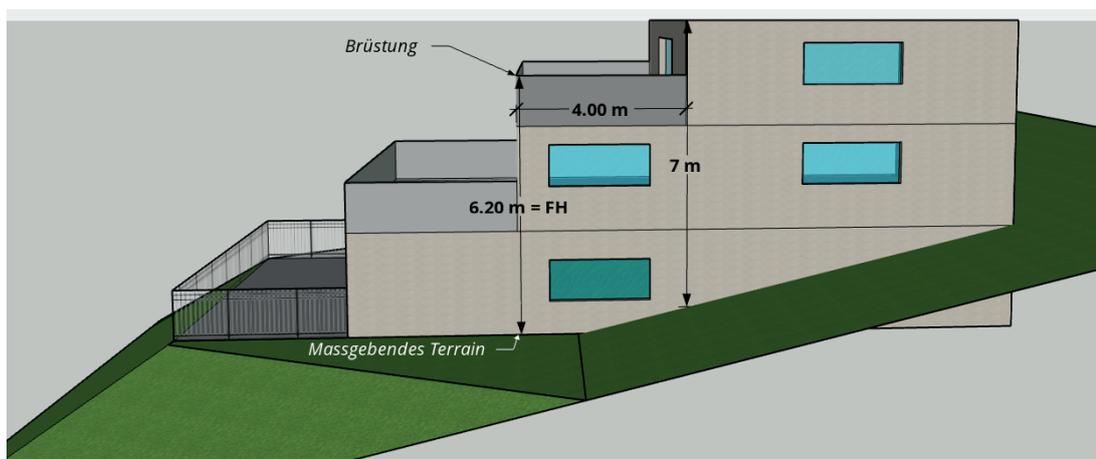
§ 63<sup>bis</sup> Abs. 3 KBV [Drittel-Praxis / 6-m-Schranke] folglich irrelevant. Kleinere Terrainvertiefungen gemäss § 63<sup>bis</sup> KBV führen also weder dazu, dass ein Untergeschoss (§ 17 KBV) zu einem Vollgeschoss wird, noch wirken sie sich auf die Fassadenhöhe aus.

Der obere Referenzpunkt bezieht sich bei der Fassadenhöhe auf die Schnittlinie zwischen der Fassadenflucht (§ 21<sup>ter</sup> Abs. 1 KBV) und der Oberkante der «Dachkonstruktion». Gemeint ist damit im bautechnischen Sinn das Traggerüst, also das Dachtragwerk, aus welchen Materialien dieses auch immer besteht. Die darüber liegende Isolation sowie Dachhaut (Ziegel etc.) wird demnach nicht berücksichtigt (vgl. Skizze; siehe auch Anhang I zur KBV, Figur 4);<sup>12</sup> dies im Unterschied zu der gemäss altem Recht geltenden Gebäudehöhe, bei welcher bis zur Oberkante der Dachfläche gemessen wird.



**Merke:** Der untere Referenzpunkt liegt stets lotrecht unter dem oberen Referenzpunkt (vgl. auch Anhang I zur KBV, Figur 6).

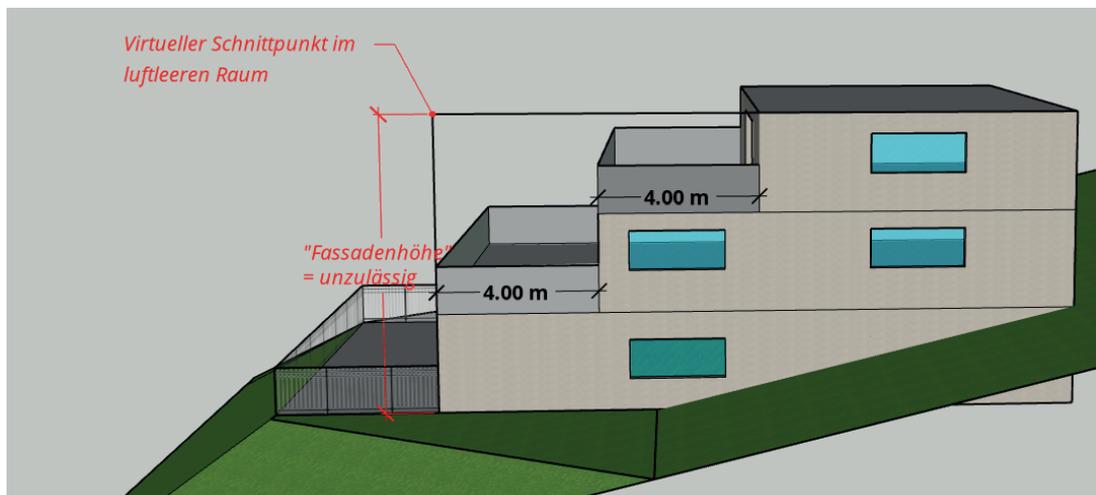
Die Fassadenhöhe wird also vertikal entlang der Fassadenflucht gemessen und muss in jedem Punkt entlang der Schnittlinie zwischen der Oberkante der Dachkonstruktion und dem massgebenden Terrain eingehalten werden.



Höchster Punkt kann somit nur die Oberkante der Dachkonstruktion oder allenfalls die Brüstung sein. In dem skizzierten Beispiel weist das Attikageschoss gegenüber dem darunterliegenden Geschoss 4 m Rücksprung auf und wird nicht als Vollgeschoss betrachtet (vgl. § 17<sup>ter</sup> Abs. 2 lit. a i.V.m. § 16<sup>ter</sup> Abs. 1 KBV). Die mit einem Bonus von 1.50 m zu-

<sup>12</sup> IVHB-Erläuterungen vom 3. September 2013, Ziff. 5\_2.

lässige Fassadenhöhe auf Flucht des Attikageschosses (vgl. dazu sogleich Ziff. 15.2) ist eingehalten. Das erste Vollgeschoss ist gegenüber dem zweiten Vollgeschoss ebenfalls um knapp 4 m versetzt. Es liegt somit eine höhenmässig gestaffelte Baute («Terrassenhaus») vor. Entsprechend dem hiavor Ausgeführten wird die Fassadenhöhe nicht schräg gemessen, d.h. es wird nicht vom Schnittpunkt des massgebenden Terrains an der äussersten Gebäudeflucht bis zu Brüstung über dem zweiten Vollgeschoss gemessen (sog. virtueller Punkt im luftleeren Raum). Eine solche Messweise widerspricht der Definition der Fassadenhöhe i.S.v. § 18 Abs. 1 KBV.



### 15.2 Bonusregelung betreffend Attika (Art. 18 Abs. 3 KBV)

Bei Gebäuden mit einem Attikageschoss gewährt die KBV einen Bonus von 1.50 m, um welchen die zulässige maximale Fassadenhöhe jeweils überschritten werden darf.

§ 18 Abs. 3 Satz 2 KBV ist in Bezug «diese Höhe» jedoch missverständlich formuliert. Es handelt sich dabei nicht etwa die zulässige maximale Fassadenhöhe gemäss § 18 Abs. 1 KBV (bzw. die von der Gemeinde festgelegte geringere Fassadenhöhe) plus Bonus von 1.50 m, sondern mit «dieser Höhe» ist vielmehr nur die ordentliche Fassadenhöhe gemeint.

**Merke:** Die Brüstung auf dem obersten Vollgeschoss muss die ordentliche Höhe gemäss § 18 Abs. 1 KBV (bzw. die von der Gemeinde festgelegte geringere Fassadenhöhe) einhalten, d. h. ohne den Bonus von 1.50 m!

### 15.3 Technisch bedingte Dachaufbauten

Dachaufbauten sind dann als «technisch bedingt» zu erachten, wenn die bestmögliche Erfüllung ihrer Funktion erfordert, dass sie auf dem Dach erstellt werden. Es handelt sich hierbei beispielsweise um Kamine, Lüftungsanlagen und Sonnenkollektoren. Sie dürfen aber das technisch notwendige Mass nicht überschreiten, damit die Höhenvorschriften nicht umgangen werden können.<sup>13</sup>

Ein Windrad muss technisch nicht notwendigerweise auf dem Dach aufgebaut werden und stellt demgemäss keine technisch bedingte Dachaufbaute im Sinne von § 18 Abs. 2 KBV dar. Denn das Windrad kann ohne Weiteres auch neben der Baute erstellt werden. Mangels Fassade ist das Windrad - gleich wie Rohre und Antennen - dennoch, d.h. auch wenn es auf dem Dach erstellt wird, nicht an die Fassadenhöhe anzurechnen.

<sup>13</sup> IVHB-Erläuterungen vom 3. September 2013, Ziff. 5\_1.

## 16. Gesamthöhe - § 18<sup>bis</sup> KBV

Abs. 2:

*Die Gesamthöhe ist der grösste Höhenunterschied zwischen dem höchsten Punkt der Dachkonstruktion und den lotrecht darunterliegenden Punkten auf dem massgebenden Terrain (§ 16<sup>bis</sup> KBV; vgl. Anhang I, Figur 7).*

Vorab ist zu bemerken, dass die Gemeinde freiwillig eine Gesamthöhe einführen können (vgl. § 18<sup>bis</sup> Abs. 1 KBV). Die KBV gibt keine solche Gesamthöhe vor und wo eine entsprechende kommunale Regelung fehlt, gibt es auch keine Gesamthöhe, die zu beachten wäre.

Der untere Referenzpunkt bezieht sich bei der Gesamthöhe auf die Definition des massgebenden Terrains (§ 16<sup>bis</sup> KBV). Ist das fertige Terrain an dieser Stelle tiefer als das massgebende Terrain gelegt, d.h. künstlich abgegraben worden, so wird - gleich wie bei der Fassadenhöhe (vgl. hiervor Ziff. 15.1) - trotzdem ab dem massgebenden Terrain gemessen.<sup>14</sup>

Der obere Referenzpunkt bezieht sich auf den höchsten Punkt der «Dachkonstruktion» (siehe dazu vorstehende Ausführungen zur Fassadenhöhe hiervor in Ziff. 15.1). Da analog zur Fassadenhöhe auch bei der Gesamthöhe der höchste Punkt der «Dachkonstruktion» den oberen Referenzpunkt bildet, fallen technisch bedingte Dachaufbauten wie Kamine, Lüftungsanlagen, Sonnenkollektoren wiederum ausser Betracht (vgl. hiervor Ziff. 15.4).

Bilden die höchsten Punkte der Dachkonstruktion eine Linie (First) oder eine Fläche (Flachdach), so entspricht die Gesamthöhe der grössten lotrechten Distanz zum massgebenden Terrain.<sup>15</sup>

Bei Gebäudeensembles, die in der Höhe (Beispiel: Terrassenhäuser) oder im Grundriss (Beispiel: Reihenhäuser) gestaffelt sind, wird die Gesamthöhe bei jeder Einheit einzeln gemessen.<sup>16</sup>

## 17. Gebäudelänge, Gebäudebreite - § 21 Abs. 2 und 3 KBV

*Die Gebäudelänge ist die längere Seite des flächenkleinsten Rechtecks, welches die projizierte Fassadenlinie (§ 21<sup>ter</sup> Abs. 3 KBV) umfasst (vgl. Anhang I, Figur 8).*

*Die Gebäudebreite ist die kürzere Seite des flächenkleinsten Rechtecks, welches die projizierte Fassadenlinie (§ 21<sup>ter</sup> Abs. 3 KBV) umfasst (vgl. Anhang I, Figur 8).*

*Beachte: Die Gemeinden können in ihren Zonenreglementen maximale Gebäudelängen und Gebäudebreiten festlegen (§ 21 Abs. 3 KBV).*

### 17.1 Allgemeines

Gebäudelänge und -breite umschreiben die Hauptdimension eines Gebäudegrundrisses<sup>17</sup> und dienen im Wesentlichen der Bestimmung des Grenzabstandes (§§ 22 ff. KBV) sowie des Gebäudeabstandes (§ 28 KBV).

Wichtig zu betonen ist dabei, dass das flächenkleinste Rechteck im Sinne von § 21 Abs. 2 und 3 KBV einzig der Bestimmung der Gebäudelänge und -breite dient, welche wiederum entsprechend der Tabelle in Anhang 2 zur KBV dazu dienen, den Grenzab-

<sup>14</sup> IVHB-Erläuterungen vom 3. September 2013, Ziff. 5\_1.

<sup>15</sup> Vgl. Mitteilungsblatt Baukonferenzen 2017, S. 48.

<sup>16</sup> IVHB-Erläuterungen vom 3. September 2013, Ziff. 5\_1.

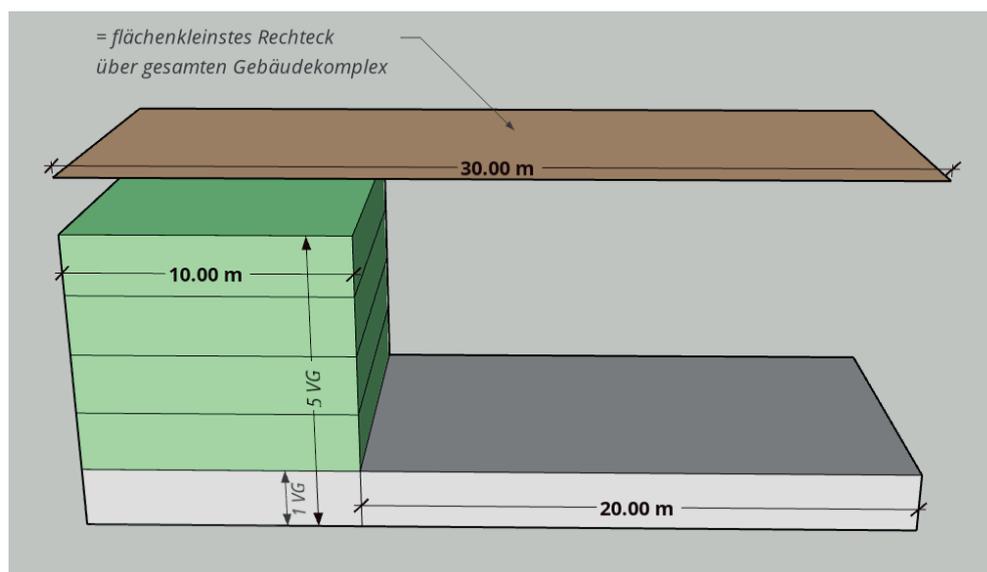
<sup>17</sup> IVHB-Erläuterungen vom 3. September 2013, Ziff. 4\_1/2.

stand zu ermitteln. Der Grenzabstand selbst wird alsdann nicht vom flächenkleinsten Rechteck aus gemessen, sondern ab der (projizierten) Fassadenlinie (vgl. § 22 Abs. 1 KBV).

Aus der Definition der Fassadenflucht (§ 21<sup>ter</sup> Abs. 1 KBV; vgl. vorstehend Ziff. 6.1) ergibt sich, dass vorspringende Gebäudeteile (§ 21<sup>ter</sup> Abs. 4 KBV) bei der Ermittlung der Gebäudelänge und -breite nicht berücksichtigt werden.<sup>18</sup>

Die massgebliche Gebäudelänge und -breite wird auch über die Parzellengrenze hinaus ermittelt.

### 17.2 Korrektiv bei unterschiedlich hohen Gebäudeteilen bzw. höhenmässig gestaffelten Gebäuden

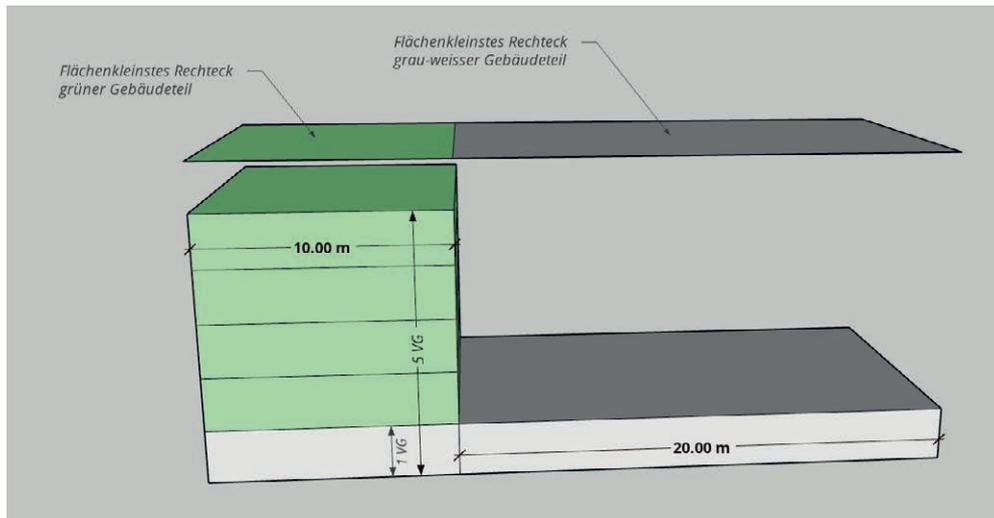


Würde man das flächenkleinste Rechteck zur Ermittlung der Gebäudelänge bzw. -breite über den fünfgeschossigen grünen Gebäudeteil, welcher in der Länge 10 m misst, sowie über den grauweißen Gebäudeteil, welcher seinerseits 20 m misst, legen, so ergäbe dies eine Gesamtlänge des flächenkleinsten Rechtecks (orange) von 30 m.

Eine solche Gesamtlänge von 30 m hätte insbesondere erhebliche Auswirkungen für den Grenzabstand. Denn der grüne Gebäudeteil, welcher fünf Geschosse umfasst, müsste diesfalls einen Grenzabstand von 10,80 m einhalten (vgl. § 22 Abs. 2 i.V.m. Anhang II KBV). Zur Vermeidung von derart stossenden Ergebnissen, bedarf es bei in der Höhe gestaffelten Gebäuden, bei welchen ein «Rücksprung» von mehr als 8 m gegeben ist und also von separaten Gebäuden auszugehen ist, eines entsprechenden Korrektivs.

Das flächenkleinste Rechteck ist daher bei höhenmässig gestaffelten Gebäuden über dem jeweiligen Gebäudeteil (vgl. in der Skizze grün und grauweiss eingefärbt) einzeln zu legen. Der grüne Gebäudeteil weist im vorliegenden Beispiel demnach eine Gebäudelänge von 10 m auf und der grauweisse Teil eine solche von 30 m.

<sup>18</sup> IVHB-Erläuterungen vom 3. September 2013, Ziff. 4\_1/2.



## 18. Grenzabstand - § 22 KBV

### Abs. 1:

Der Grenzabstand ist die Entfernung zwischen der projizierten Fassadenlinie (§ 21<sup>ter</sup> Abs. 3 KBV) und der Parzellengrenze (§ 142 PBG [Nachbargrenze]; § 33<sup>bis</sup> Abs. 2 [Zonengrenze]; Anhang I, Figur 12).

### Abs. 2:

Der Grenzabstand wird pro Fassade ermittelt und richtet sich nach der Anzahl Vollgeschosse (§ 16<sup>ter</sup> KBV → § 17 [Untergeschoss]) sowie der Gebäudelänge (§ 21 Abs. 2 KBV) respektive Gebäudebreite (§ 21 Abs. 3 KBV).

Attikageschosse (§ 17<sup>ter</sup> KBV) werden bei der Fassade, deren Rücksprung weniger als 2.00 m beträgt, zur massgebenden Geschosshöhe hinzugerechnet. Einzelheiten regelt der Anhang II.

### Abs. 3:

Vorspringende Gebäudeteile nach § 21<sup>ter</sup> Abs. 4 werden beim Grenzabstand nicht berücksichtigt.

### Abs. 4:

Für Gebäude (§ 21<sup>bis</sup> Abs. 1 KBV), die nach ihrer Zweckbestimmung eine besondere Höhe erfordern (Kirchen, Turnhallen, Scheunen, Silos usw.), sind die gleichen Grenzabstände einzuhalten wie für mehrgeschossige Bauten derselben Höhe.

### Abs. 5:

Der Grenzabstand für Bienenhäuser muss so gross sein, dass für den Eigentümer des Nachbargrundstücks keine Belästigung entsteht. Er muss mindestens 4 m betragen. In bewohnten Gebieten muss der Abstand von den Fluglöchern mindestens 8 m betragen.

### Abs. 6:

Unterirdische Bauten (§ 21<sup>bis</sup> Abs. 2 KBV) und Unterniveaubauten (§ 21<sup>bis</sup> Abs. 3 KBV) dürfen bis an die Grenze gebaut werden, wenn dadurch keine nachbarlichen Interessen beeinträchtigt werden.

### 18.1 Vorbemerkungen

Für die besondere Regelung bei UIB und UNB siehe vorstehende Ausführungen bei der UIB (vgl. hiervor Ziff. 2.2).

### 18.2 Parzellengrenze

Gemessen wird der Grenzabstand entsprechend der Definition in § 22 Abs. 1 KBV zwischen der (projizierten) Fassadenlinie (§ 21<sup>ter</sup> Abs. 3 KBV) und der Parzellengrenze oder aber gemäss § 33<sup>bis</sup> Abs. 2 KBV zur Zonengrenze.

Wenn nun diese Parzellengrenze gleichzeitig auch eine Zonengrenze darstellt, ist wie folgt zu differenzieren:

- *Zonengrenze zwischen Bauzone (vgl. Bauzonenunterarten in § 29 PBG) und Landwirtschaftszone: Es gilt § 33<sup>bis</sup> Abs. 2 KBV, wonach Bauten (≠ Anlagen) einen Abstand einhalten müssen, der dem jeweiligen Grenzabstand entspricht.*

Dieser Abstand ist absolut und kann - entsprechend der langjährigen Praxis des BJD (vgl. Mitteilungsblatt BJD 2020, S. 52 f.) - nicht mittels Näherbau- / Grenzbaurecht unterschritten werden.

- *Zonengrenze zwischen der Industrie-/Gewerbezone (vgl. § 29 Abs. 1 lit. c i.V.m. §§ 32 f. KBV) und einer anderen, innerhalb der Bauzone (vgl. § 29 PBG) liegenden Zone (≠ Landwirtschaftszone): Es kommt § 24 Abs. 2 KBV zur Anwendung. Danach gilt der Grenzabstand nach § 22 KBV. Er beträgt für industrielle und gewerbliche Bauten - soweit dieselben immissionsträchtig sind - mindestens 10 m (sog. öffentlich-rechtlicher Immissionsabstand). Dieser Abstand darf von auskragenden, nicht abgestützten Vordächern über Toren und Einfahrten um maximal 5 m unterschritten werden. Für die Bestimmung der Zahl der Vollgeschosse gelten die Masse nach § 18 Abs. 1 KBV.*

Bei zonenübergreifenden Bauten ist Folgendes zu beachten: In einer Wohnzone sind neben Wohnbauten nur nichtstörende Gewerbe- und Dienstleistungsbetriebe zulässig, welche der Bauweise der Zone angepasst sind (vgl. § 30 PBG). In der Gewerbezone sind demgegenüber mässig störende Gewerbe möglich (vgl. § 32 Abs. 1 PBG). Ein Gewerbebetrieb, welcher also zonenübergreifend teilweise in der Wohnzone und teilweise in der Gewerbezone liegt, darf im Bereich der Wohnzone sowie im Grenzabstand im Sinne von § 24 Abs. 2 KBV, d.h. mindestens in den ersten 10 m (sog. öffentlich-rechtlicher Immissionsabstand), nicht störend sein. Erst hinter dieser Grenze darf ein in der Gewerbezone mässig störendes Gewerbe vorliegen. Darüber hinaus müssen selbstredend die Baumasse der jeweiligen Zonen eingehalten werden.

### 18.3 Ermittlung des Grenzabstandes pro Fassade (§ 22 Abs. 2 Satz 1 KBV)

Der Grenzabstand wird pro Fassade ermittelt und richtet sich nach der Anzahl Vollgeschosse (§ 16<sup>ter</sup> KBV; vgl. hiervor Ziff. 11) sowie der Gebäudelänge (§ 21 Abs. 2 KBV) respektive Gebäudebreite (§ 21 Abs. 3 KBV; vgl. hiervor Ziff. 17).

Daraus ergibt sich, dass die Geschossigkeit einer Baute betreffend die Zonenkonformität, d.h. ob die maximale oder minimale Geschosshöhe eingehalten ist, unter Umständen anders zu beurteilen ist, als bezüglich den Grenzabstand, bei welchem jeweils eine einzelne Fassadenseite für sich allein betrachtet wird. Die Betrachtungsweise pro Fassade kann mit anderen Worten dazu führen, dass eine Baute betreffend den Grenzabstand auf einer einzelnen Fassadenseite lediglich als zweigeschossig in Erscheinung tritt, da auf besagter Seite ein nicht an die Geschosshöhe anrechenbares Untergeschoss (§ 17 KBV) gegeben ist, obschon gesamthaft, d.h. über alle Fassadenseiten, von einem Geschoss auszugehen ist, da der Mittelwert von 1.20 m i.S.v. § 17 KBV über alle Fassaden-

seiten (360°-Betrachtung) überschritten ist.

Alsdann ist Folgendes anzufügen: Der Grenzabstand richtet sich entsprechend der Definition u.a. nach der Anzahl Vollgeschosse. Für die Frage, wie viele Vollgeschosse gegeben sind, ist jeweils auch die Fassadenhöhe (vgl. § 18 KBV) zu berücksichtigen (vgl. hierzu vorstehend Ziff. 11.3). Denn es kann sein, dass zwar auf der betrachteten Fassadenseite ein Untergeschoss gemäss § 17 KBV gegeben ist, da der Mittelwert von 1.20 m nicht überschritten ist. Diesfalls zählt das Unterschoss nicht als Vollgeschoss und es wäre somit z.B. lediglich von einem zweigeschossigen Gebäude auszugehen. Allerdings kann es vorkommen, dass die auf dieser Fassadenseite gegebene Fassadenhöhe das für die zweigeschossige Zone geltende Maximalmass von 7.50 m (siehe § 18 Abs. 1 lit. b KBV) überschreitet, was zu Folge hat, dass gleichwohl ein dreigeschossiges Gebäude anzunehmen ist.

Die Ermittlung «pro Fassade» zeigt sich schliesslich auch bei der neuen Regelung in Bezug auf Attikageschosse (vgl. § 22 Abs. 2 Satz 2 KV), wonach ein Attikageschoss *bei derjenigen Fassade*, deren Rücksprung weniger als 2.00 m beträgt, für die Ermittlung des Grenzabstandes zur massgebenden Geschosshöhe hinzugerechnet wird. Wenn also ein zweigeschossiges Gebäude mit Attika vorliegt, so ist beim Attika bei all jenen Fassadenseiten, bei welchen der Rücksprung im Sinne von § 17<sup>ter</sup> Abs. 2 KBV nicht gegeben ist, der Grenzabstand für ein dreigeschossiges Gebäude einzuhalten.

#### 18.4 § 33<sup>ter</sup> KBV: Baubereiche in Gestaltungsplänen (§§ 44 ff. PBG)

Der Baubereich im Sinne von § 33<sup>ter</sup> KBV umfasst den bebaubaren Bereich, der abweichend von Abstandsvorschriften und Baulinien in einem Nutzungsplanverfahren, d.h. vordergründig in einem Gestaltungsplan gemäss §§ 44 ff. PBG, festgelegt wird.

Die Festlegung von Baubereichen geht als Detailvorschrift den allgemeinen Abstandsvorschriften grundsätzlich vor (sog. *lex specialis*). Allerdings erfährt auch dieser Grundsatz gewisse Einschränkungen. Es kann beispielsweise sein, dass die Planungsbehörde, welche den Baubereich in einem Gestaltungsplan festgelegt hat, die Abstandsvorschriften des höherrangigen Rechts nicht beachtet hat. So können sich etwa in einem kommunalen Gestaltungsplan festgelegte Baubereiche nicht über Nationalstrassenbaulinien hinwegsetzen. Zudem ist Folgendes zu beachten: Soll ein Baubereich festgelegt werden, der einer geltenden, rechtlich gleichrangigen Baulinie widerspricht, so muss die betreffende Baulinie gleichzeitig aufgehoben werden. Unterbleibt dies, so gilt die neuere Regelung. Vorbehalten bleiben - wie erwähnt - immer höherrangige Baulinien beispielsweise des Bundesinfrastrukturrechts.<sup>19</sup>

Schliesslich ist zu beachten, dass durch festgelegte Baubereiche resultierende Abstandsvorschriften nur innerhalb des Gestaltungsplans zum Tragen kommen. Gegenüber Grundstücken ausserhalb des Gestaltungsplanperimeters ist demgegenüber immer der gesetzliche Grenzabstand einzuhalten (vorbehältlich allfälliger Näher- / Grenzbaurechte).

#### 18.5 Vorspringende Gebäudeteile (§ 22 Abs. 3 KBV:) und privilegierte Bauteile (§ 48 KBV)

Siehe vorstehende Ausführungen zu vorspringenden Gebäudeteilen in Ziff. 5.

An bestehenden oder im Nutzungsplan enthaltenen Strassen dürfen untergeordnete Bauteile wie Erker, Balkone, Vordächer sowie Wintergärten gemäss § 48 KBV bis 2 m über die Baulinie resp. den gesetzlichen Strassenabstand (vgl. § 46 KBV), jedoch nicht in den öffentlichen Strassenraum hineinragen. Dabei müssen die Verkehrssicherheit auf der Strasse und die Begehbarkeit der Trottoirs gewährleistet sein. Baulinien resp. Abstandsvorschriften, die Abstände zu öffentlichen Verkehrsanlagen festlegen, gehen als

<sup>19</sup> IVHB-Erläuterungen vom 3. September 2013, Ziff. 7\_4.

Detailvorschrift den allgemeinen Grenzabstandsvorschriften vor (sog. *lex specialis*).<sup>20</sup> Dementsprechend gelten bezüglich Abständen zu öffentlichen Verkehrsanlagen die §§ 46 ff. KBV als *lex specialis* und die allgemeinen Grenzabstandsvorschriften finden hinsichtlich benachbarter Strassengrundstücke keine Anwendung.

#### 18.6 Whirlpools und Pergolas bzw. Sitzplätze

Bezüglich Whirlpools, Pergolas bzw. Sitzplätze und ähnlicher Objekte im Garten ist zwischen dem Grenzabstand im Sinne von §§ 22 ff. KBV und dem (privatrechtlichen) Immissionsabstand gemäss § 253 Gesetz über die Einführung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (EG ZGB; BGS 211.1) zu differenzieren.

Analog zur Regelung bei der UIB und UNB (vgl. § 22 Abs. 6 KBV) sowie betreffend Stützmauern (§ 62 Abs. 2 KBV) müssen Whirlpools, soweit sie nicht mehr 0.50 m über das massgebende oder tiefergelegte Terrain ragen, keinen Grenzabstand einhalten. Ein Whirlpool stellt aber eine ortsfeste Anlage im Sinne von Art. 7 Abs. 7 des Bundesgesetzes über den Umweltschutz vom 7. Oktober 1983 (USG; SR 814.01) und Art. 2 Abs. 1 Lärmschutz-Verordnung vom 15. Dezember 1986 (LSV; SR 814.41) dar, welche bei der Nutzung Lärm erzeugt. Dementsprechend ist für einen Whirlpool gegenüber dem Nachbargrundstück in der Bauzone ein Immissionsabstand von wenigstens 2 m einzuhalten. Der Eigentümer hat überdies auf seinem Grundstück die nötigen Vorkehrungen zur Vermeidung von Schaden zu treffen.

Soweit der Whirlpool an einem Punkt mehr als 0.50 m über dem massgebenden oder tiefergelegten Terrain liegt, so ist derselbe fassadenbildend und es gilt analog zur eingeschossigen Baute - unabhängig vom Immissionsabstand gemäss § 253 EG ZGB - ohnehin ein Grenzabstand von mindestens 2 m (vgl. Anhang II zur KBV; vgl. hiervor Ziff. 11.3).

Ein nicht überdachter Sitzplatz gilt als Anlage, welche grundsätzlich keinen schädigenden Einfluss auf die Umgebung hat, weshalb ein solcher Sitzplatz - ohne Einhaltung des Immissionsabstandes gemäss § 253 EG ZGB - direkt an der Grenze zum Nachbargrundstück errichtet werden darf. Eine Gartengestaltung über die Bauzonengrenze hinaus, welche der Wohnnutzung innerhalb der Bauzone dient, wäre allerdings unzulässig (vgl. Mitteilungsblatt BJD 2020, S. 53).

Ein überdachter Sitzplatz oder eine Pergola, stellen demgegenüber - soweit sie der Gebäudedefinition von § 21<sup>bis</sup> Abs. 1 KBV entsprechen - eine eingeschossige Baute dar, welche - abhängig von der Gebäudelänge /-breite einen entsprechenden Grenzabstand von mindestens 2 m einhalten müssen (vgl. Anhang II zur KBV).

### 19. Gebäudeabstand - § 28 KBV

*Abs. 1:*

*Der Gebäudeabstand ist die Entfernung zwischen den projizierten Fassadenlinien (§ 21<sup>ter</sup> Abs. 3 KBV) zweier Gebäude (§ 21<sup>bis</sup> Abs. 1 KBV). Er entspricht der Summe der Grenzabstände (§§ 22 ff. KBV; Anhang I, Figur 12).*

*Abs. 1<sup>bis</sup>:*

*Auf dem gleichen Grundstück gilt unter dem Vorbehalt der Wahrung ästhetischer, wohnhygienischer und feuerpolizeilicher Interessen für Nebenbauten kein Gebäudeabstand.*

<sup>20</sup> IVHB-Erläuterungen vom 3. September 2013, Ziff. 7\_1.

*Abs. 2:*

*Innerhalb der Industrie- oder Gewerbezone muss der Gebäudeabstand zweier industrieller oder gewerblicher Bauten dem Mittel der Fassadenhöhe (§ 18 KBV) der beiden Gebäude (§ 21<sup>bis</sup> Abs. 1 KBV) entsprechen und mindestens 4 m betragen.*

*Abs. 3:*

*Die Gebäudeabstandsvorschriften gelten auch dann, wenn der Grenzabstand (§§ 22 ff. KBV) nach § 26 ungleich verteilt wird.*

*Abs. 4:*

*Befindet sich auf dem Nachbargrundstück ein Gebäude (§ 21<sup>bis</sup> Abs. 1 KBV), dessen Grenzabstand (§§ 22 ff. KBV) nach altem Recht geringer ist als der durch die vorliegende Verordnung bestimmte, so kann der Neubau mit dem in der vorliegenden Verordnung bestimmten Grenzabstand errichtet werden, wenn keine öffentlichen Interessen entgegenstehen.*

### 19.1 § 28 Abs. 1<sup>bis</sup> KBV: Nebenbauten

Soweit auf dem gleichen Grundstück eine Nebenbaute erstellt wird, gilt unter dem Vorbehalt der Wahrung ästhetischer, wohngygienischer und feuerpolizeilicher Interessen hierfür kein Gebäudeabstand. Eine Nebenbaute ist der Hauptbaute - von der Erscheinung her - untergeordnet und umfasst eine selbstständige (Neben-)Nutzung. Als Nebenbauten kommen dementsprechend Garagen, Geräteschuppen, Garten- und Gewächshäuser, Gartenpavillons (Pergolas) etc. in Betracht (vgl. Mitteilungsblatt BJD 2017, S. 58 f.).

Wird zwischen zwei Hauptbauten eine Nebenbaute erstellt, hat dies einzig zur Folge, dass die Hauptbaute 1 und die Hauptbaute 2 jeweils gegenüber der Nebenbaute keinen Gebäudeabstand wahren müssen. Es bleibt jedoch dabei, dass der Gebäudeabstand zwischen den beiden Hauptbauten einzuhalten ist. Die Platzierung einer Nebenbaute zwischen zwei Hauptbauten kann mit anderen Worten nicht dazu führen, dass kein Gebäudeabstand zwischen den Hauptbauten mehr einzuhalten wäre.

### 19.2 § 28 Abs. 3 KBV: Einhaltung des Gebäudeabstandes, trotz ungleich verteilter Grenzabstände

Die privatrechtliche Begründung eines Näher- oder Grenzbaurechts (vgl. § 26 KBV) entbindet nicht davon, den entsprechenden Gebäudeabstand im Sinne von §§ 28 ff. KBV zu wahren (vgl. § 28 Abs. 3 KBV). Wenn also z.B. im Rahmen einer im Grundbuch eingetragenen Dienstbarkeit ein einseitiges Grenz- / Näherbaurecht gewährt wird, so kommt die baurechtliche «Ausschöpfung» dieses Rechts - soweit das andere Grundstück bereits bebaut ist - nur in Betracht, wenn der Gebäudeabstand als Summe der Grenzabstände gleichwohl eingehalten bleibt.

Es liegt darüber hinaus einzig im Ermessen der Baubehörde eine Reduktion des Gebäudeabstandes zu gestatten, wenn keine erheblichen öffentlichen oder nachbarlichen Interessen beeinträchtigt werden und das Grundstück andernfalls nicht oder nicht zweckmässig überbaut werden könnte (vgl. § 29 KBV). Dabei sind Ausnahmen insbesondere zu gestatten, um schützenswerte Gebäudegruppen, namentlich in der Kernzone, zu erhalten, wobei der der betroffene Nachbar stets anzuhören ist.

### 19.3 § 28 Abs. 4 KBV: Altrechtlicher Grenzabstand

Befindet sich auf dem Nachbargrundstück ein Gebäude, dessen Grenzabstand nach altem Recht geringer ist als der durch die vorliegende Verordnung bestimmte, so kann

der Neubau mit dem in der vorliegenden Verordnung bestimmten Grenzabstand errichtet werden, wenn keine öffentlichen Interessen entgegenstehen.

Unter «altem Recht» sind dabei die altrechtlichen Abstandsvorschriften zu verstehen. Soweit eine Baute unter Geltung des alten Rechts fälschlicherweise mit ungenügendem Abstand bewilligt worden ist, stellt diese keinen Fall von § 28 Abs. 4 KBV dar. Denn es handelt sich hier nicht um «altes Recht» im materiellen Sinn, sondern um eine formelle Rechtswidrigkeit. Sofern besagte Baute gar nicht bewilligt worden ist, liegt erst recht kein Fall von § 28 Abs. 4 KBV vor. Um in diesen Fällen stossende Ergebnisse zu vermeiden, ist dem unter neuem Recht bauenden Bauherrn aber unter gegebenen Voraussetzungen - analog zu § 28 Abs. 4 KBV - eine Reduktion des Gebäudeabstandes zu bewilligen (vgl. § 29 KBV).

Altrechtliche Abstände, welche hinsichtlich § 28 Abs. 4 KBV allenfalls relevant sein könnten, ergeben sich u.a. aus dem Normalbaureglement von 1926, welches folgende Bauabstände definiert hat:

- Neubauten: 3.50 m zu öffentlichen Strassen;
  - Hauptgebäude: 3 m zu nachbarlicher Grenze, 6 m zu anderem Gebäude (Näherbaurecht);
  - Hintergebäude: 2 m zu nachbarlicher Grenze.
-

# Mobilfunkanlagen im Baugesuchsverfahren

Martin Stocker, Amt für Umwelt

## 1. Rechtliche Grundlagen

Die Verordnung über den Schutz vor nichtionisierender Strahlung (NISV; SR 814.710), welche am 1.02.2000 in Kraft gesetzt wurde, hat den Zweck, Menschen vor schädlicher oder lästiger nichtionisierender Strahlung zu schützen.

Dazu sind für alle Arten nichtionisierender Strahlung verschiedene Grenzwerte definiert.

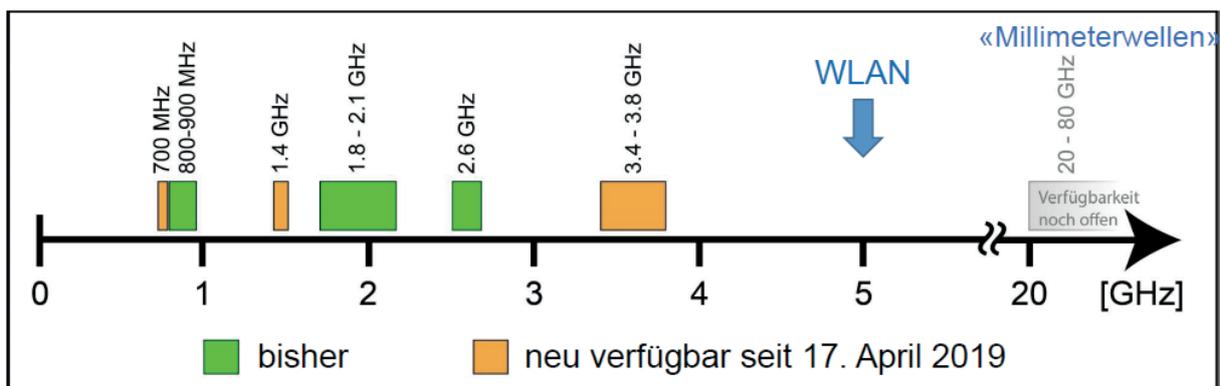
Für Mobilfunksendeanlagen gibt es in der NISV, im Gegensatz zu den meisten übrigen Ländern in Europa, zwei Grenzwerte, welche beide eingehalten werden müssen:

- Der Immissionsgrenzwert liegt frequenzabhängig zwischen 38 V/m und 61 V/m und muss überall eingehalten werden, wo sich Menschen aufhalten können, also an den sogenannten OKA (Orte für kurzfristigen Aufenthalt, z.B. direkt neben dem Mastfuss, auf dem Trottoir, auf einer Terrasse etc.).
- Der Anlagengrenzwert liegt ebenfalls frequenzabhängig im Bereich von 4 -6 V/m, muss jedoch nur überall dort eingehalten werden, wo sich Menschen dauerhaft aufhalten. Als solche OMEN (Orte mit empfindlicher Nutzung) gelten z.B. Wohnräume, feste Arbeitsplätze im Innern, Schulen, Kindergärten etc. Als einzige Aussenräume gelten gemäss NISV raumplanungsrechtlich festgesetzte Kinderspielflächen.

Der Bund als Gesetzgeber definiert die Grenzwerte abschliessend, das heisst die Kantone oder Gemeinden haben keine Kompetenzen andere Grenzwerte zu fordern, weder strengere noch weniger strenge.

## 2. Mobilfunk allgemein

Im Mobilfunk werden hochfrequente elektromagnetische Felder für die drahtlose Übertragung von Informationen genutzt. In der Schweiz werden dafür aktuell Frequenzbereiche zwischen 700 MHz und 3800 MHz verwendet.



Zu den bereits vorher verwendeten Frequenzbereichen 800 - 900 MHz, 1.8 - 2.1 GHz (1800 - 2100 MHz) und 2.6 GHz, wurden im April 2019 die Konzessionen für neue Frequenzbereiche 700 MHz, 1.4 GHz und 3.4 - 3.8 GHz an die Mobilfunkbetreiber durch das Bundesamt für Kommunikation BAKOM vergeben.

Auch die neuen Frequenzbereiche von 3.4 - 3.8 GHz liegen also immer noch tiefer als z.B. das häufig vom heimischen WLAN verwendete 5 GHz Band.

Frequenzen über 20 GHz, im sogenannten Millimeterwellen-Bereich, sind in der Schweiz nicht für Mobilfunkanwendungen vergeben.

Das jährlich über Mobilfunk übertragene Datenvolumen steigt seit Jahren weltweit und auch in der Schweiz quasi exponentiell an. Man geht dabei von einer Verdoppelung des Datenvolumens alle 12- 18 Monaten aus.

Um diesem Anstieg zu bewältigen, werden die Mobilfunkstandards immer wieder verbessert. Inzwischen unterscheidet man 5 Technikgenerationen. Während die erste Generation noch analog arbeitete, setzen alle Nachfolgetechnologien auf digitale Signalverarbeitung. Das wesentliche Merkmal der jeweils neueren Generationen war, die erhöhte Datenrate um mehr Kapazität bereitstellen zu können.

### 3. 5G / adaptive Antennen

Seit rund 3 Jahren wird auch in der Schweiz die 5. Mobilfunkgeneration 5G eingesetzt. 5G, auch New Radio resp. abgekürzt NR genannt, basiert grundsätzlich auf dem vorherigen Standard 4G LTE, bringt jedoch diverse Verbesserungen und dadurch teils massiv höhere Kapazitäten mit gleichzeitig deutlich kürzeren Reaktionszeiten.

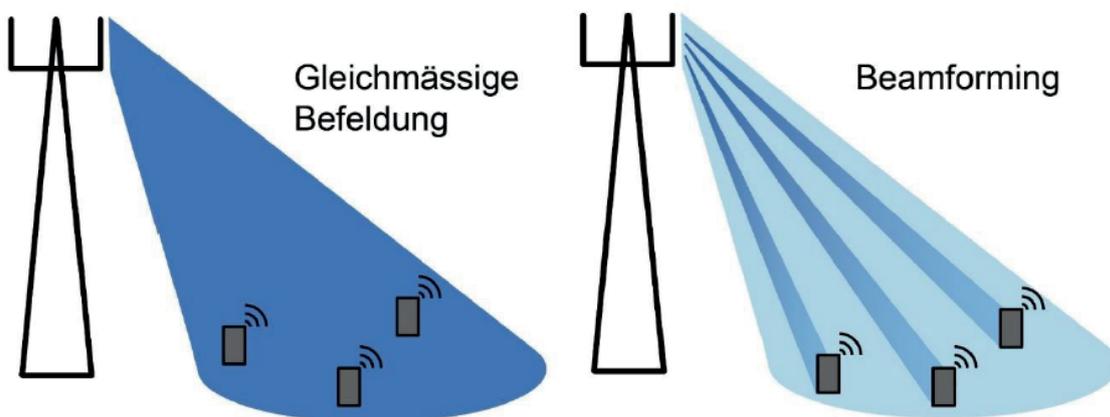
Details zu dieser 5. Mobilfunkgeneration sind auf der Homepage des BAKOM zu finden unter:

<https://www.bakom.admin.ch/bakom/de/home/telekommunikation/technologie/5g.html>

Parallel zum neuen Standard 5G werden in der Schweiz zudem neu auch sogenannte adaptive Antennen eingesetzt. Obwohl adaptive Antennen nicht Bestandteil der Standardisierung von 5G sind, werden sie aktuell primär mit dem neusten Funkdienst 5G im Bereich von 3400-3800 MHz verwendet.

Während die bisherigen konventionellen Antennen über eine gleichmässige räumliche Ausbreitung der Strahlung verfügen, können adaptive Antennen mittels sogenannten Beamforming die Informationen gezielt an einzelne Nutzerinnen und Nutzer übertragen, die so eine optimale Übertragungsrate erhalten. In alle anderen Richtungen wird die Sendeleistung und damit die Belastung durch elektromagnetische Felder reduziert.

Konventionelle Antenne:      Adaptive Antenne:



Am 23. Februar 2021 wurde vom Bundesamt für Umwelt BAFU in einem Nachtrag zur Vollzugshilfe der Umgang mit den neuen adaptiven Antennen konkretisiert. Darin wird nun festgehalten, dass abhängig von der Anzahl Sub-Arrays, also der Anzahl möglicher einzelner Beams, ein Korrekturfaktor angewendet werden darf. Damit darf die deklarierte, und für die Berechnungen verwendete Sendeleistung dieser adaptiven Antennen kurzfristig um maximal diesen Faktor erhöht werden, darf jedoch über 6 Minuten gemittelt die definierte Sendeleistung nicht überschreiten.

In der revidierten Version der NISV, welche am 1.1.2022 in Kraft gesetzt wurde, sind die zentralen Aspekte der Beurteilung adaptiver Antennen übernommen worden.

#### **4. Bewilligungsverfahren**

Die Errichtung von neuen Mobilfunkantennen (über 6 W Sendeleistung) bedarf stets einer Baubewilligung. Ebenso bewilligungspflichtig ist die Änderung bestehender Anlagen, sofern diese Änderung Auswirkungen auf die Umwelt hat.

Zuständige Bewilligungsbehörde bei Mobilfunkanlagen ist in der Regel die Baubehörde der Standortgemeinde. Das Amt für Umwelt (AfU) unterstützt die Baubehörde, indem von der Abteilung Luft/Lärm die fachliche Prüfung gemäss NISV übernommen wird. Bei Vorhaben ausserhalb der Bauzone ist zusätzlich eine raumplanungsrechtliche Beurteilung durch das Amt für Raumplanung ARP erforderlich.

##### **4.1 Ablauf Bewilligungsverfahren:**

Der ordentliche Ablauf des Baubewilligungsverfahrens sieht vereinfacht wie folgt aus:

- Eingabe der Baugesuchsunterlagen durch den Gesuchsteller an die Standortgemeinde.
- Überprüfung der Baugesuchsunterlagen auf Vollständigkeit (Standortdatenblatt; Pläne ...) durch die kommunale Baubehörde.
- Fachliche Überprüfung durch Amt für Umwelt AfU (nur gemäss NISV)
- Öffentliche Auflage (parallel oder besser nach Prüfung durch AfU)
- Behandlung der Einsprachen (Unterstützung durch AfU, falls erwünscht)
- Raumplanungsrechtliche Beurteilung durch Amt für Raumplanung ARP, bei Standorten ausserhalb Bauzone
- Erteilung der Baubewilligung sofern alle rechtlichen Vorgaben eingehalten sind.

##### **4.2 Bagatellverfahren**

Die Bau-, Planungs- und Umweltdirektoren-Konferenz (BPUK) hat am 7. März 2013 in einer Empfehlung das Modell der Bagatelländerungen vorgeschlagen. Ziel ist dabei eine Vereinfachung der Bewilligungsverfahren und damit auch Entlastung der Verwaltungen, bei Änderungen bestehender Mobilfunkanlagen, sofern diese keine, oder nur sehr unbedeutende Auswirkungen haben. Dabei wurden Bagatellkriterien definiert, welche genau festlegen unter welchen Bedingungen und in welchem Umfang die elektrische Feldstärke in der Umgebung zunehmen darf.

Sind die Bagatellkriterien erfüllt, so kann auf ein ordentliches Baubewilligungsverfahren verzichtet werden.

Nicht weiter spezifiziert wurde dabei, welche Art der Änderungen unter diese Bagatellverfahren fallen dürfen. Insbesondere ob der Wechsel von konventionellen auf adaptive Antennen auch in einem Bagatellverfahren behandelt werden dürfen, war umstritten.

Daher wurde in der BPUK-Versammlung vom 4. März 2022 diese Empfehlung überarbeitet. Es wurde jedoch den Kantonen freigestellt, in welchem Umfang sie Bagatelländerungen zulassen möchten.

Das Bau- und Justizdepartement hat sich dazu entschieden, dass der Wechsel von konventionellen auf adaptive Antennen immer einer Baubewilligung bedarf. Andere Änderungen z.B. der Wechsel von Antennen gleichen Typs (konventionell -> konventionell, adaptiv -> adaptiv) können jedoch unter Einhaltung der Bagatellkriterien als Bagatellfall beurteilt werden.

Details dazu sind im Bulletin Rechtsdienst BJD 1/2022 festgehalten:

<https://so.ch/verwaltung/bau-und-justizdepartement/departementssekretariat-rechtsdienst/mitteilungsblaetter-bulletin/>

#### 4.3 Ablauf Bagatellverfahren:

In einem Bagatellfall ist der Ablauf wie folgt:

- Die Gesuchsteller reichen das revidierte Standortdatenblatt plus die Deklaration der Bagatelländerung gemäss BPUK-Empfehlung der NIS-Fachstelle (AfU) ein.
- Die NIS-Fachstelle prüft, ob die Bagatellkriterien eingehalten sind und die Änderung der Praxis des Kantons entspricht.
- Die NIS-Fachstelle reicht die Unterlagen der Standortgemeinde weiter mit einer Stellungnahme.
- Bei baulichen Änderungen der Anlage (z.B. unterschiedliche Antennen-Abmessungen) kann die Gemeinde entscheiden, ob sie aufgrund dessen ein ordentliches Baugesuch einfordern möchte.
- Anschliessend erfolgt eine Meldung von der NIS-Fachstelle an den Anbieter, ob das Vorhaben bewilligungspflichtig ist oder nicht.

## 5. Dialogmodell

Der Handlungsspielraum der Gemeinden bei der Steuerung von Standorten von Mobilfunkanlagen ist recht klein.

Grundsätzlich ist es im Rahmen einer Ortsplanungsrevision möglich, einen gewissen Einfluss auf die Standorte neuer Mobilfunkanlagen zu nehmen. Neben Negativ- und Positivplanung ist hier insbesondere das Kaskadenmodell, welches eine Priorisierung von Zonen vorgibt, zielführend.

Detaillierte Informationen dazu sind im Leitfaden Mobilfunk für Gemeinden und Städte zu finden:

<https://www.bafu.admin.ch/bafu/de/home/themen/elektrosmog/publikationen-studien/publikationen/leitfaden-mobilfunk-gemeinden-staedte.html>

Zusätzlich möchte nun der Kanton Solothurn auch das Dialogmodell einführen. Dabei sollen die gegenseitige und frühzeitige Information zwischen Mobilfunkbetreibern und Gemeinden verbessert, das Verfahren bei der Evaluation von geeigneten Antennenstandorten geregelt und ein Mitwirkungsrecht der Gemeinden bei der Standortbewertung festgelegt werden.

Dazu orientieren die Mobilfunkbetreiber die Gemeinden im Rahmen einer periodischen Information über die langfristige Planung, über den Neubau sowie über den Aus- und Umbau von bestehenden Antennenanlagen.

Die Gemeinden haben dann die Möglichkeit bei neuen Anlagen Alternativstandorte im bezeichneten Suchkreis zu prüfen, zu beurteilen und zu bezeichnen. Die Mobilfunkbetreiber prüfen zudem kooperativ die Möglichkeit der Mitbenutzung mit den bestehenden Sendeanlagen. Die Standortevaluation und der Standortentscheid erfolgen nach Abklärungen über mögliche Alternativstandorte in kooperativer Zusammenarbeit und im gegenseitigen Einvernehmen.

Die Gespräche mit den drei Mobilfunkanbietern zum Dialogmodell haben Ende 2021 stattgefunden und der Vertrag liegt im Entwurf vor. Sobald die letzten Details geklärt sind, soll das Dialogmodell eingeführt werden.

# Stolpersteine im Baugesuchsverfahren

*Victor von Sury, Rechtsdienst Bau- und Justizdepartement*

Vorliegender Beitrag ist im Nachgang an die Baukonferenzen 2022 entstanden und soll den kommunalen Baubehörden dazu dienen, sich in den Irrungen und Wirrungen des Verfahrensrechts zurecht zu finden. Der Aufbau des vorliegenden Beitrags orientiert sich einerseits am Ablauf eines Baubewilligungsverfahrens, andererseits an den dem BJD am häufigsten zugetragenen Fragestellungen. Wiederholungen zu den Ausführungen in anderen Mitteilungsblättern, insbesondere zum Mitteilungsblatt 2018, S. 3 ff., sind nicht ausgeschlossen und die örtlichen Baubehörden werden ausdrücklich dazu ermutigt, auch in früheren Mitteilungsblättern die notwendigen Informationen abzurufen.

Soweit sich in vorliegendem Beitrag Muster finden, so sind deren Inhalte auf den Kern des entsprechenden Schreibens bzw. der entsprechenden Verfügung begrenzt. Für ein Muster einer (vollständigen) Verfügung sei auf das Mitteilungsblatt 2018, S. 15 ff. verwiesen.

## Unbewilligte Bauten und bauliche Anlagen

Wird die Baubehörde von sich aus oder auf Anzeige hin auf eine unbewilligte Baute oder bauliche Anlage aufmerksam, so ist sie grundsätzlich zur Abklärung der Sach- und Rechtslage verpflichtet (vgl. § 151 PBG und § 14 KBV).

In einem ersten Schritt ist abzuklären, ob die beanstandete Baute oder bauliche Anlage überhaupt baubewilligungspflichtig ist. Die Frage der Baubewilligungspflicht soll an dieser Stelle nicht weiter erörtert werden, zumal die entsprechenden gesetzlichen Grundlagen aktuell revidiert werden. Weitere Ausführungen, insbesondere zur Praxis des BJD, finden sich im Mitteilungsblatt 2018, S. 4. Ungeachtet dessen werden die örtlichen Baubehörden darauf hingewiesen, dass ein Baugesuch und eine damit einhergehende Baubewilligung sämtlichen Beteiligten Rechtssicherheit verschafft. Reicht die Bauherrschaft ein Baugesuch ein und baut sie bewilligungskonform, so ist sie gegen eventuelle nachträgliche Streitigkeiten - sei es mit der Baubehörde selbst oder Nachbarn - gewappnet (vgl. RRB Nr. 2020/1887 vom 22. Dezember 2020). Das Institut des Baugesuchs und der Baubewilligung wird in diesem Sinne - zu Unrecht - oftmals zu negativ qualifiziert.

Stellt die Baubehörde nun ein unbewilligtes Bauvorhaben fest, so ist in keinem Fall direkt zu verfügen. Vielmehr muss der Bauherrschaft zwingend vorgängig das rechtliche Gehör (§ 23 VRG), und zwar schriftlich, gewährt werden. Es wird hierbei empfohlen, eine Frist von mindestens zwanzig Tagen zur Stellungnahme anzusetzen.

Sehr geehrte Frau [Name]  
Sehr geehrter Herr [Name]

Im Rahmen unserer baupolizeilichen Tätigkeit haben wir festgestellt, dass auf Ihrem Grundstück GB [Gemeinde] Nr. [X] ein [Beschreibung der Baute] errichtet wurde, für die wir in unseren Akten keine Baubewilligung auffinden konnten.

In diesem Rahmen ist nun zu prüfen, ob ein nachträgliches Baugesuch einzufordern und ob allenfalls die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands zu prüfen ist. Mit vorliegendem Schreiben und im Sinne der Gewährung des rechtlichen Gehörs bitten wir Sie, innert 20 Tagen zu diesem Sachverhalt Stellung zu nehmen.

Freundliche Grüsse  
[Präsident/-in BK]

[Aktuar/-in BK]

Nach Eingang der entsprechenden Stellungnahme der Bauherrschaft oder im Falle einer unterlassenen Stellungnahme hat die Baubehörde die Aufforderung zur Einreichung eines Baugesuchs - verbunden mit einer (mindestens einmal erstreckbaren) Frist - zu verfügen. Es wird empfohlen, gleichzeitig für den Fall der Unterlassung, die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes anzudrohen, diesen aber (noch) nicht direkt zu verfügen. Selbstverständlich gilt dies nicht für den Fall, in welchem die Bauherrschaft tatsächlich eine rechtsgültige Baubewilligung vorweisen kann.

#### Verfügung

Sehr geehrte Frau [Name]  
Sehr geehrter Herr [Name]

Hiermit bestätigen wir Ihnen die Eingabe Ihrer Stellungnahme vom [DATUM] zu unserem Schreiben vom [DATUM]. // Mit Schreiben vom [DATUM] haben wir Ihnen das rechtliche Gehör zum Sachverhalt «unbewilligte Baute auf GB [Gemeinde] Nr. [X]» gewährt. Wir haben bis heute keine Antwort von Ihnen erhalten.

Da es sich bei der unbewilligten Baute [Beschreibung der Baute] nach § 3 Abs. 2 lit. [Buchstabe] KBV um eine baubewilligungspflichtige Baute handelt, wird Ihnen vorliegend Frist zur Einreichung eines Baugesuchs gesetzt. Reichen Sie kein Baugesuch ein oder erweist sich die Baute als nicht bewilligungsfähig, so wird die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands geprüft.

Demnach wird

verfügt:

1. Herr [Name] und Frau [Name] wird Frist bis zum [Datum] gesetzt, für die unbewilligte Baute [Beschreibung der Baute] ein nachträgliches Baugesuch einzureichen.

Freundliche Grüsse

[Präsident/-in BK]

[Aktuar/-in BK]

[Rechtsmittelbelehrung]

Gemäss Praxis des BJD (vgl. BJD 2020/187 vom 16. Juni 2021, einsehbar im Bulletin RD BJD 1/2021) besteht bei einer Baute oder baulichen Anlage innerhalb der Bauzone, die vor über 30 Jahren errichtet wurde, grundsätzlich kein öffentliches Interesse daran, ein Baugesuch nachfordern zu können. Vorbehalten bleiben selbstredend Fälle, wo öffentliche Interessen wie die (Verkehrs-)Sicherheit oder dergleichen betroffen sind. Gibt die Bauherrschaft also von sich aus kein Baugesuch ein und ist es der Baubehörde verwehrt, ein Baugesuch einzufordern, so stellt sich die Frage nach der rechtlichen Qualifikation dieser Baute oder baulichen Anlage. In solchen Fällen ist und bleibt sie formell rechtswidrig (= unbewilligt), was dazu führt, dass diese nur geduldet wird. Dies führt jedoch - anders als bei der Ersitzung von Eigentum - nicht dazu, dass die rechtswidrige Baute rechtmässig wird. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist es dem Eigentümer der zu duldenen Bauten zwar erlaubt, mit bewilligungsfrei zulässigen Massnahmen ebendiese zu unterhalten. Es ist ihm jedoch strengstens untersagt, die Bauten - im Sinne eines erweiterten Bestandesschutzes - mit bewilligungspflichtigen Massnahmen zu erneuern, teilweise zu ändern, zu erweitern oder wiederaufzubauen (vgl. Urteil des Bundesgerichts 1C\_558/2018 vom 9. Juli 2019 E. 4.3). Es steht der Bauherrschaft selbstredend frei, aus eigenem Antrieb ein nachträgliches Baugesuch einzureichen.

## Verfügung

Sehr geehrte Frau [Name]  
 Sehr geehrter Herr [Name]

Hiermit bestätigen wir Ihnen die Eingabe Ihrer Stellungnahme vom [DATUM] zu unserem Schreiben vom [DATUM]. Wir haben festgestellt, dass die Bauten und baulichen Anlagen [Beschreibung der Bauten und baulichen Anlagen] vor über 30 Jahren errichtet worden sind. Da keine überwiegenden öffentlichen Interessen bestehen, die die Einholung eines Baugesuchs rechtfertigen würden, wird vorliegend die formelle Rechtswidrigkeit und damit einhergehend die Duldung der Bauten und baulichen Anlagen festgestellt. Es steht Ihnen selbstredend frei, auf freiwilliger Basis ein Baugesuch nachzureichen.

Demnach wird

verfügt:

1. Die formelle Rechtswidrigkeit der Bauten und baulichen Anlagen [Beschreibung der Bauten und baulichen Anlagen] auf GB [Gemeinde] Nr. [X] wird festgestellt. Die Bauten und baulichen Anlagen werden geduldet. Die Grundeigentümerin wird darauf hingewiesen, dass es ihr und allfälligen Rechtsnachfolgern untersagt ist, die formell rechtswidrigen Bauten und baulichen Anlagen im baubewilligungspflichtigen Umfang zu erneuern, zu erweitern oder wiederaufzubauen.

Freundliche Grüsse

[Präsident/-in BK]

[Aktuar/-in BK]

[Rechtsmittelbelehrung]

An dieser Stelle ist noch darauf hinzuweisen, dass gemäss aktueller Rechtslage diese Privilegierung ausserhalb der Bauzone nicht greift. Eine Duldung rechtswidriger Bauten und baulichen Anlagen ausserhalb der Bauzone ist spätestens seit BGE 147 II 309 in den allermeisten Fällen nicht mehr möglich. Anzumerken ist, dass gegenwärtig auf Bundesebene Bestrebungen bestehen, die früher geltende 30-Jährige Verwirkungsfrist auf Gesetzesebene (wieder) einzuführen.

Bei der entsprechenden Verfügung ist die Verfügungsform (§ 21 Abs. 1 VRG) zu beachten. Sie hat somit schriftlich, begründet, unterschrieben und mit einer Rechtsmittelbelehrung versehen zu sein. Ebenso ist sie als Verfügung zu bezeichnen.

Kommt die Bauherrschaft der Pflicht zur Einreichung des Baugesuchs nach, so ist das Baugesuch ordentlich zu prüfen (inklusive Publikation; mehr dazu unten). Unterlässt die Bauherrschaft die Einreichung des Baugesuchs oder kommt die Baubehörde zum Schluss, das Bauvorhaben könne nachträglich nicht bewilligt werden, so muss die Baubehörde die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands prüfen. Sie hat zu prüfen, ob die Wiederherstellung verhältnismässig ist und im öffentlichen Interesse liegt. Dabei sind die verschiedenen öffentlichen und privaten Interessen gegeneinander abzuwägen. Den Interessen des Bauherrn, der im Wissen um die fehlende Baubewilligung (also bösgläubig) die Baute errichtet hat, ist in der Regel kein grosses Gewicht beizumessen. Wer ohne Baubewilligung baut, soll später nicht noch mit einer Baute belohnt werden, die in einem herkömmlichen Baubewilligungsverfahren nicht bewilligt worden wäre (vgl. beispielsweise Urteil des Bundesgerichts 1C\_154/2020 vom 13. Juli 2021 E. 8.1). Kommt die Baubehörde zum Schluss, das Verhältnismässigkeitsprinzip gebiete, von der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands abzusehen, so führt dies - unter Feststellung der Rechtswidrigkeit - zur Duldung der entsprechenden Baute oder baulichen Anlage mit den entsprechenden Rechtsfolgen (siehe oben).

Wichtig ist, bei der entsprechenden Verfügung ein vollstreckbares Dispositiv zu verfügen. So dürfte die Formulierung «Es ist der rechtmässige Zustand wiederherzustellen» oftmals im Vollstreckungsfall vor dem Oberamt zu unbestimmt sein. Vielmehr sind die einzelnen konkreten Objekte und die vorzunehmende Handlung im Dispositiv zu benennen, wobei auch ein Plan als Erläuterung beigelegt werden kann.

## Verfügung

Sehr geehrte Frau [Name]  
Sehr geehrter Herr [Name]

Mit Verfügung vom [Datum] wurde Ihnen Frist gesetzt, ein Baugesuch für die Bauten [Beschreibung der Bauten] auf GB [Gemeinde] Nr. [X] einzureichen. Sie sind dieser Aufforderung nicht nachgekommen. // Mit Verfügung vom [Datum] wurde Ihnen Frist gesetzt, ein Baugesuch für die Bauten [Beschreibung der Bauten] auf GB [Gemeinde] Nr. [X] einzureichen. Nach der Prüfung des Baugesuchs hat sich ergeben, dass das Bauvorhaben aus folgenden Gründen nicht bewilligt werden kann: [Ergebnis der materiellen Prüfung des Baugesuchs].

Folglich ist über die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands zu befinden. Der Anordnung der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands kommt massgebendes Gewicht für den ordnungsgemässen Vollzug des Raumplanungsrechts zu. Die Wiederherstellungsanordnung ist im Einzelfall unzulässig, wenn ihr allgemeine Prinzipien des Verfassungs- und Verwaltungsrechts entgegenstehen. Dazu gehört namentlich der in Art. 5 Abs. 2 BV statuierte Grundsatz der Verhältnismässigkeit (vgl. BGE 136 II 359 E. 6). Die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands kann etwa unterbleiben, wenn die Abweichung vom Erlaubten nur unbedeutend ist oder die Wiederherstellung nicht im öffentlichen Interesse liegt (vgl. BGE 132 II 21 E. 6). Auf die Verhältnismässigkeit berufen kann sich auch ein Bauherr, der nicht gutgläubig gehandelt hat. Er muss aber in Kauf nehmen, dass die Behörden aus grundsätzlichen Erwägungen, namentlich zum Schutz der Rechtsgleichheit und der baulichen Ordnung, dem Interesse an der Wiederherstellung des gesetzmässigen Zustands erhöhtes Gewicht beimessen und die ihm allenfalls erwachsenden Nachteile nicht oder nur in verringertem Mass berücksichtigen (vgl. BGE 132 II 21 E. 6.4).

[Konkrete Prüfung der Verhältnismässigkeit]

Demnach wird

verfügt:

1. Das nachträgliche Baugesuch für die Bauten und baulichen Anlagen [Beschreibung der Bauten und baulichen Anlagen] auf GB [Gemeinde] Nr. [X] wird nicht bewilligt.
2. Herr [Name] und Frau [Name] wird Frist bis zum [Datum] gesetzt, um den rechtmässigen Zustand wiederherzustellen. Dieser umfasst:
  - a. Die vollständige Entfernung der Bauten und baulichen Anlagen [Beschreibung der Bauten und baulichen Anlagen] auf GB [Gemeinde] Nr. [X].
  - b. Die Wiederherstellung des unter den Bauten und baulichen Anlagen genutzten Terrains als Grünfläche.
3. Im Unterlassungsfall wird das Oberamt mit der Vollstreckung beauftragt.

Freundliche Grüsse

[Präsident/-in BK]

[Aktuar/-in BK]

[Rechtsmittelbelehrung]

Kommt die Bauherrschaft der (rechtskräftigen) Verfügung nicht nach, so ist das Oberamt mit der Vollstreckung zu beauftragen. Hierzu bedarf es eines Vollstreckungsgesuchs an das örtlich zuständige Oberamt (mehr hierzu im Mitteilungsblatt 2015, S. 15 ff.).

### **Prüfung des Baugesuchs und Publikation**

Angenommen der Fall, die Bauherrschaft reicht bei der örtlichen Baubehörde das Baugesuch ein, so hat diese die Unterlagen in einem ersten Schritt auf Vollständigkeit hin zu prüfen (vgl. §§ 5, 6 und 9 Abs. 1 KBV). Auch für Bauvorhaben ausserhalb der Bauzone liegt die Verantwortung für die Vollständigkeit der Unterlagen bei der örtlichen Baubehörde resp. bei der Bauherrschaft. Auf der Homepage des ARP finden sich denn auch die entsprechenden Vorgaben, welche Dokumente in welchem Fall einzureichen sind.

Ebenfalls zu prüfen ist, ob noch Nebenbewilligungen einzuholen oder Dritte (Fachstellen) anzuhören sind. Im Bereich des Umweltrechts sei auf die Website [«Umweltrechtliche Nebenbewilligungen»](#) des Amts für Umwelt (AfU) verwiesen. Darüber hinaus sei auf das Kreisbauamt, das bei Ausnahmen zur Unterschreitung des Bauabstandes und bei neuen Ein- und Ausfahrten an Kantonsstrassen und deren Erweiterungen oder bedeutsamen Mehrnutzungen vorgängig angehört werden muss (§§ 52 und 53<sup>bis</sup> KBV), verwiesen, sowie auf die Solothurnische Gebäudeversicherung (vgl. § 22 Abs. 2 GVG) sowie die Fachstelle für behindertengerechtes Bauen (bei Mehrfamilienhäusern ab sechs Wohnungen; § 58 Abs. 3 KBV).

Sind die Unterlagen als vollständig zu betrachten, so folgt in einem nächsten Schritt die Publikation. Gemäss § 8 Abs. 1 KBV ist das Baugesuch zu publizieren, wenn es nicht offensichtlich den materiellen Bauvorschriften widerspricht. Aus dem Wortlaut der Bestimmung wird klar, dass eine Publikation nur dann unterbleiben kann, wenn eine Rechtswidrigkeit offensichtlich ist. Dies ist beispielsweise bei einem sechsgeschossigen Gebäude in der Zone W2 der Fall. Sobald eine allfällige Rechtswidrigkeit nicht mehr offensichtlich ist, sprich mehr als nur kurz darüber diskutiert werden muss, ist das Baugesuch zu publizieren. Dies bringt auch den Vorteil mit sich, dass bei einer Ablehnung des Baugesuchs und einer allfälligen Beschwerde beim BJD, welche gutgeheissen wird, das BJD die Baubewilligung unter Umständen direkt erteilen kann. Andernfalls müsste das Bauvorhaben zur Publikation an die örtliche Baubehörde zurückgewiesen werden.

Die Publikationsdauer beträgt (heute noch) 14 Tage. Wir raten dazu, der Fairness halber auf eine Publikation über Weihnachten und Neujahr zu verzichten.

Das Publikationsorgan ist in aller Regel das amtliche Publikationsorgan der Gemeinde. Es gibt jedoch auch Fälle, in denen das (Bau-)Vorhaben zusätzlich im kantonalen Amtsblatt zu publizieren ist. Dies ist dann der Fall, wenn das Verbandsbeschwerderecht nach dem Natur- und Heimatschutzgesetz sowie dem Bundesgesetz über den Umweltschutz zu gewährleisten ist. Das Bundesamt für Umwelt hat im November 2021 eine [Vollzugshilfe für erstinstanzliche Entscheidbehörden](#) erlassen, die hierfür konsultiert werden kann. Dort ist detailliert dargestellt, welche Vorhaben Auswirkungen auf den Natur- und Heimatschutz haben können und somit im kantonalen Amtsblatt publiziert werden müssen. Insbesondere nachfolgende Bau- und Planungsvorhaben (nicht abschliessend!) sind zusätzlich zum kommunalen Publikationsorgan im kantonalen Amtsblatt zu publizieren:

- Sämtliche Bauvorhaben ausserhalb der Bauzone;
- Mobilfunkanlagen;
- Ortsplanungsrevisionen.

Das Publikationsorgan hat keinen Einfluss auf die Publikationsdauer. Sprich Baugesuche müssen immer noch während 14 Tagen (eine Revision zur Verlängerung auf 20 Tage steht bevor), Planungen während 30 Tagen öffentlich aufliegen. Da die kommunalen Publikationsorgane in der Regel nicht am gleichen Wochenblatt wie das kantonale Amtsblatt erscheinen, wird empfohlen, die öffentliche Auflage nach demjenigen Publikationsorgan zu richten, das später erscheint.

Hierzu ein Beispiel: Zu beurteilen ist ein Bauvorhaben eines Landwirts ausserhalb der Bauzone zur Errichtung eines Ökonomiegebäudes. Das kommunale Blatt erscheint am Donnerstag, 16. Juni 2022, das kantonale Amtsblatt am Freitag, 17. Juni 2022. Die Publikation des Baugesuchs erfolgt somit an zwei unterschiedlichen Tagen. Es bietet sich hierbei an, die 14-tägige öffentliche Auflage entweder vom Freitag, 17. Juni 2022 oder dann sogar vom Montag, 20. Juni 2022 an laufen zu lassen.

### **Behandlung der Einsprachen und rechtliches Gehör**

In vielen Fällen gehen während der öffentlichen Auflage Einsprachen bei der örtlichen Baubehörde ein. Kommen diese (einigermassen) anständig mit einer Begründung und einem Antrag daher, so ist dies ideal. Es gibt jedoch auch drei andere denkbare und häufig vorkommende Konstellationen:

- Die Einsprache ist gänzlich unverständlich, auch bei grosszügiger Auslegung. In diesem Fall ist dem Einsprecher eine Nachfrist zur Verbesserung der Einsprache zu setzen mit der Androhung, dass im Unterlassungsfall auf die Einsprache nicht eingetreten wird.
- Oftmals erheben Anwälte fristgerecht Einsprache und verlangen eine Fristverlängerung zur Begründung. Diese Fristverlängerung ist zu gewähren. Hierbei gilt es zu beachten, dass die Anträge innert der Einsprachefrist gestellt werden müssen und fixiert werden. Nach der Einsprachefrist ist eine Erweiterung der Anträge nicht mehr möglich, eine Eingrenzung hingegen ist immer statthaft. Wird beispielsweise innert Frist der Antrag gestellt «Die Baubewilligung sei nicht zu erteilen», so gilt das Bauvorhaben als Ganzes angefochten. Eine Einschränkung ist diesfalls immer möglich. Wird aber innerhalb der Frist beispielsweise der Antrag gestellt, die zu erteilende Baubewilligung sei mit einer Auflage zu versehen, kann nachträglich nicht der Bauabschlag beantragt werden.
- Wenn in Abänderung zur Fallkonstellation zwei die Einsprache keinen Antrag enthält und um Fristerstreckung ersucht wird, so ist zu Verfahren wie bei der Konstellation eins: Nachfrist zur Verbesserung unter Androhung des Nichteintretens im Unterlassungsfall.

Ist diese erste, formale Hürde überwunden, so kommt es in der Regel zu einem Schriftenwechsel. Zur Gewährung des rechtlichen Gehörs (§ 23 VRG) müssen die Einsprachen der Bauherrschaft zur Stellungnahme zugestellt werden. Die daraufhin ergehenden Eingaben sind ebenso den anderen Parteien zuzustellen, und so weiter. Wichtig ist, dass sich am Schluss des Schriftenwechsels alle Parteien zu allen Eingaben äussern konnten, unabhängig davon, ob der Inhalt der Eingaben entscheidewesentlich ist.

Verlangen die Parteien Akteneinsicht, so ist ihnen diese zu gewähren. Den im Anwaltsregister eingetragenen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälten sind sämtliche Akten postalisch zuzustellen, sofern dies gewünscht wird. Nicht anwaltlich vertretene Parteien haben das Recht, die Akten auf der Gemeinde einzusehen. Sie dürfen in diesem Rahmen Kopien anfertigen (gegen Gebühr) sowie die Unterlagen fotografieren.

Es ist möglich und wird auch - sofern für den Fall geeignet - empfohlen, Einspracheverhandlungen durchzuführen. Wichtig hierbei ist, sämtliche Parteien miteinzubeziehen, damit der Anspruch auf rechtliches Gehör gewahrt wird. Hiervon zu unterscheiden ist der sogenannte Augenschein. Dieser dient der Sachverhaltsabklärung, währenddessen die Einspracheverhandlung primär der Bereinigung und Klärung der Einsprachen dient. Selbstverständlich können die beiden Elemente miteinander verbunden werden. Es wird empfohlen, Protokolle von den entsprechenden Verhandlungen resp. Augenscheinen anzufertigen. Dies dient primär der Nachvollziehbarkeit zu einem späteren Zeitpunkt. Falls kein Protokoll angefertigt wird, ist § 13<sup>ter</sup> VRG zu beachten: In diesem Fall sind die sich aus dem Augenschein resp. der Einspracheverhandlung rechtlich erheblichen Tatsachen in die Entscheidbegründung aufzunehmen.

Findet nun im Rahmen der Einsprachebehandlung eine Projektänderung statt, indem die Bauherrschaft neue Pläne nachreicht, so ist anhand von § 12 Abs. 3 KBV zu prüfen, ob die Projektän-

derung noch einmal zu publizieren ist. Geht die örtliche Baubehörde von einer geringfügigen Änderung aus, bei welcher von einer Publikation abgesehen werden kann, so sind die entsprechenden Pläne den übrigen Verfahrensparteien zum rechtlichen Gehör zukommen zu lassen.

### **Legitimation und materielle Prüfung**

Im Rahmen der Einsprachebehandlung stellt sich in einem ersten Schritt die Frage nach der Legitimation der Einsprechenden. Bei Bauvorhaben dient in der Praxis die räumliche Distanz zu diesem als wichtiges Kriterium zur Beurteilung der Betroffenheit. Die Rechtsprechung bejaht in der Regel die Legitimation von Nachbarn, deren Liegenschaften sich in einem Umkreis von bis zu rund 100 m befinden. Bei grösseren Entfernungen muss eine Beeinträchtigung aufgrund der konkreten Gegebenheiten glaubhaft gemacht werden. Dies kann beispielsweise aufgrund von Lärm-, Staub-, Erschütterungseinwirkungen der Fall sein. Ist also bei einem Bauvorhaben der Einsprecher mehr als rund 100 m entfernt wohnhaft (oder als Grundeigentümer oder dergleichen betroffen), so ist die Legitimation einzelfallbezogen zu beurteilen. Insbesondere ist darauf abzustellen, ob der Einsprecher stärker betroffen ist als die Allgemeinheit, mithin keine sogenannte «Popularbeschwerde» vorliegt. Schliesslich gibt es noch Sonderfälle wie Mobilfunkanlagen, wo Personen in einem Einspracheperimeter gemäss Standortdatenblatt als zur Einsprache legitimiert gelten, und Nutzungen oder Vorhaben, die sogenannte «ideelle Immissionen» verursachen. Letztere werden vom Bundesgericht regelmässig bei Gassenküchen und Gassenzimmern sowie bei Asylzentren anerkannt. Was objektiv als störend empfunden wird, ist auf ideelle Immissionen zurückzuführen. Liegen solche ideellen Immissionen vor, so ist zu prüfen, ob die Einsprechenden trotz einer (allfälligen) grösseren Distanz zum entsprechenden Vorhaben zur Einsprache legitimiert sind, was anhand einer objektiven Beurteilung der «Störung» durch das Vorhaben zu prüfen ist.

Ist nun die Behandlung der Einsprache erfolgt und ist das Baugesuch materiell geprüft worden, so folgt der Entscheid. Wichtig ist hierbei, dass der Entscheid über das Baugesuch und der Entscheid über die Einsprachen in jedem Fall in der gleichen Verfügung zu erfolgen haben (vgl. für ein Verfügungsbeispiel Mitteilungsblatt 2018, S. 15).

Bei der Begründung des Entscheids ist darauf zu achten, dass sich dieser mit den Rügen der Einsprecher auseinandersetzt. Es wird nicht verlangt, dass die örtliche Baubehörde jede einzelne Rüge abhandelt. Die massgebenden Vorbringen der Einsprecher sind jedoch in einer vernünftigen Dichte zu behandeln. Gradmesser für die Anforderungen an die Begründungsdichte bildet jeweils die Frage, ob die Überlegungen der örtlichen Baubehörde für die Parteien nachvollziehbar sind und diese den Entscheid auch sachgerecht anfechten können.

In vielen Fällen erfolgt die Erteilung der Baubewilligung unter Auflagen und Bedingungen. Hierzu ist anzumerken, dass dies grundsätzlich möglich ist. Zu beachten ist jedoch, dass durch solche Nebenbestimmungen lediglich untergeordnete Mängel eines Baugesuchs behoben werden können. Weist ein Baugesuch wesentliche Mängel auf, so ist die Bauherrschaft zur Korrektur, sprich insbesondere zur Nachreichung oder Vervollständigung von Plänen aufzufordern. Unterbleibt diese Korrektur, so ist der Bauabschlag zu verfügen und nicht etwa die Baubewilligung unter der Auflage, es müssten an den Plänen noch Korrekturen vorgenommen werden, zu erteilen.

Entscheidbehörde ist - und dies ist mit Nachdruck zu betonen - die örtliche Baubehörde. In Wiederholung zu den Ausführungen im Mitteilungsblatt 2005 ist einmal mehr darauf hinzuweisen, dass die örtliche Baubehörde das Bauvorhaben im Lichte der einschlägigen rechtlichen Grundlagen zu prüfen hat. Der Gemeinderat hat kein Mitspracherecht. Wenn der Gemeinderat sich zu einem Bauvorhaben in rechtserheblicher Weise äussern will, so hat er - wie jede andere Partei auch - Einsprache zu erheben. Gleiches gilt es zu beachten, wenn die Gemeinde Grundeigentümerin oder Bauherrin ist. Auch hier ist es wichtig, die verschiedenen Rollen auseinanderzuhalten. Der Entscheid, ob ein Baugesuch zu bewilligen oder der Bauabschlag zu verfügen ist, obliegt einzig und allein der örtlichen Baubehörde.

Das erstinstanzliche Einspracheverfahren ist immer kosten- und entschädigungsfrei. Dies gilt auch für den Fall, wenn der Bauherr nach durchgeführtem Schriftenwechsel sich kurzum dazu

entschliesst, das Baugesuch zurückzuziehen. Auch in diesem Fall sind keine Kosten und keine Parteientschädigungen für das Einspracheverfahren geschuldet. Nicht zu verwechseln sind die Kosten für das Einspracheverfahren mit den Kosten für das Baugesuchsverfahren, die der Bauherr zu tragen hat.

Ist nun der Entscheid redigiert, folgt der Versand. Da die örtliche Baubehörde im Rahmen eines allfälligen Beschwerdeverfahrens beweisbelastet ist, was den Zeitpunkt der Zustellung der Verfügung anbelangt, wird empfohlen, sämtliche Entscheide mit eingeschriebener Post zu eröffnen. Wichtig dabei ist, die Einschreibenummer zu notieren, damit die Sendung auch nachverfolgt werden kann. Dies erleichtert die Prüfung der Einhaltung von Fristen ungemein. Wie ist aber nun vorzugehen, wenn eine Partei das Einschreiben nicht abholt? Wichtig hierbei: Dies ist grundsätzlich nicht das Problem der örtlichen Baubehörde. Sobald nämlich ein sogenanntes Prozessrechtsverhältnis besteht - dieses wird begründet mit Eingabe des Baugesuchs (seitens Bauherr) oder mit der Einreichung einer Einsprache (seitens Einsprecher) - müssen die Parteien mit der Zustellung von eingeschriebenen Schriftstücken rechnen. Holen die Parteien nun die eingeschriebene Postsendung nicht ab, so gilt diese am siebten Tag nach erfolglosem Zustellungsversuch als zugestellt. Gleiches gilt bei der Verweigerung der Annahme der eingeschriebenen Postsendung. Erhalten sie nun von der Post die eingeschriebene Postsendung mit dem Vermerk «nicht abgeholt» oder dergleichen zurück, so empfehlen wir, die Verfügung noch einmal per A-Post zu versenden und dabei die Rechtsmittelbelehrung von Hand zu durchstreichen mit dem Hinweis, dass der neuerliche Versand der Verfügung per A-Post nicht fristauslösend für die Ergreifung eines Rechtsmittels gilt. Es ist aber der örtlichen Baubehörde überlassen, ob sie diesen «Service» erbringen will oder nicht.

---

# Neues Submissionsrecht

*Franz Fürst, Legistik und Justiz, Staatskanzlei*

## Einleitung

Am 15. November 2019 haben die kantonalen Baudirektoren an einer Versammlung in Bern eine neue, totalrevidierte Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen, die IVöB 2019, verabschiedet. Es handelt sich dabei um ein Konkordat, mit dem das Submissionsrecht in allen Kantonen - viel weitergehend als bisher - vereinheitlicht wird. Gleichzeitig wurde bei der Erarbeitung der IVöB 2019 darauf geschaut, dass das Submissionsrecht des Bundes (das Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen und die dazugehörige Verordnung) mit wenigen Ausnahmen mit dem für die Kantone und Gemeinden geltenden Submissionsrecht identisch ist. Es handelt sich also um eine Totalrevision des Submissionsrechts auf Stufe des Bundes und der Kantone. Im Kanton Solothurn hat der Kantonsrat den Beitritt zur neuen IVöB und das neue kantonale Submissionsgesetz am 31. August 2021 beschlossen. Anfangs April 2022 hat der Regierungsrat den Beitritt des Kantons Solothurn zur neuen IVöB auf den 1. Juli 2022 erklärt und auf den gleichen Zeitpunkt auch das neue Submissionsgesetz in Kraft gesetzt. Damit sind auch einige Neuerungen verbunden. Die wichtigsten werden in diesem Referat kurz erklärt. Weiter soll auf einfache Art und Weise in das - leider nicht immer ganz einfache - Submissionsrecht eingeführt und die unter dem neuen Submissionsrecht geltenden Spielregeln erklärt werden. Wir orientieren uns dazu am folgenden Fragenraster:

1. Welche Rechtsquellen bestehen? Welche sind für die Gemeinden massgebend?
2. Welche Ziele verfolgt das Submissionsrecht? Welche Grundsätze sind zu beachten?
3. Welche Auftraggeber unterstehen dem Submissionsrecht?
4. Welche Aufträge unterstehen dem Submissionsrecht? Gibt es Ausnahmen?
5. Welche Vergabeverfahren (Arten) und Schwellenwerte gibt es?
6. Wie läuft das Vergabeverfahren im Einzelnen ab? Was ist zu beachten?
7. Wann darf der Vertrag geschlossen werden?
8. Wie ist der Rechtsschutz geregelt?
9. Wie sind die Sanktionen geregelt?
10. Welche Hilfsmittel stehen zur Verfügung?

Bei der Beantwortung dieser Fragen werden wir uns auf das Grundlegendste beschränken und am passenden Ort (ohne Anspruch auf Vollständigkeit) einige Erfahrungen einflechten.

### **1. Welche Rechtsquellen bestehen? Welche sind für die Gemeinden überhaupt massgebend?**

Im öffentlichen Beschaffungswesen bestehen Rechtsquellen auf **fünf Ebenen**, nämlich: Völkerrecht, Bundesrecht, Interkantonales Recht, Kantonales Recht und Kommunales Recht. Konkret geht es um folgende Rechtsquellen:

*Völkerrecht:*

- a) Revidiertes GATT/WTO-Übereinkommen vom 15. April 1994<sup>1</sup> (Stand am 1. Januar 2021)
- b) Bilaterales Abkommen CH / EU vom 26. Februar 1999<sup>2</sup>

*Bundesrecht:*<sup>3</sup>

- c) Bundesgesetz über den Binnenmarkt<sup>4</sup>
- d) Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen<sup>5</sup>
- e) Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen<sup>6</sup>

*Interkantones Recht:*

- f) Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB, Konkordat)<sup>7</sup>

*Kantonales Recht:*

- g) Submissionsgesetz<sup>8</sup>
- h) Submissionsverordnung<sup>9</sup>

*Kommunales Recht:*

- i) Gemeindeordnung / rechtsetzendes Reglement

Mit Ausnahme des Bundesgesetzes und der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen (lit. d und e), die allein für den Bund gelten, sind alle genannten Rechtsquellen für die Gemeinden **massgebend**. Der Geltungsbereich dieser Rechtsquellen überschneidet sich teilweise, so dass meistens Bestimmungen mehrerer Rechtsquellen auf die Vergabe eines Auftrages anwendbar sind. Um festzustellen, welchen Bestimmungen ein konkreter Auftrag im Einzelfall untersteht, muss **Klarheit bestehen über** (1.) den Auftraggeber, (2.) die Art des Auftrages, (3.) den Wert des Auftrages und (4.) über mögliche Ausnahmen.

<sup>1</sup> Revidiertes WTO-Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15.4.1994 (SR 0.632.231.422), in Kraft seit 1.1.1996, wird auch Government Procurement Agreement (GPA) genannt; die 2012 revidierte Fassung des GPA wurde von der Schweiz 2020 ratifiziert und steht seit 1. Januar 2021 in Kraft.

<sup>2</sup> Sektorielles Abkommen zwischen der Schweiz und der Europäischen Gemeinschaft über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens vom 26.2.1999 (SR 0.172.052.68).

<sup>3</sup> Weitere spezielle Bundeserlasse: Alpentransit-Beschluss vom 4.10.1991 (SR 742.104), Art. 13; Bundesgesetz über die Nationalstrassen vom 8.3.1960 (NSG, SR 725.11), Art. 41.

<sup>4</sup> Bundesgesetz über den Binnenmarkt vom 6.10.1995 (BGBM, SR 943.02), in Kraft seit 1.7.1996.

<sup>5</sup> Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen vom 21.6.2019, in Kraft seit 1.1.2021 (BöB, SR 172.056.1).

<sup>6</sup> Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 12.2.2020, in Kraft seit 1.1.2021 (VöB, SR 172.056.11).

<sup>7</sup> Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 25.11.1994 / 15.3.2001 (IVöB, BGS 721.521), der alle Kantone beigetreten sind. Ab 1.7.2022: Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15.11.2019 (IVöB, BGS 721.532).

<sup>8</sup> Gesetz über öffentliche Beschaffungen vom 22.9.1996 (Submissionsgesetz, SubG, BGS 721.54), in Kraft seit 1.4.1997. Ab 1.7.2022: Submissionsgesetz vom 31.8.2021 (SubG, BGS 721.54).

<sup>9</sup> Verordnung über öffentliche Beschaffungen vom 17.12.1996 (Submissionsverordnung, SubV, BGS 721.55), in Kraft seit 1.4.1997; Ab 1.7.2022: Submissionsverordnung vom 21.12.2021 (SubV, BGS 721.55).

Noch kurz ein Wort zu den **Gemeindereglementen**: Die Gemeinden haben in einem rechtsetzenden Reglement oder in der Gemeindeordnung nur noch die Zuständigkeiten zu regeln (§ 3 Abs. 2 SubV). Die bisher bestehende Möglichkeit, die Schwellenwerte in den Gemeinden herabzusetzen, entfällt. Der IVöB und dem SubG widersprechende Regelungen in Reglementen sind mit Inkrafttreten des neuen Rechts aufgehoben (§ 7 SubG). Die Gemeinden sollten solche Bestimmungen aber dennoch mit Beschluss der Gemeindeversammlung noch formell aufheben. Die entsprechenden Reglementsbestimmungen müssen neu vom Kanton **genehmigt** werden (§ 209 Abs. 1 GG). Zur Genehmigung zuständig ist das **Volkswirtschaftsdepartement**.

Im Folgenden orientieren wir uns am neuen Submissionsrecht, das seit 1. Juli 2022 in Kraft ist.

## 2. Welche Ziele verfolgt das Submissionsrecht? Welche Grundsätze sind zu beachten?

Das Submissionsrecht **bezweckt** den *wirtschaftlichen* sowie *nachhaltigen* Einsatz der *öffentlichen Mittel*, die *Transparenz* des Vergabeverfahrens, die *Gleichbehandlung* der Anbieter und die Förderung des *wirksamen* und *fairen Wettbewerbs* unter den Anbietern, unter anderem auch durch *Massnahmen gegen Wettbewerbsabreden und Korruption* (Art. 2 IVöB).

Dementsprechend müssen auch ein paar **Verfahrensgrundsätze** (Art. 11 IVöB) beachtet werden. Neben den eben genannten, wie *Gleichbehandlungsgebot* und *Diskriminierungsverbot*, sind dies insbesondere die *Vertraulichkeit* der Angaben von Anbietern und der *Verzicht auf Abgebotsrunden* (s. dazu unten, Ziff. 6). Zu den Grundsätzen gehört auch die Einhaltung der Bestimmungen über *Arbeitsschutz* und *Arbeitsbedingungen*, der *Lohngleichheit* und des *Umweltrechts* (Art. 12 IVöB).

Unter diesen Grundsätzen kommt dem **Gleichbehandlungsgebot** eine besondere Bedeutung zu. So widerspricht es nach der Rechtsprechung<sup>10</sup> dem Gleichbehandlungsgebot, wenn der zweitgünstigste Anbieter den Zuschlag deshalb erhält, weil er steuerpflichtige Personen mit Wohnsitz in der auftraggebenden Gemeinde beschäftigt. Ganz besondere Bedeutung hat das Gleichbehandlungsgebot vor allem im Zusammenhang mit der sog. **Vorbefassung** eines Anbieters. Nimmt die Vergabebehörde in der Phase „Vorbereitung des Verfahrens“ (s. unten, Ziff. 6) die Hilfe von Dritten in Anspruch, besteht die Gefahr der Vorbefassung, wenn diese im anschliessenden Submissionsverfahren auch ein Angebot einreichen. Im Einzelnen stellen sich dazu folgende Fragen:

- Was ist eine Vorbefassung überhaupt?

Eine Vorbefassung liegt dann vor, wenn ein Anbieter bei der **Vorbereitung eines Submissionsverfahrens mitgewirkt** hat, sei es durch das *Verfassen von Projektgrundlagen*, durch das *Erstellen von Ausschreibungsunterlagen* oder durch das *Informieren der Beschaffungsstelle über bestimmte technische Spezifikationen* des zu beschaffenden Gutes.

- Wieso kann eine solche Vorbefassung submissionsrechtlich problematisch sein?

Eine solche Vorbefassung kann zu einer **Ungleichbehandlung** der Anbieter führen. Der vorbefasste Anbieter kann versucht sein, die *bevorstehende Beschaffung auf das von ihm angebotene Produkt* bzw. die von ihm angebotene Dienstleistung *auszurichten*. Oder er kann die im Rahmen der Vorbereitung des Submissionsverfahrens gewonnenen *Kenntnisse bei der Erstellung der Offerte einsetzen (Wissensvorsprung)*. Ferner besteht die Gefahr der *Beeinflussung der Vergabebehörde*.

---

<sup>10</sup> SOG 2001 Nr. 38.

- Was ist die Rechtsfolge der Vorbefassung?

Eine Vorbefassung hat im Grundsatz den **Ausschluss** aus dem Submissionsverfahren zur Folge (Art. 14 Abs. 1 und Art. 44 Abs. 1 lit. i IVöB). Nicht jede Vorbefassung erfordert aber einen solchen Ausschluss. Eine **Beteiligung am Submissionsverfahren** trotz Vorbefassung gilt unter anderem dann als **zulässig**, wenn (nicht kumulativ)

- a) der bestehende *Wissensvorsprung* gegenüber den anderen Anbietern *nur geringfügig* ist,
- b) die *Mitwirkung* des vorberefassten Anbieters bei der Vorbereitung des Submissionsverfahrens *nur untergeordneter Natur* ist,
- c) die ausgeschriebene Leistung nur von *wenigen Anbietern erbracht* werden kann oder
- d) die Mitwirkung des vorberefassten Anbieters sowie dessen Wissensvorsprung gegenüber den *übrigen Anbietern offengelegt* wird (Art. 14 Abs. 2 IVöB).

Keine bloss untergeordnete Mitwirkung liegt vor, wenn ein Anbieter bei Bauvorhaben mit der Planung oder Projektierung beauftragt worden ist, wenn er zur gesamten Submission Studien oder Vorprojekte erstellt und zu diesem Zweck die konkreten Verhältnisse vertieft studiert oder wenn er wesentliche Teile oder gar die gesamten Ausschreibungsunterlagen ausgearbeitet hat.

- Wer trägt die Beweislast der unzulässigen Vorbefassung?

Der bloss **Anschein** eines Vorteils (Vorbefassung) genügt nach der Rechtsprechung<sup>11</sup> nicht (mehr<sup>12</sup>) zum Ausschluss. Ein Unternehmer muss sich den Ausschluss aus dem Verfahren nicht gefallen lassen, solange das Vorliegen eines unzulässigen Wettbewerbsvorteils aus Vorbefassung nicht bewiesen ist. Die **Beweislast** hierfür obliegt im Streitfall, soweit keine gegenteilige Regelung besteht, nach den allg. Grundsätzen *nicht dem vorberefassten Anbieter*, sondern dem *Konkurrenten*, der sich vom Ausschluss des vorberefassten Anbieters bessere Aussichten für den Zuschlag verspricht.

- Führt eine Marktabklärung zur Vorbefassung?

Nein (Art. 14 Abs. 3 IVöB). Der Auftraggeber darf Anbieter zur Offertstellung zulassen, die er vorgängig für eine **Marktabklärung** angefragt hat, wenn er die Ergebnisse der Marktabklärung in den Ausschreibungsunterlagen bekannt gibt.

Nach den Verfahrensgrundsätzen sind die Auftraggeber gehalten, **Massnahmen gegen Interessenkonflikte, unzulässige Wettbewerbsabreden und Korruption** zu treffen. Hier können namentlich die folgenden Massnahmen von Bedeutung sein:

- Regelmässige Sensibilisierung des Personals für die Problematik.
- Beachtung der Bestimmungen über den Ausstand (Art. 13 IVöB).
- Aus- und Weiterbildung des Personals im öffentlichen Beschaffungswesen (s. z.B. den Ausbildungsgang Spezialist/-in öffentliche Beschaffung mit eidg. Fachausweis<sup>13</sup>).
- Meldung entsprechender Hinweise/Vorfälle an die vorgesetzte Stelle.
- Meldung an die Sanktionsbehörde (s. dazu unten, Ziff. 9) und/oder Meldung an Strafbehörde (Strafanzeige).

<sup>11</sup> BGE 2P.164/2004 vom 25.1.2005.

<sup>12</sup> SOG 2001 Nr. 39.

<sup>13</sup> S. dazu Ziff. 10.

Der **Ausstand** (samt *Ausstandsgründen*) ist neu umfassend in der IVöB geregelt. Nach Art. 13 Abs. 1 IVöB dürfen auf Seiten des Auftraggebers (oder Expertengremiums) am Vergabeverfahren keine Personen mitwirken, die:

- a) an einem Auftrag ein *persönliches Interesse* haben;
- b) mit einem Anbieter oder mit einem Mitglied eines seiner Organe durch *Ehe* oder *eingetragene Partnerschaft* verbunden sind oder eine *faktische Lebensgemeinschaft* führen;
- c) mit einem Anbieter oder mit einem Mitglied eines seiner Organe *in gerader Linie* oder *bis zum dritten Grad in der Seitenlinie verwandt* oder *verschwägert* sind;
- d) Vertreter *eines Anbieters* sind oder *für einen Anbieter in der gleichen Sache tätig* waren; oder
- e) aufgrund *anderer Umstände* die für die Durchführung öffentlicher Beschaffungen *erforderliche Unabhängigkeit* vermissen lassen.

Verwandte (und Verschwägte) in *gerader Linie*, d.h. wenn eine Person von der andern abstammt, sind immer ausstandspflichtig (z.B. Vater, Sohn, Enkel). In der *Seitenlinie* gilt: In Bezug auf den Verwandtschaftsgrad (oder die Schwägerschaft) kommt die *römische Berechnung* (gemäss Art. 20 ZGB) zur Anwendung. Massgebend ist damit die Zahl der *die Verwandtschaft vermittelnden Geburten*. Beispielsweise ist mein Onkel mit mir im dritten Grad in der Seitenlinie verwandt. Hier gilt somit eine Ausstandspflicht. Im vierten Grad in der Seitenlinie verwandt ist der Cousin, d.h. hier gilt keine Ausstandspflicht mehr - falls keine weiteren Umstände dazu kommen.

Im *Ausstandsverfahren* gelten nach Art. 13 IVöB die folgenden Grundsätze: Ein Ausstandsbegehren muss *sofort* (nach Kenntnis des Ausstandsgrundes) vorgebracht werden (Abs. 2). Über Ausstandsbegehren *entscheidet der Auftraggeber* oder das *Expertengremium* unter Ausschluss der betreffenden Person (Abs. 3). Der Auftraggeber kann *in der Ausschreibung vorgeben*, dass Anbieter, die bei *Wettbewerben und Studienaufträgen* in einem *ausstandsbe gründenden Verhältnis zu einem Jurymitglied* stehen, vom Verfahren *ausgeschlossen* sind (Abs. 4).

### 3. Welche Auftraggeber unterstehen dem Submissionsrecht?

Dem Submissionsrecht unterstehen die in Art. 4 i.V.m. Art. 3 lit. f IVöB (§ 2 SubG) genannten Auftraggeber, also neben dem Kanton u.a. auch die **Gemeinden**, ihre Anstalten und die öffentlich-rechtlichen Körperschaften, an denen sie beteiligt sind. Darunter fallen die Einwohner-, Bürger- und Kirchgemeinden, ihre unselbständigen Anstalten (z. Bsp. für Wasser-, Gas-, Stromversorgung), ihre selbständigen Anstalten (z. Bsp. Städtische Werke) sowie die öffentlich-rechtlichen Körperschaften, an denen sie beteiligt sind (z. Bsp. Zweckverbände für Schulen, Wasser- und Abwasserversorgung). Dasselbe gilt für die **Einrichtungen des öffentlichen Rechts** (auch für in privatrechtliche Rechtsformen gekleidete Organisationen, wie z.B. eine Stiftung oder Aktiengesellschaft), wenn diese für eine oder mehreren Gemeinden öffentliche Aufgaben wahrnehmen und von der öffentlichen Hand (mit Mehrheit im Leitungsgremium oder mehrheitlicher Finanzierung) beherrscht werden (z.B. Neubau/Betrieb eines Altersheims durch eine Stiftung). Aus den gleichen Gründen untersteht übrigens auch die Solothurner Spitäler AG dem Submissionsrecht. Neu unterstehen die öffentlich-rechtlichen Vorsorgeeinrichtungen des Kantons und der Gemeinden (z.B. PKSO) dem Submissionsrecht nicht mehr (Art. 10 Abs. 1 lit. g IVöB).

#### 4. Welche Aufträge unterstehen dem Submissionsrecht? Gibt es Ausnahmen?

Bei der Beantwortung dieser Frage muss unterschieden werden zwischen dem Staatsvertragsbereich und dem Binnenbereich. Im **Binnenbereich** sind - in Umsetzung des Binnenmarktgesetzes<sup>14</sup> - **alle Arten** von Aufträgen dem Konkordat unterstellt worden. D.h. also, dass grundsätzlich alle kommunalen und kantonalen Aufträge unterstellt sind. Neu unterstehen auch die *Übertragung öffentlicher Aufgaben* und die *Verleihung von Konzessionen* dem Submissionsrecht, wenn dem Anbieter dadurch ausschliessliche oder besondere Rechte zukommen, die er im öffentlichen Interesse wahrnimmt, und ihm dafür direkt oder indirekt ein Entgelt zukommt (Art. 9 IVöB). Als Beispiele können erwähnt werden: Spitexdienste oder Auftrag zur Bewirtschaftung eines Veloverleihsystems (= beschaffte Leistung) gegen Erteilung von Sondernutzungsrechten an öffentlichem Grund (= Entgelt)<sup>15</sup>.

Anders ist es im **Staatsvertragsbereich**. Im Staatsvertragsbereich findet das Konkordat nur Anwendung auf die in den Staatsverträgen definierten Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträge. Nur Aufträge, die in den sogenannten **«CPC-Listen»**<sup>16</sup> aufgeführt sind und die in den Staatsverträgen erwähnt werden (und die entsprechenden Schwellenwerte erreichen), sind den staatsvertraglichen Bestimmungen unterstellt. Die beiden für Kanton und Gemeinden massgebenden Listen der unterstellten Dienstleistungs- und Bauaufträge werden auf der Internetseite der Staatskanzlei aufgeschaltet.

In gewissen **Ausnahmefällen** müssen Aufträge nicht nach dem Submissionsrecht vergeben werden (Art. 10 IVöB), insbesondere wenn die öffentliche Sicherheit gefährdet ist oder der Schutz der Gesundheit dies erfordert. Dasselbe gilt beim Erwerb eines Grundstückes oder bei der Miete einer Wohnung oder Liegenschaft. Im Konkordat (Art. 10 Abs. 2 IVöB) ist zudem neu festgeschrieben, dass die sogenannten In-House-Vergaben, Quasi-In-House-Vergaben und In-State-Vergaben nicht nach dem Submissionsrecht vergeben werden müssen. Vergaberechtsfrei können demnach vergeben werden:

- Aufträge an eigene, unselbständige Organisationseinheiten, z.B. an den gemeindeeigenen Werkhof (**In-House**).
- Aufträge an Anbieter, über die der Auftraggeber eine Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle ausübt, soweit diese ihre Leistungen im Wesentlichen für den Auftraggeber erbringen (**Quasi-In-House**). Die Kontrolle kann dabei auch durch mehrere Gemeinwesen zusammen erfolgen. Beispiel: Zwei Gemeinden übertragen die Erbringung der Spitex-Leistungen an eine Aktiengesellschaft, welche sie zu diesem Zweck gegründet haben und von welcher alle Aktien in ihrem Besitz sind.
- Aufträge an andere öffentliche Auftraggeber, die selber nicht auf dem freien Markt als Anbieter auftreten (**In-State**). Beispiel: Eine Gemeinde bezieht Leistungen vom Werkhof der Nachbargemeinde.

<sup>14</sup> Art. 5 i.V.m. Art. 1 und 3 BGBM.

<sup>15</sup> BGE 144 II 177.

<sup>16</sup> Annex 5 und Annex 6 zu Anh. I des GPA.

## 5. Welche Vergabeverfahren (Arten) und Schwellenwerte gibt es?

Es gibt **4 Verfahrensarten**, nämlich (1.) das offene Verfahren, (2.) das selektive Verfahren, (3.) das Einladungsverfahren und (4.) das freihändige Verfahren. Die Wahl des Verfahrens hängt dabei vom **Gesamtwert des Auftrages** ab:

Der Auftrag ist (nach Art. 16 Abs. 1 und Anh. 2 IVöB) im **offenen oder selektiven** Verfahren zu vergeben, wenn sein Gesamtwert folgenden Betrag erreicht:

- a) 500'000 Franken bei Aufträgen des Bauhauptgewerbes;
- b) 250'000 Franken bei Aufträgen des Baunebengewerbes sowie bei Lieferungs- und Dienstleistungsaufträgen.

Im **Einladungsverfahren** ist der Auftrag (nach Art. 16 Abs. 1 und Anh. 2 IVöB) zu vergeben, wenn sein Gesamtwert folgenden Betrag erreicht:

- f) 300'000 Franken bei Aufträgen des Bauhauptgewerbes;
- g) 150'000 Franken bei Aufträgen des Baunebengewerbes sowie bei Lieferungs- und Dienstleistungsaufträgen.

Der Auftrag kann im **freihändigen** Verfahren vergeben werden, wenn sein Gesamtwert die *Schwelle für das Einladungsverfahren nicht erreicht* (Art. 16 Abs. 1 und Anh. 2 IVöB) oder ein *Ausnahmefall im Sinne von Art. 21 Abs. 2 IVöB* vorliegt. Ein solcher Ausnahmefall kann beispielsweise vorliegen, wenn aus Gründen des Schutzes geistigen Eigentums nur ein Anbieter in Frage kommt (lit. c) oder wenn Güter an Warenbörsen beschafft werden (lit. g).

Für den Binnenbereich wird (in Art. 8 Abs. 2 lit. a IVöB) bei den Bauaufträgen unterschieden zwischen Aufträgen des **Bauhauptgewerbes** und solchen des **Baunebengewerbes** (mit den erwähnten unterschiedlichen Schwellenwerten). Dabei fallen alle *Arbeiten für die tragenden Elemente* eines Bauwerkes unter das Bauhauptgewerbe, alle übrigen Arbeiten unter das Baunebengewerbe. In der Praxis wird auf den *Landesmantelvertrag für das Schweizerische Bauhauptgewerbe (LMV)* abgestellt. Die dem LMV unterstehenden Branchen (also Hochbau- und Tiefbau-, Zimmer-, Steinhauer- und Steinbruchgewerbe sowie die Sand- und Kiesgewinnung) gelten als Bauhauptgewerbe. Die übrigen Branchen (beispielsweise Maler, Schreiner, Spengler, Sanitär etc.) gehören zum Baunebengewerbe.

Noch ein Wort zum **Staatsvertragsbereich**: Nach den einschlägigen Staatsverträgen sind Aufträge, die unter die Staatsverträge fallen, wahlweise im offenen oder selektiven Verfahren zu vergeben, in Ausnahmefällen im freihändigen Verfahren. Die im Staatsvertragsbereich geltenden **Schwellenwerte** sind im Konkordat (im Anhang 1) zusammengestellt. Für die Gemeinden beispielsweise gelten dabei nach dem bilateralen Abkommen<sup>17</sup> folgende Schwellenwerte: 8'700'000 Franken für Bauarbeiten und 350'000 Franken für Lieferungen und Dienstleistungen.

Im Zusammenhang mit dem Thema Vergabeverfahren (Arten) und Schwellenwerte haben sich in der **Praxis** insbesondere folgende Fragen gestellt:

- Müssen die geschätzten Summen für die Aufträge „Schliessdienst Schulanlage“ einerseits und „Reinigung Schulanlage“ andererseits zur Bestimmung des Vergabeverfahrens zusammengezählt werden? - Nein, Schliessdienst und Reinigung sind klar verschiedene Dienstleistungen. Nur wenn *gleichartige* Aufträge aufgeteilt werden, ist der **Gesamtwert** nach Art. 15 Abs. 3 IVöB massgebend.

---

<sup>17</sup> oben Fussnote 2.

- Zur Bestimmung des Vergabeverfahrens müssen 3 separate Aufträge für Dachsanierungen (Flachdach A im Jahr X, Flachdach B im Jahr Y, Flachdach C im Jahr Z) nicht zusammengezählt werden. Die separate Vergabe von **3 Aufträgen (des Baunebengewerbes)** durch die Gemeinde ist sachlich gerechtfertigt und erscheint nicht als künstliche Aufteilung eines Auftrages, wenn es sich um räumlich abgegrenzte Dächer handelt, die zeitlich gestaffelt saniert werden sollen.
- Die Beschaffung eines neuen EDV-Programmes (Gesamtwert über Fr. 250'000.--) stellt eine Lieferung (Art. 8 Abs. 2 lit. b IVöB) dar. Eine **Ausnahme nach Art. 21 Abs. 2** (insb. lit. c oder e) IVöB, nach welcher der Auftrag im freihändigen Verfahren vergeben werden kann, kommt bei einer grundlegenden Software-Umstellung nicht in Frage.
- Architektur-/Ingenieur-Verpflichtung: Eine in einem privatrechtlichen Vertrag (beispielsweise zur Begründung eines Kaufrechtes) stipulierte **Architektur-/Ingenieur-Verpflichtung** («die Ingenieurarbeiten werden durch die Ing. AG,.., durchgeführt») ist im öffentlichen Vergabeverfahren unbeachtlich (und wäre auch privatrechtlich nicht durchsetzbar, weil Aufträge frei widerruflich sind<sup>18</sup>).

Im Rahmen eines der eben beschriebenen Verfahrensarten stehen gemäss der neuen IVöB ein paar (zum Teil) **neue Beschaffungsinstrumente** zur Verfügung, nämlich:

- **Elektronische Auktion** (Art. 23 IVöB): Eine solche ist für die Beschaffung von standardisierten Leistungen möglich (z.B. Heizöl).
- **Dialog** (Art. 24 IVöB): Mit diesem kann der Auftraggeber den Leistungsgegenstand oder die Lösungswege bei komplexen Beschaffungen im Austausch mit den Anbietern konkretisieren (z.B. intellektuelle Dienstleistungen, innovative Lösungen).
- **Rahmenvertrag** (Art. 25 IVöB): Der Auftraggeber kann mit Rahmenverträgen einem oder mehreren Anbietern einen Auftrag für Leistungen erteilen, die während einer gewissen Zeit abgerufen werden sollen (z.B. Büromaterial).

## 6. Wie läuft das Vergabeverfahren im Einzelnen ab? Was ist zu beachten?

Beim Vergabeverfahren lassen sich folgende **Schritte** unterscheiden: Vorbereitung des Verfahrens, Ausschreibung (Einladung), Angebot (Eingabe), Prüfung, Zuschlag, Vertragsschluss und Rechtsschutz, Aufbewahrung, Sanktionen.

### Zur 1. Phase: Vorbereitung des Verfahrens

Der Phase **Vorbereitung des Verfahrens** kommt zentrale Bedeutung zu. Die Vergabebehörde muss das Vergabeverfahren zu Ende denken, bevor sie ausschreibt oder einlädt. Die Vergabebehörde muss in dieser Phase

- die Leistung, die sie beschaffen will, genau umschreiben, also einen detaillierten *Leistungsbeschreibung* (Pflichtenheft mit den technischen Spezifikationen; Art. 30 IVöB) erstellen;
- die *Unterlagen* (für die Ausschreibung / Einladung) erstellen, insbesondere auch die *Eignungs- und Zuschlagskriterien* und deren Gewichtung festlegen;
- den *Gesamtwert des Auftrages abschätzen* (Art. 15 IVöB) und aufgrund dieser Schätzung und der geltenden Schwellenwerte die erforderliche *Verfahrensart bestimmen*.

Wirkt ein potentieller späterer Anbieter bei der Vorbereitung mit, stellt sich die Frage der *Vorbefassung* (s. dazu oben, Ziff. 2.).

---

<sup>18</sup> BGE 98 II 32.

### Zur 2. Phase: Ausschreibung

Wird ein Auftrag im offenen oder selektiven Verfahren vergeben, so hat eine **Ausschreibung** auf **Simap**, der gemeinsamen Plattform von Bund und Kantonen (www.simap.ch), zu erfolgen (Art. 48 Abs. 1 IVöB). Für Aufträge, die in den Staatsvertragsbereich fallen, ist zudem eine *Zusammenfassung* der Ausschreibung in französischer Sprache zu veröffentlichen (Art. 48 Abs. 4 IVöB). Ausschreibung, Zusammenfassung und *Ausschreibungsunterlagen* müssen bestimmte *Mindestangaben*, die aus Art. 35, 36 und 48 Abs. 4 IVöB ersichtlich sind, enthalten. Eine Publikation im Amtsblatt, wie bisher verlangt, ist nicht erforderlich. Eine freiwillige Publikation im Amtsblatt wäre zwar möglich, wird aber - weil sie zu Doppelspurigkeiten und Rechtsunsicherheit führen (kann) - nicht empfohlen.

### Zur 3. Phase: Angebot

Im *offenen* Verfahren können alle Anbieter ein **Angebot** einreichen (Art. 18 Abs. 2 IVöB). Im *selektiven* Verfahren können alle Anbieter einen Antrag auf Teilnahme einreichen, wobei aber der Auftraggeber aufgrund der Eignung diejenigen Anbieter bestimmt, die ein Angebot einreichen dürfen. Die Zahl derjenigen, die ein Angebot einreichen dürfen, darf auf mindestens 3 Anbieter beschränkt werden (Art. 19 IVöB). Im *Einladungsverfahren* sind mindestens 3 Anbieter, die vom Auftraggeber bestimmt werden, direkt (ohne Ausschreibung) zur Angebotsabgabe einzuladen (Art. 20 IVöB). Im *freihändigen* Verfahren lädt der Auftraggeber direkt einen Anbieter zur Angebotsabgabe ein (Art. 21 IVöB). Auch im freihändigen Verfahren dürfen eine oder mehrere Vergleichsofferten eingeholt werden. Allerdings ist dann in den Offertanfragen transparent zu machen, dass es sich um ein freihändiges Verfahren handelt. Im freihändigen Verfahren dürfen Verhandlungen geführt werden.

### Zur 4. Phase: Prüfung

Ist die Eingabefrist abgelaufen, lässt der Auftraggeber die verschlossenen Angebote durch wenigstens 2 Beauftragte öffnen. Über die **Öffnung der Angebote** ist ein *Protokoll* zu erstellen, das durch die Beauftragten zu unterzeichnen ist und in welches alle Anbieter spätestens nach dem Zuschlag auf Verlangen Einsicht nehmen können (Art. 37 IVöB). Die **Prüfung** der Angebote hat nach einheitlichen Kriterien zu erfolgen. Offensichtliche Rechnungsfehler werden korrigiert (Art. 38 IVöB), Verhandlungen zwischen Auftraggeber und Anbietern über Preise, Preisnachlässe und Änderungen des Leistungsinhaltes (also sogenannte **«Angebotsrunden»**) sind aber unzulässig (Art. 11 lit. d IVöB).

Die nachträgliche Änderung des Leistungsinhaltes (z.B. Muldengrösse, Art der Befüllung) verstösst gegen das Verhandlungsverbot (Art. 11 lit. d IVöB) und das Diskriminierungsverbot (Art. 2 lit. c IVöB). Im vorliegenden Fall hatte eine Gemeinde nachträglich die gewünschte Muldengrösse (7,5 m<sup>3</sup> statt 6,7 m<sup>3</sup>) und die Art der Befüllung (mit statt ohne Muldengrube) geändert. Das kantonale Gericht<sup>19</sup> hiess die Beschwerde des nicht berücksichtigten Anbieters gut. Vorbehalten bleibt eine Bereinigung der Angebote, wenn die Voraussetzungen nach Art. 39 Abs. 2 IVöB erfüllt sind (insb. Vergleichbarmachung).

Gehen **ungewöhnlich niedrige Angebote** ein, ist der Auftraggeber neu verpflichtet, ergänzende Erkundigungen zur Einhaltung der Teilnahmebedingungen und zu den Leistungsanforderungen einzuholen (Art. 38 Abs. 3 IVöB). Weist der Anbieter die Einhaltung nicht überzeugend nach, hat ein Ausschluss vom Verfahren zu erfolgen (Art. 44 Abs. 2 lit. c IVöB).

### Zur 5. Phase: Zuschlag

Die IVöB bestimmt, dass das **vorteilhafteste Angebot** den **Zuschlag** erhält. Das *vorteilhafteste* Angebot wird aufgrund der *Zuschlagskriterien* ermittelt (Art. 29 IVöB). Die Zuschlagskriterien beziehen sich in der Regel auf das Angebot, und nicht - wie die Eignungskriterien - auf den Anbieter (resp. die fachliche, technische, organisatorische oder wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Anbieters). Neben dem *Preis* soll grundsätzlich immer auch die *Qualität* bei den Zu-

<sup>19</sup> SKSUB.2005.4.

schlagskriterien berücksichtigt werden; eine Vergabe allein aufgrund des Preises ist nur bei standardisierten Leistungen zulässig (Art. 29 Abs. 4 IVöB). Die Gewichtung der einzelnen Zuschlagskriterien muss in der Ausschreibung bekannt gegeben werden (Art. 29 Abs. 3 IVöB). Der Zuschlag ist den Anbietern schriftlich mit kurzer Begründung zu *eröffnen* (Art. 51 Abs. 3 IVöB). Für Aufträge, die unter die *Staatsverträge* fallen, ist der Zuschlag auch auf [www.simap.ch](http://www.simap.ch) mit gewissen Mindestangaben (gemäss Art. 48 Abs. 6 IVöB) innert 30 Tagen zu veröffentlichen.

Das Verwaltungsgericht hat in einem Fall eines Projektwettbewerbs einer Bürgergemeinde den Zuschlag aufgehoben, weil eine wirksame Überprüfung des Vergabeentscheids aufgrund des Juryberichts, welcher lediglich stichwortartige Bemerkungen zu den eingereichten Projekten enthielt (aber keine vergleichende Bewertung der Kriterien mittels erreichter Punktzahl), nicht möglich gewesen sei<sup>20</sup>.

Das **Eignungskriterium** «*in den letzten 5 Jahren mindestens 2 Aus-/Rückbauten von Kantonsstrassen im Wert von je mind. 200'000.-- unter Verkehr*» ist nach Auffassung des kantonalen Gerichts<sup>21</sup> höchst problematisch und weist diskriminierende Tendenz auf. Von den Anbietern könne zwar der Nachweis darüber verlangt werden, dass sie bereits Aus- und Rückbauten unter Verkehr von einer gewissen Bedeutung durchgeführt haben. Dass es sich dabei aber um Kantonsstrassen handeln müsse, sei sachlich nicht gerechtfertigt und führe zum ungerechtfertigten Ausschluss all jener Unternehmer, die noch keinen Auftrag des Kantons erhalten hätten (s. Art. 27 Abs. 4 IVöB).

Beim **Zuschlagskriterium «Lernendenausbildung»** handelt es sich um ein sog. vergabefremdes Kriterium. Es hat mit der Wirtschaftlichkeit des konkret zu beurteilenden Angebots nichts zu tun, darf aber berücksichtigt werden, weil Art. 29 Abs. 2 IVöB es ausdrücklich zulässt. Dabei ist aber insbesondere Folgendes zu beachten:

- Das Kriterium ist im Staatsvertragsbereich nicht zulässig, weil es ausländische Anbieter diskriminieren würde.
- In der Anwendung der verschiedenen Kriterien muss die Vergabebehörde jeweils auf eine angemessene Gewichtung achten, weil sie sonst einen Ermessensfehler und damit eine Rechtsverletzung begehen würde, wenn sie eine sachwidrige Über- oder Unterbewertung einzelner Kriterien vornähme. Es ist anerkannt, dass dem vergabefremden Zuschlagskriterium «Lernendenausbildung» *kein übermässiges Gewicht* zukommen darf, vielmehr muss ihm eine *untergeordnete Bedeutung im Vergleich zu den übrigen Kriterien* (wie z.B. dem Preis) zukommen.
- Das Bundesgericht hat in einem Fall<sup>22</sup> entschieden, dass der Lehrlingsfaktor (gewichtet mit 10%) nicht angewendet werden darf, da dieser im Verhältnis zum Preisfaktor (gewichtet mit 20%) *zu stark gewichtet* wurde. In diesem Fall waren die anderen Faktoren übrigens wie folgt gewichtet: Erfahrung 30%, Berufliche Qualifikation 25%, Organisation Anbieter 15%.
- *Massgebender Zeitpunkt* ist (gemäss Deklarationsblatt) in der Regel der Zeitpunkt der *Einreichung der Offerte*. Wird auf einen späteren Zeitpunkt abgestellt, bedeutet dies nach dem kantonalen Gericht<sup>23</sup> eine nachträgliche Änderung der Zuschlagskriterien.

Neu aufgenommen wurden in § 3 SubG die Zuschlagskriterien «**unterschiedliche Preisniveaus in den Ländern, in welchen die Leistung erbracht wird**» und «**Verlässlichkeit des Preises**». Ob diese Kriterien angewendet werden dürfen, ist umstritten.<sup>24</sup> Zu diesen Kriterien bestehen auf Stufe Bund und Kantone bisher noch keine bzw. kaum Erfahrungen. Zum

<sup>20</sup> VWBES.2017.265 (Urteil vom 28. September 2017).

<sup>21</sup> SKSUB.2002.6.

<sup>22</sup> BGE 129 I 314.

<sup>23</sup> SKSUB.2005.7.

<sup>24</sup> Nach Auffassung des Interkantonalen Organs für das öffentliche Beschaffungswesen (INÖB) sind diese Kriterien unzulässig. Neben dem Bund (Art. 29 Abs. 1 BöB) haben aber einige Kantone, darunter auch der Kanton Solothurn, beschlossen, diese beiden Kriterien in ihre Gesetzgebung aufzunehmen.

erstgenannten Kriterium ist ein Preisniveaurechner inkl. Benutzerhandbuch und Analysebericht, welcher den Anbietern zum selber Ausfüllen abgegeben werden kann, abrufbar unter: [www.bkb.admin.ch](http://www.bkb.admin.ch) -> Themen -> Instrumente.

Für die weiteren, zum Teil neuen Zuschlagskriterien gemäss Art. 29 Abs. 1 IVöB, wie **Plausibilität des Angebots** oder **Nachhaltigkeit**, wird auf die Hilfsmittel<sup>25</sup>, insbesondere die einschlägigen (unter [www.trias.ch](http://www.trias.ch) abrufbaren) Faktenblätter, verwiesen.

### Zur Phase Aufbewahrung

Die Bestimmung über die Aufbewahrung der Unterlagen (Art. 49 IVöB) wurde aufgenommen, weil das Bilaterale Abkommen<sup>26</sup> dies verlangt (in Art. 5 Abs. 2). So sind die Vergabeakten (wie Ausschreibung, Unterlagen, Offertöffnungsprotokoll, Korrespondenz, Verfügungen, berücksichtigtes Angebot) während dreier Jahre nach rechtsgültigem Abschluss des Verfahrens aufzubewahren.

## **7. Wann darf der Vertrag geschlossen werden?**

Der Vertrag mit dem Anbieter darf erst nach dem Zuschlag geschlossen werden und nur wenn die *Beschwerdefrist unbenutzt* abgelaufen ist oder wenn einer allfälligen Beschwerde die *aufschiebende Wirkung nicht erteilt* worden ist (Art. 42 IVöB).

## **8. Wie ist der Rechtsschutz geregelt?**

Nach Art. 52 Abs. 1 IVöB i.V.m. § 3 Abs. 1 SubG kann gegen Verfügungen des Auftraggebers, insbesondere über Zuschlag und Ausschluss vom Vergabeverfahren etc., **Beschwerde** beim **Verwaltungsgericht**<sup>27</sup> erhoben werden. Keine Beschwerdemöglichkeit besteht bei Beschaffungen, deren Gesamtwert den **Schwellenwert für das Einladungsverfahren** nach Art. 20 Abs. 1 und Anh. 2 IVöB (d.h. CHF 300'000 bei Aufträgen des Bauhauptgewerbes und CHF 150'000 bei Aufträgen des Baunebengewerbes, Dienstleistungen sowie Lieferungen) nicht erreicht. Die Beschwerde ist *schriftlich* und neu **innert 20 Tagen** seit Eröffnung einzureichen; sie muss einen *Antrag* und eine *Begründung* enthalten und die *Beweismittel* nennen (Art. 56 IVöB).

Die Beschwerde hat von Gesetzes wegen **keine aufschiebende Wirkung**. Die aufschiebende Wirkung kann jedoch auf Gesuch hin unter gewissen *Voraussetzungen* erteilt werden (Art. 54 IVöB), nämlich dann, wenn die Beschwerde als ausreichend begründet erscheint und keine überwiegenden Interessen entgegenstehen.

Erweist sich eine Beschwerde als begründet, ist aber mit dem Anbieter bereits ein Vertrag abgeschlossen worden, so stellt das Verwaltungsgericht lediglich fest, inwiefern die angefochtene *Verfügung rechtswidrig* ist; es kann den abgeschlossenen Vertrag nicht aufheben (Art. 58 Abs. 2 IVöB). Der Auftraggeber **haftet** aber dem Anbieter für *Schaden*, den er durch die rechtswidrige Verfügung verursacht hat. Die Haftung ist jedoch *beschränkt* auf die Aufwendungen, die dem Anbieter unmittelbar im Zusammenhang mit dem Vergabe- und Rechtsmittelverfahren erwachsen sind (Art. 58 Abs. 4 IVöB). Neu kann das Verwaltungsgericht über die Rechtmässigkeit der Vergabeverfügung und ein allfälliges Schadenersatzbegehren im gleichen Verfahren entscheiden (Art. 58 Abs. 3 IVöB; § 3 Abs. 2 SubG).

<sup>25</sup> S. dazu unten, Ziff. 10.

<sup>26</sup> oben Fussnote 2.

<sup>27</sup> Seit 1. Mai 2013. Vorher war die Schätzungskommission zuständige Beschwerdeinstanz.

Das **Akteneinsichtsrecht** ist im Submissionsverfahren stark eingeschränkt (Art. 57 IVöB; § 24 Abs. 3 VRG). Im Beschwerdeverfahren verweigert das Gericht<sup>28</sup> die Akteneinsicht in solche Akten, die mit grosser Wahrscheinlichkeit Geschäftsgeheimnisse von Konkurrenzfirmen enthalten. Dies trifft in aller Regel für die Offerten zu. Ausnahmen werden etwa gemacht für Offert-Zusammenzüge.

## 9. Wie sind die Sanktionen geregelt?

Neben den bereits bisher bekannten Sanktionsmöglichkeiten Ausschluss vom Vergabeverfahren und Widerruf des Zuschlags (Art. 44 IVöB) - für welche wie bis anhin die Auftraggeber zuständig sind - sind in Art. 45 IVöB nun folgende weiteren Sanktionen bei bestimmtem Fehlverhalten von Anbietern vorgesehen: **Verwarnung, Busse** von bis zu 10 % der bereinigten Angebotssumme und **Ausschluss von künftigen öffentlichen Aufträgen** für die Dauer von bis zu fünf Jahren. Zuständig für die Anordnung von Sanktionen ist im Kanton Solothurn das **Volkswirtschaftsdepartement**. Die Auftraggeber des Kantons und der Gemeinden müssen entsprechende Vorkommnisse diesem Departement mitteilen (§ 5 Abs. 1 SubG und § 8 Abs. 2 SubV). Ein Ausschluss gilt nach § 8 Abs. 3 SubV für künftige Vergaben aller Auftraggeber mit Sitz im Kanton Solothurn (also kantonale und kommunale Vergabestellen sowie Zweckverbände). Rechtskräftige Ausschlüsse meldet das VWD dem INÖB, welches über diese eine nicht öffentliche Liste führt. Dort kann sich jeder Auftraggeber erkundigen, ob ein bestimmter Anbieter verzeichnet ist (Art. 45 Abs. 3 IVöB).

Folgendes **Fehlverhalten** von Anbietern, Subunternehmern, deren Organen oder beigezogenen Dritten kann zu einer Sanktion nach Art. 45 IVöB führen:

- Diese(r) wurde(n) rechtskräftig wegen eines Verbrechens oder Vergehens im Zusammenhang mit der Vergabe eines öffentlichen Auftrags verurteilt (Art. 45 Abs. 1 i.V.m. Art. 44 Abs. 1 Bst. c IVöB sowie § 5 Abs. 3 SubG).
- Es wurden Bestimmungen über die Bekämpfung der Korruption im Zusammenhang mit der Vergabe eines öffentlichen Auftrags verletzt (Art. 45 Abs. 1 i.V.m. Art. 44 Abs. 1 Bst. e IVöB sowie § 5 Abs. 2 SubG).
- Es bestehen hinreichende Anhaltspunkte dafür, dass diese unzulässige Wettbewerbsabreden getroffen haben (Art. 45 Abs. 1 i.V.m. Art. 44 Abs. 2 Bst. b IVöB).
- Es bestehen hinreichende Anhaltspunkte dafür, dass die Arbeitsschutzbestimmungen, die Arbeitsbedingungen, die Bestimmungen über die Gleichbehandlung von Frau und Mann in Bezug auf den Lohn, die Bestimmungen über die Vertraulichkeit oder das Umweltrecht missachtet werden (Art. 45 Abs. 1 i.V.m. Art. 44 Abs. 2 Bst. f IVöB).
- Es bestehen hinreichende Anhaltspunkte dafür, dass Melde- und Bewilligungspflichten nach dem BGSA verletzt wurden (Art. 45 Abs. 1 i.V.m. Art. 44 Abs. 2 Bst. g IVöB).

## 10. Welche Hilfsmittel stehen den Gemeinden zur Verfügung?

Für die Vergabestellen stehen einige Hilfsmittel bereit, welche im Beschaffungsalldag nützlich sind. Vor allem besteht eine Vielzahl von Leitfäden, Merkblätter und Empfehlungen. Auf die folgenden weiterführenden Links ist dazu hinzuweisen:

- [www.so.ch/staatskanzlei/legistik-und-justiz/submissionsrecht/](http://www.so.ch/staatskanzlei/legistik-und-justiz/submissionsrecht/)

Hier ist unter anderem der **Leitfaden für Submissionen in Gemeinden** abrufbar.

- [www.bpuk.ch/bpuk/konkordate/faktenblaetter](http://www.bpuk.ch/bpuk/konkordate/faktenblaetter)

---

<sup>28</sup> SKSUB.2001.12.

- [www.trias.swiss](http://www.trias.swiss)

Hier sind die **Faktenblätter** der BPUK, welche einzelne Themen des Submissionsrechts aus praxisorientierter Sicht näher darstellen, abrufbar.

- [www.kbob.admin.ch](http://www.kbob.admin.ch) (ganzer Link: s. Fussnote<sup>29</sup>)

Die Koordinationskonferenz der Bau- und Liegenschaftsorgane der öffentlichen Bauherren (KBOB) hat **verschiedene** Empfehlungen, Leitfäden, Faktenblätter und weitere Instrumente zur Umsetzung des revidierten Beschaffungsrechts erarbeitet, welche hier abrufbar sind.

- Informationen zu **nachhaltigen** Beschaffungen sind z.B. unter folgenden Links zu finden:

[www.kompass-nachhaltigkeit.ch](http://www.kompass-nachhaltigkeit.ch)

[www.bafu.admin.ch](http://www.bafu.admin.ch) (ganzer Link: s. Fussnote<sup>30</sup>)

[www.bkb.admin.ch/bkb/de/home/bkb/empfehlungen.html](http://www.bkb.admin.ch/bkb/de/home/bkb/empfehlungen.html)

[www.woeb.swiss](http://www.woeb.swiss)

Zu den **Aus- und Weiterbildungsangeboten** für Personen, welche öffentliche Beschaffungen durchführen, ist namentlich auf die neue Weiterbildung zum «*Spezialist / Spezialistin öffentliche Beschaffung mit eidgenössischem Fachausweis*» hinzuweisen. Diese umfasst 7 Module und eine Prüfung (12 Monate berufsbegleitend). Sie führt zu einem eidgenössischen Fachausweis. Die Weiterbildung wird zur Zeit in Olten (FHNW) und Zürich (KV Business School) angeboten. Für weiterführende Informationen:

[www.procure.ch/bildung/lehrgaenge-einkauf/spezialistin-spezialist-oeffentliche-beschaffung](http://www.procure.ch/bildung/lehrgaenge-einkauf/spezialistin-spezialist-oeffentliche-beschaffung)

[www.iaoeb.ch](http://www.iaoeb.ch)

Zudem führt die Fachhochschule Nordwestschweiz FHNW ein 3-tägiges *Praxisseminar Öffentliches Beschaffungswesen* durch. Für weiterführende Informationen:

[www.fhnw.ch/de/weiterbildung/wirtschaft/seminar\\_oeffentliches-beschaffungswesen](http://www.fhnw.ch/de/weiterbildung/wirtschaft/seminar_oeffentliches-beschaffungswesen)

### **Auskunftsstellen**

im Kanton Solothurn in Sachen Submissionen sind:

Betreffend **Submissionsrecht**:  
Herren Franz Fürst und Martin Häner,  
Tel. 032 627 27 02

Staatskanzlei, Legistik und Justiz,

Betreffend **Simap** ([www.simap.ch](http://www.simap.ch)):  
Amt für Verkehr und Tiefbau,  
Herr Daniel Saur, Tel. 032 627 89 51

Bau- und Justizdepartement,

Betreffend **Sanktionen**:  
Departementssekretariat, Tel. 032 627 24 32

Volkswirtschaftsdepartement,

<sup>29</sup> [www.kbob.admin.ch/kbob/de/home/themen-leistungen/revidiertes-beschaffungsrecht/instrumente.html](http://www.kbob.admin.ch/kbob/de/home/themen-leistungen/revidiertes-beschaffungsrecht/instrumente.html)

<sup>30</sup> [www.bafu.admin.ch/bafu/de/home/themen/wirtschaft-konsum/fachinformationen/oekologische-oeffentliche-beschaffung.html](http://www.bafu.admin.ch/bafu/de/home/themen/wirtschaft-konsum/fachinformationen/oekologische-oeffentliche-beschaffung.html)

**Bau- und Justizdepartement**

*Rötihof  
Werkhofstrasse 65  
4509 Solothurn  
Telefon 032 627 25 43  
kanzlei@bd.so.ch  
bd.so.ch*

