

IST BAUEN AN STARK BEFAHRENE STRASSEN ÜBERHAUPT NOCH MÖGLICH?

Das Bundesgericht hat bei einem Ende Jahr 2021 gefällten Urteil die strenge Rechtsprechung betreffend Lärmschutz bestätigt- viele Planer und Baubehörden fragen sich nun, was überhaupt an stark befahrenen Strassen noch an Wohnbauten möglich ist.

PREISGARANTIE BEI ÖFFENTLICHEN UND PRIVATEN AUSSCHREIBUNGEN – DIE AKTUELLE SITUATION ERFORDERT EIN UMDENKEN

Der Krieg in der Ukraine und die damit verbundenen Unsicherheiten zeitigt massive Auswirkungen auf Teile der Wirtschaft – insbesondere auch auf Preise für Rohstoffe, Produktions- und Herstellungskosten von diversen Materialien aber auch auf Lieferketten. Dies nachdem bereits die Corona-Pandemie den Welthandel in den vergangenen Monaten stark eingeschränkt und die Verfügbarkeit gewisser Produkte und Rohstoffe eingeschränkt hat.

VERSORGUNGSENGÄSSE UND PREISERHÖHUNGEN BEI ROHSTOFFEN – DIE AUSWIRKUNGEN DER CORONA-PANDEMIE AUF LIEFERFRISTEN UND PAUSCHALPREISE IN WERKVERTRÄGEN

Lic. iur. Christoph Schärli, Rechtsanwalt Die weltweite Corona-Pandemie hatte und hat noch immer massive Auswirkungen auf die Gesellschaft und damit auch die Wirtschaft. Dies betrifft u.a. das Baugewerbe. Fast alle Staaten haben zum Teil mit massiven Massnahmen wie Lock-Downs, Ausgangssperren, Home-Office Pflicht, aber auch Schliessungen von Betrieben, usw. in die Wirtschaftsprozesse eingegriffen.

DIE WICHTIGSTEN (RECHTS-)FRAGEN RUND UM DEN EIGENHEIMKAUF

MLaw Kim Attenhofer und lic. iur. Christoph Schärli zum Thema «Die wichtigsten (Rechts-)Fragen rund um den Eigenheimkauf».

ARCHITEKTENVERTRAG UND -WETTBEWERB

lic. iur. Christoph Schärli, Rechtsanwalt



Artikel von lic. iur. Christoph Schärli zum Thema «Architektenvertrag und -wettbewerb».

Erschienen im Newsletter Weka Bau- und Immobilienrecht, Ausgabe 08/2020 – einsehbar unter folgendem Link

DAS URHEBERRECHT DES PLANERS – EIN IMMATERIALGÜTERRECHT IM KONFLIKT MIT DEN EIGENTUMSRECHTEN DES BAUHERRN

lic. iur. Christoph Schärli, Rechtsanwalt



Artikel von lic. iur. Christoph Schärli zum Thema «Das Urheberrecht des Planers – ein Immaterialgüterrecht im Konflikt mit den Eigentumsrechten des Bauherrn».

Erschienen im Newsletter Weka Bau- und Immobilienrecht, Ausgabe 07/2020 – einsehbar unter folgendem Link

AKTUELLES VOM BAUREKURSGERICHT ZÜRICH - DIE AUFNAHME EINES GEBÄUDES IN EIN INVENTAR STELLT NOCH KEINE SCHUTZMASSNAHME DAR



lic. iur. Christoph Schärli, Rechtsanwalt



rechtliche Überlegungen zum Umgang mit Inventaren im Kanton Zürich

Das Baurekursgericht Zürich hat in einem aktuellen (zurzeit noch nicht rechtskräftigen) Entscheid (BRGE II Nr. 0004/2020) die bisherige kantonale Praxis zur Rechtswirkung und der Nichtanfechtbarkeit der Inventarisierung eines Gebäudes in ein kommunales Inventar bestätigt. Eine Praxis, welche aus Sicht der verfassungsmässigen Eigentumsrechte der betroffenen Eigentümer durchaus kritisch zu betrachten ist.

I. Sachverhalt

Eine Gemeinde im Kanton Zürich hat ein privates Gebäude in das Inventar der kunst- und kulturhistorischen Schutzobjekte von kommunaler Bedeutung der Gemeinde aufgenommen, bzw. dieses entsprechend ergänzt. Schutzmassnahmen bzw. ein formelles vorsorgliches gesetzliches Veränderungsverbot nach § 209 PBG wurden jedoch ausdrücklich (noch) nicht ausgesprochen. Die Eigentümerin reichte Rekurs beim Baurekursgericht ein und beantragte die Aufhebung des Beschlusses und dass das Gebäude nicht in das Inventar aufzunehmen sei. Das Baurekursgericht Zürich ist im Entscheid vom 21. Januar 2020 auf den Rekurs nicht eingetreten. Das Baurekursgericht stützt sich in seiner Begründung auf die Praxis und Lehre im Kanton Zürich, nach welcher Inventare erst dann eine eigentümergebundene Wirkung entfalten, wenn die Aufnahme eines Objektes in ein Inventar förmlich (schriftlich) angezeigt und mit dem Hinweis auf ein damit wirksam werdendes gesetzliches Veränderungsverbot verbunden werden. Die blosser Inventaraufnahme stelle noch keine Schutzmassnahme dar, auch keine provisorische. Die Wirkung eines Inventares bestehe (nur) darin, die Behörden und die nachfragenden Eigentümer oder Drittpersonen darauf aufmerksam zu machen, dass die aufgenommenen Objekte im Falle von Veränderungen einer erhöhten Aufmerksamkeit bedürfen (vgl. E. 3, BRGE II Nr. 0004/2020).

II. Kommentar

Im Lichte der bisherigen Rechtsprechung zur Inventarisierung ist der Entscheid nachvollziehbar. Er zeigt jedoch eine grundsätzliche Problematik der Hinweisinventare und der fehlenden Anfechtungs- bzw. Überprüfungsmöglichkeiten von solchen Inventarisierungen. Denn auch wenn einem Inventar nur die Aufgabe eines behördeninternen Sachplanes zukommt (vgl. Zürcher Planungs- und Baurecht, FRITZSCHE/BÖSCH/WIPF/KUNZ, S. 277) wird faktisch mit der Inventarisierung eines Gebäudes bereits in das Eigentumsrecht der Grundeigentümerin eingegriffen bzw. dieses zumindest tangiert.

Fakt ist, dass bereits mit der Inventarisierung eines Gebäudes dieses öffentlich einsehbar und in einem Inventar aufgeführt einem «Generalverdacht» in Bezug auf die Schutzwürdigkeit unterstellt wird. Auch wenn es sich bei der Inventarisierung nach Lehre und Rechtsprechung nicht um eine provisorische Schutzmassnahme handelt, kommt dem Inventareintrag in der Praxis oft eine präjudizielle Wirkung zu. So ist immer wieder feststellbar, dass solche Inventareinträge Vorlage oder Referenz für Schutzabklärungen, Gutachten und auch Verfügungen bilden. Gerade bei Gutachtern aber auch den Behörden wird die inhaltliche und insbesondere rechtliche Relevanz und Wirkung der Hinweisinventare überhöht.

In Unterschutzstellungsverfahren finden sich so immer wieder Schutzgutachten, welche als Referenz für den Schutzwert integral oder schwerpunktmässig auf den entsprechenden Inventareintrag und die dortigen Feststellungen verweisen, ohne diese zu hinterfragen. Wenn nun aber solche Gutachten sich inhaltlich derart auf die Inventareinträge abstützen, führt dies dazu, dass dem Inventareintrag die entscheidende Bedeutung zur Beurteilung der Schutzwürdigkeit eines Gebäudes zukommt. Es trifft somit nicht zu, wenn man davon ausgeht, dass eine Inventarisierung noch keine Rechtswirkung begründen würde. Wird dem Inventareintrag eine solche Bedeutung beigemessen, ist er mehr als ein verwaltungswirtschaftliches Hilfswerkzeug.

Dies zeigt sich auch daran, dass die Behörden Inventare nicht ohne weiteres wieder bereinigen können. Denn die Entlassung eines einmal aufgenommenen Gebäudes aus einem Inventar ist nach Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts in der Regel nur gestützt auf ein Gutachten möglich. Eine Inventarentlassung ist zu verfügen und kann mit einem Rechtsmittel (etwa von Heimatschutzverbänden) angefochten werden. Im Gegensatz zur Inventarisierung ist die Entlassung aus einem Inventar somit dem Rechtsschutz unterstellt.

Ist eine Grundeigentümerin mit der Inventarisierung nicht einverstanden, so hat sie nur die Möglichkeit, ein Provokationsbegehren zu stellen und so in der Regel innert Jahresfrist verbindlich über allfällige definitive Schutzmassnahmen entscheiden zu lassen; sie muss den Schutzentscheid in einem formellen Verfahren «provokieren». Solche Provokationsbegehren sozusagen ins «Blaue» hinaus (d.h. ohne konkrete Bauabsichten) sind risikoreich und aufwändig. Zudem kann ein Provokationsbegehren nur bei einem aktuellen Interesse gestellt werden, zumindest müssen Bau-, Verkaufs- oder Erbteilungsabsichten glaubhaft gemacht werden können. Weiter kommt hinzu, dass sie sich gegen den bereits erstellten Inventareintrag wehren muss, bei dessen Erstellung sie die verfassungsmässig garantierten Verfahrensrechte, welche Betroffenen bei einer Beweiserhebung normalerweise zustehen, nicht hatte, insbesondere ihr kein rechtliches Gehör gewährt worden ist. Ohne Provokationsbegehren wird das inventarisierte Gebäude unter Umständen über Jahre oder Jahrzehnte einfach in einem Inventar für die schützenswerten Objekte der Gemeinde geführt. Die Grundeigentümerin muss damit leben, dass ihr Gebäude öffentlich als inventarisiert und damit «potentiell geschützt» gilt. Will die Grundeigentümerin ein solches Gebäude einmal verkaufen, wird der Inventareintrag selbstredend eine Auswirkung auf den Wert der Liegenschaft haben. Im Wissen um den Inventareintrag werden für die interessierten Käufer die Risiken einer späteren Unterschutzstellung kaufpreisrelevant sein. Für nicht mit denkmalschutzrechtlichen Angelegenheiten vertraute Personen ist es zudem kaum möglich, die genaue Unterscheidung zwischen der (vorsorglichen) Inventarisierung und einer formellen Unterschutzstellung zu verstehen.

Es trifft somit nicht zu, dass die Inventarisierung die Grundeigentümerin nicht direkt betrifft, findet bereits mit der Inventaraufnahme ein potentieller Eingriff in die Eigentumsrechte der Grundeigentümer statt (Wertminderung), gegen welche sich der Grundeigentümer nicht direkt mit einem Rechtsmittel wehren kann. Weiter kommt noch folgender verfahrenstechnischer Umstand dazu: Die Nachführung der kommunalen Inventare obliegt den Gemeinden, welche dafür regelmässig Fachleute aus dem Bereich der Denkmalpflege beiziehen. In den Erläuterungen des Amtes für Raumentwicklung des Kantons Zürich (Denkmalschutz – Erläuterungen zur Erarbeitung, Festsetzung und Anwendung) werden die Gemeinden unter Verweis auf die Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts angeleitet, ein Inventar zu erstellen, welches eine *«Bestandsaufnahme der in Betracht fallenden Schutzobjekte ermöglichen soll. Es sollen daher «[...] nicht nur jene Objekte Aufnahme in die Inventare finden, welche mit Sicherheit formell geschützt werden; vielmehr geht es darum, den gesamten Bestand der schutzfähigen Objekte zu erfassen, ohne Rücksicht auf beabsichtigte Schutzmassnahmen seitens der Behörden»* (vgl. Entscheid des Verwaltungsgerichts vom 9.2.2011, VB.2010.00032, E. 5.3, unter Hinweis auf den Entscheid

RB 1990 Nr. 72).

M.E. liegt in dieser Praxis die Krux bei den Inventaren: Denn wenn alle «in Betracht fallenden» bzw. «schutzfähigen» Schutzobjekte im Inventar erfasst werden und die Frage der Verhältnismässigkeit und der Interessenabwägung erst im Schutzverfahren geklärt werden sollen, besteht die Gefahr einer sehr grosszügigen Inventarisierung. Auch unter Fachexperten wird der Begriff «Schutzfähig» kontrovers diskutiert. Ketzerisch betrachtet kommt fast jedem älteren Gebäude eine gewisse «Schutzfähigkeit» zu.

Wenn nun Fachexperten von den Gemeinden beauftragt werden, das Inventar alle paar Jahren zu aktualisieren und mit «*potentiellen und allen in Betracht fallenden*» Schutzobjekten zu ergänzen, ist es nichts als logisch, dass in der Tendenz jeweils weitere «schutzfähige» Objekt dazukommen. Dies gilt umso mehr, wenn die Gemeinde mit der Aufgabe externe Dienstleister beauftragt, welche verständlicherweise auch ein Ergebnis bzw. neue Inventareinträge präsentieren wollen. Im Zweifel wird daher eher ein Gebäude mehr inventarisiert, sozusagen «in dubio pro inventarium». Da gegen diese vorsorgliche Inventarisierung kein Rechtsmittel für die Grundeigentümer offensteht, besteht die Gefahr, dass Gebäude inventarisiert werden, die keinen Schutzwert haben.

Gestützt auf die verfahrensrechtlichen Grundsätze dürfen bzw. dürften solchen Hinweisinventare keinen Beweiswert in einem späteren Schutzverfahren zukommen, denn sie werden ohne Gewährung des rechtlichen Gehörs und Rechtsschutz erstellt und stellen eine erstmalige subjektive Einschätzung von einem oder wenigen einzelnen Fachexperten dar.

Es bleibt abzuwarten, ob sich die Gesetzgebung oder die Rechtsprechung zur Anfechtbarkeit der Inventare oder der gesamten Praxis in Zukunft ändern wird. Bis dahin ist es umso wichtiger, dass man sich der unverbindlichen und damit inhaltlich geringen Aussagekraft der Hinweisinventare bewusst ist, sei dies auf Seite Behörden, Gutachter aber auch der Gerichtsinstanzen. Schutzentscheide, welche sich bei der Begründung auf den fachlichen Inhalt der Inventare beziehen, sind daher problematisch bzw. nicht haltbar, da dafür eine unabhängige neue und in einem rechtskonformen Verfahren ergangene Begutachtung durch Fachexperten notwendig ist. Ansonsten kommt dem Inventareintrag eine präjudizierende Wirkung zu, etwas was sie nach der Rechtsprechung des Baurekursgerichts und Verwaltungsgerichts jedoch nicht haben dürfen.

19. Februar 2020 / lic. iur. Christoph Schärli,

[Klicken Sie hier für das PDF.](#)

ÖFFENTLICHE VERGABEVERFAHREN / SUBMISSIONSRECHT - DER ANBIETER MUSS DIE VERLANGTEN EIGNUNGSKRITERIEN ZUM ZEITPUNKT DER OFFERTEINREICHUNG ERFÜLLEN



lic. iur. Christoph Schärli, Rechtsanwalt



Das Bundesgericht hat in einem kürzlich publizierten Entscheid (2D_25/2018, Entscheid vom 2. Juli 2019) seine bisherige Praxis zum Ausschluss wegen der Nichterfüllung eines von der Vergabestelle aufgestellten Eignungskriteriums bestätigt und insbesondere auch die entsprechenden Grundsätze und die strenge Praxis im Hinblick auf den Zeitpunkt, in welchem die Eignungskriterien erfüllt sein müssen, nochmals gefestigt.

Das Bundesgericht hat einen Vergabeentscheid im Bereich der Abfallentsorgung einer Gemeinde im Kanton Neuenburg als widerrechtlich beurteilt, der an eine Anbieterin ging, welche im Zeitpunkt des Zuschlages in ihrem Fahrzeugpark nicht über Fahrzeugtypen verfügte, die – wie von der Vergabestelle in der Ausschreibung als technisches Eignungskriterium vorausgesetzt – ein bestimmtes Hubsystem aufgewiesen haben. Die Vergabestelle erteilte trotzdem dieser Anbieterin den Zuschlag, da sie es als genügend erachtete, dass die Anbieterin der Vergabestelle nach der Zuschlagserteilung bestätigte, ein entsprechendes Fahrzeug mit dem verlangten Hubsystem im Hinblick auf die Auftragserfüllung anzuschaffen. Die kantonale Instanz schützte die Vergabe bzw. wies die Beschwerde der Zweitplatzierten ab, welche geltend machte, dass die Zuschlagsempfängerin die Eignungskriterien nicht erfülle und vom Vergabeverfahren auszuschliessen sei. Die Zweitplatzierte gelangte daraufhin mit subsidiärer Verfassungsbeschwerde ans Bundesgericht und rügte eine willkürliche Vergabe bzw. willkürliche Anwendung der Eignungskriterien und Ausschlussgründe. Das Bundesgericht hiess die Beschwerde gut und beurteilte die Vergabe als widerrechtlich.

«Das Bundesgericht hiess die Beschwerde gut und beurteilte die Vergabe als widerrechtlich.»

Das Bundesgericht hielt unter Verweis auf seine bisherige Rechtsprechung fest, dass eine Anbieterin, welche die von der Vergabestelle festgelegten Eignungskriterien nicht erfülle, zwingend vom Vergabeverfahren auszuschliessen sei. Massgebender Zeitpunkt, in welchem die entsprechenden Eignungskriterien zu erfüllen seien, sei der Zeitpunkt der Angebotseinreichung, so dass die Vergabestelle vor dem Zuschlagsentscheid überprüfen könne, ob die Eignungskriterien vom betreffenden Anbieter erfüllt werden. Nach Bundesgericht reicht es nicht aus, wenn eine Anbieterin bei technischen oder qualitativen Vorgaben wie etwa zum Maschinenpark, Schlüsselpersonen oder ähnlichem nur mit dem Angebot oder gar erst nach Zuschlagserteilung zusichere, sie werde die Kriterien nach erfolgter Auftragserteilung durch das Anschaffen der entsprechenden Geräte oder Know-How erfüllen. Wenn eine Anbieterin ein Eignungskriterium im Zeitpunkt der Offertprüfung nicht erfülle, müsse sie zwingend vom Vergabeverfahren ausgeschlossen werden.

Mag diese strenge Praxis hart erscheinen, so ist sie doch konsequent und aus Sicht der Rechtssicherheit zu begrüssen. Für die Vergabestellen wie auch die Anbieter lassen sich aus dem Entscheid und den Erwägungen die folgenden Schlüsse ziehen:

«Anbieter, welche die Eignungskriterien nicht erfüllen, sind zwingend vom Verfahren auszuschliessen.»

Zum einen ist bei den Eignungskriterien für die Vergabestelle wenig Spielraum vorhanden. Anbieter, welche die Eignungskriterien nicht erfüllen, sind zwingend vom Verfahren auszuschliessen. Entsprechend müssen sich die Vergabestellen gut überlegen, welche Eignungskriterien sie aufstellen möchten und wie stark sie so den Anbieterkreis

eingrenzen wollen. Anbieter sollten vor dem Entschluss, ein Angebot auszuarbeiten und einzureichen, ebenfalls gut prüfen, ob sie überhaupt in der Lage sind, die entsprechenden Kriterien zum Zeitpunkt der Angebotseinreichung vollständig erfüllen zu können, ansonsten sie das Risiko eingehen, das Angebot vergebens auszuarbeiten und einzureichen.

Mag der Entscheid prima vista nicht viel Neues enthalten, verdient doch eine Bemerkung des Gerichtes eine besondere Beachtung. Denn das Bundesgericht stellte im Entscheid klar, dass es grundsätzlich denkbar sei, dass eine Vergabestelle als Eignungskriterium durchaus lediglich eine schriftliche Verpflichtung der Anbieter, entsprechende Maschinen, Fahrzeuge oder auch Personal im Falle der Zuschlagserteilung anzuschaffen bzw. einzustellen, als genügend gelten lassen können, wenn sie dies in der Ausschreibung entsprechend so festhalte.

Aus Sicht des Wettbewerbes und des Marktzuganges der Anbieter ist dies begrüssenswert. Gerade in Auftragsgebieten mit spezifischen Anforderungen kann es durchaus gerechtfertigt sein, gewisse Eignungskriterien nur als Verpflichtung auszuschreiben, was Anbietern ermöglicht, sich auf Aufträge zu bewerben, bei denen sie gewisse Anforderung aktuell zwar noch nicht erfüllen können, die entsprechenden Investitionen aber bei einer Zuschlagserteilung und damit eines gesicherten Auftrages tätigen würden.

Aus vergaberechtlicher Sicht wirft diese Variante aber doch einige Probleme aus. Papier ist geduldig und Anbieter werden die entsprechenden Verpflichtungen zum Beschaffen von Werkzeugen, Personal etc. für den Fall der Auftragserteilung wohl grösstenteils ohne grössere Überlegungen eingehen und die Eignungskriterien im Zeitpunkt der Angebotsprüfung damit jeweils problemlos erfüllen. Was aber ist, wenn nach rechtskräftiger Zuschlagserteilung die Zuschlagsempfängerin die Verpflichtung nicht wahrnimmt? Nach Lehre und Praxis ist das Vergabeverfahren nach einem rechtskräftigen Zuschlag abgeschlossen und andere Anbieter könnten gegen den Zuschlag nicht mehr gerichtlich vorgehen, auch wenn sich herausstellen sollte, dass der Konkurrent, der sie ausgestochen hat, die Eignungskriterien nicht erfüllen kann. Auch hinter die vertragsrechtliche Durchsetzbarkeit solcher Verpflichtungen durch die Vergabestelle ist ein Fragezeichen zu setzen, zumindest in praktischer Hinsicht. Wird eine Vergabestelle einem Anbieter, welcher seinen in Bezug auf die Eignungskriterien abgegebenen Versprechungen und Verpflichtungen nicht nachkommt, den Auftrag entziehen und nochmals neu ausschreiben? Wie die Praxis bei der ähnlich gelagerten Problematik der Schlüsselpersonen oder anderen Zusicherungen im Rahmen der Zuschlagskriterien zeigt, wird dies meist nicht der Fall sein, sondern die Vergabestelle wird – sei dies aus Zeit-, Geld- oder rechtlichen Gründen – die entsprechenden Abweichungen von den im Angebot abgegebenen Zusicherungen wohl oder übel akzeptieren (müssen).

Entsprechend müssen sich Vergabestellen gut überlegen, in wie weit sie Eignungskriterien verwässern wollen, indem sie den Anbietern die Möglichkeit geben, die Erfüllung gewisser Kriterien nur für den Fall der Auftragserteilung zu garantieren, anstatt mit der Angebotseinreichung nachzuweisen. Konsequenterweise wird der Anwendungsbereich, eine Erfüllung der Eignungskriterien nur für den Fall der Zuschlagserteilung zu garantieren, klein bleiben. Vergabestellen ist zu empfehlen, bei relevanten Eignungskriterien diese so auszuschreiben, dass deren Erfüllung aus den vorgenannten Gründen zwingend im Zeitpunkt der Angebotseinreichung überprüfbar sind und die Erfüllung derselben nicht nur für den Fall der Zuschlagserteilung vertraglich zugesichert wird.

19. September 2019 / lic. iur. Christoph Schärli

DIE BEVORSTEHENDE REVISION DES BESCHAFFUNGSRECHTS. AUSWIRKUNGEN FÜR DIE BAUWIRTSCHAFT?

lic. iur. Christoph Schärli, Rechtsanwalt



Artikel von lic. iur. Christoph Schärli zum Thema «Die bevorstehende Revision des Beschaffungsrechts – Auswirkungen für die Bauwirtschaft?».

Erschienen im Newsletter Bau- und Immobilienrecht, Ausgabe 07/2019 – bestellbar unter folgendem Link.

BAUEN UNTER INANSPRUCHNAHME DES NACHBARGRUNDSTÜCKS

lic. iur. Christoph Schärli, Rechtsanwalt



Artikel von lic. iur. Christoph Schärli zum Thema «Bauen unter Inanspruchnahme des Nachbargrundstücks».

Erschienen im Newsletter Bau- und Immobilienrecht, Ausgabe 04/2019 – bestellbar unter folgendem Link