

Recht informiert.

## Der Newsletter von Pfisterer Fretz Munz Rechtsanwälte, Dezember 2023



Sehr geehrte Damen und Herren

In unserem Dezember-Newsletter stellen wir Ihnen die in der Herbstsession des Parlaments beschlossene Teilrevision des Raumplanungsgesetzes vor. Weiter setzen wir uns mit der Änderung der Lärmschutzverordnung bei der Anwendung des Vorsorgeprinzips für neue Luft/Wasser-Wärmepumpen auseinander und möchten Ihnen zwei wichtige Entscheide zur Koordinationspflicht bei der Gestaltungsplanung und zur Dimensionierung von Erschliessungsstrassen näherbringen. Im Submissionsrecht beschäftigen wir uns mit einem aktuellen Fall, in dem eine (lokale) Anbieterin von der Vergabestelle bevorzugt behandelt wurde, was zur Aufhebung des Zuschlags führte.

Wir wünschen Ihnen eine spannende Lektüre.

- 1. Teilrevision des Raumplanungsgesetzes (RPG)**
- 2. Begrenzung der Lärmemission bei Luft/Wasser-Wärmepumpen**
- 3. Koordinierte Gestaltungsplanung**
- 4. Dimensionierung von Erschliessungsstrassen**
- 5. Submission: Missbräuchliche Bevorzugung einer Anbieterin**

Ihr Team von Pfisterer Fretz Munz Rechtsanwälte, Aarau:

Dr. Lukas Pfisterer Michael Fretz Christian Munz Dr. Michael Pletscher Giulia Spirig  
Michèle Bächli Sibylle Pfisterer

## 1. Teilrevision des Raumplanungsgesetzes (RPG)

Das Parlament hat in der Herbstsession die zweite Revisionsstufe des Raumplanungsgesetzes beschlossen. Gegenstand der Teilrevision ist unter anderem die Stabilisierung der Anzahl Gebäude und der versiegelten Fläche ausserhalb der Bauzonen. Daneben wurden wichtige Änderungen betreffend Mehrwertabgabe und illegale Bauten beschlossen, die wir Ihnen vorstellen möchten.



Die zweite Teilrevision des Raumplanungsgesetzes<sup>1</sup> (RPG 2) wurde in der Herbstsession verabschiedet. Obwohl ein Stabilisierungsziel für Bauten ausserhalb der Bauzone aufgenommen wurde, erlaubt der Gesetzgeber gleichzeitig erhebliche Mehrnutzungen und Ausnahmen. Der verfassungsrechtliche Grundsatz der Trennung von Bau- und Nichtbaugebieten wird mit dieser Teilrevision des RPG untergraben, zumindest jedoch in Mitleidenschaft gezogen.

Kern der Teilrevision ist das sogenannte Stabilisierungsziel. Der Gesetzgeber zielt damit darauf ab, die Anzahl von Gebäuden und versiegelten Flächen ausserhalb der Bauzonen zu stabilisieren. Allerdings sind davon zahlreiche Ausnahmen möglich: So sind Bodenversiegelungen in nicht ganzjährig bewirtschafteten Landwirtschaftszonen möglich, ebenso landwirtschaftlich bedingte Versiegelungen und oder solche, die für touristische Aktivitäten, Energieanlagen oder Verkehrsanlagen notwendig sind. Das Feld ist damit weit geöffnet.

Ein weiterer fragwürdiger Punkt ist der sogenannte Gebietsansatz, der es den Kantonen ermöglicht, in spezifischen Fällen von den bundesrechtlichen Bestimmungen zum Bauen ausserhalb der Bauzone abzuweichen. Hier ist zu befürchten, dass die Kantone dies für ihre Bedürfnisse weit auslegen und ihre «Sonderzüge» fahren.

---

<sup>1</sup> <https://www.parlament.ch/DE/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20180077>.

Die Umnutzung von Ställen und Scheunen zu Wohnzwecken wird zudem erleichtert. Dies wird die Zersiedelung weiter vorantreiben.

Ein weiterer Aspekt der Teilrevision betrifft den Mehrwertausgleich bei Um- und Aufzonen. Die Praxis des Bundesgerichts, die eine angemessene Kompensation von nahezu sämtlichen Mehrwerten vorschreibt, soll eingeschränkt werden, und die Kantone sollen nur noch zur Umsetzung der Minimalregelung (20 % bei Einzonungen) verpflichtet werden.

Neu geregelt wurde zudem der Anspruch auf Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes für illegale Bauten und unbewilligte Nutzungen ausserhalb von Bauzonen: Diese sollen nach 30 Jahren nicht mehr abgerissen beziehungsweise deren Nutzung untersagt werden müssen.

Die Revision ist aus unserer Sicht keine Glanzleistung des Parlaments.

Die Referendumsfrist endet am 15. Februar 2024.

---

## 2. Begrenzung der Lärmemission bei Luft/Wasser-Wärmepumpen

Die häufigste klimafreundliche Heizungsanlagen ist die Luft/Wasser-Wärmepumpen. Die Lärmemissionen können aber beträchtlich sein. Welche Massnahmen dürfen vom Bauherrn zur Lärmbegrenzung verlangt werden? Eine neue Bestimmung in der LSV soll für Klarheit sorgen



Gemäss den Angaben des Bundesamtes für Statistik nutzten 1990 1.9% der Haushalte in der Schweiz eine Wärmepumpe als Hauptenergiequelle zur Beheizung. Im Jahr 2022 waren es bereits 18.5% der Haushalte ([Energiebereich | Bundesamt für Statistik \(admin.ch\)](#)). Der Anteil der Wärmepumpen hat bei den Heizungen am stärksten zugenommen. Die häufigste Wärmepumpe ist die Luft/Wasser-Wärmepumpe. Sie ist kostengünstiger und bietet flexiblere Platzierungsmöglichkeiten. Aufgrund der möglichen Lärmemissionen hat sie aber das Potential, in der Nachbarschaft für Unruhe zu sorgen.

Eine Luft/Wasser-Wärmepumpe stellt gemäss Bundesrecht (Art. 7 Umweltschutzgesetz [USG] und Art. 2 Abs. 1 Lärmschutz-Verordnung [LSV]) eine ortsfeste Anlage dar, bei deren Betrieb Lärmemissionen verursacht werden. Diese Lärmemissionen dürfen die Planungswerte in der Umgebung nicht überschreiten. Die Einhaltung der Planungswerte allein genügt jedoch noch nicht. Auch bei eingehaltenen Planungswerten sind die Lärmemissionen so weit zu begrenzen, als dies technisch und betrieblich möglich und wirtschaftlich tragbar ist. Dies besagt das umweltrechtliche Vorsorgeprinzip (Art. 11 Abs. 2 USG, Art. 7 Abs. 1 lit. a LSV).

Bis anhin wurde dieses Prinzip betreffend Luft/Wasser-Wärmepumpen vom Cercle Bruit, Vereinigung kantonaler Lärmschutzfachleute, konkretisiert ([CB Vollzugshilfe 621 WP.pdf \(cerclebruit.ch\)](#)). Seit dem 1. November 2023 hat die Konkretisierung Eingang in die Lärmschutzverordnung (LSV) gefunden. Art. 7 der LSV wurde durch einen dritten Absatz ergänzt. Art. 7 Abs. 3 LSV lautet wie folgt:

*«Bei neuen Luft/Wasser-Wärmepumpen, die überwiegend der Raumheizung oder der Erwärmung von Trinkwasser dienen und deren Lärmimmissionen die Planungswerte nicht überschreiten, sind weitergehende Emissionsbegrenzungen nach Absatz 1 Buchstabe a nur zu treffen, wenn mit höchstens einem Prozent der Investitionskosten der Anlage eine Begrenzung der Emissionen von mindestens 3 dB erzielt werden kann.»*

Bezüglich Luft/Wasser-Wärmepumpen sind weitergehende Massnahmen also wirtschaftlich tragbar, wenn sie kumulativ: a) nicht höher sind als 1% der Investitionskosten und dabei b) eine Pegelreduktion von mindestens 3 dB erzielt werden kann. Mögliche Massnahmen können beispielsweise die Innenaufstellung der Wärmepumpe, die Wahl eines anderen Modells, die Optimierung des Aufstellungsorts oder die Aktivierung des Flüstermodus (schallreduzierter Nachtbetrieb) in der Nacht sein. Massnahmen, welche über Art. 7 Abs. 3 LSV hinaus gehen, gelten von vornherein als unverhältnismässig und können vom Bauherrn nicht verbindlich verlangt werden. Art. 7 Abs. 3 LSV beschränkt sich bewusst auf Luft/Wasser-Wärmepumpen. Die Regelung ist nicht ohne Weiteres übertragbar auf andere Anlagen. Betroffene Nachbarn sind also vor übermässigem Lärm der Luft/Wasser-Wärmepumpen zu schützen, aber nur im klar definierten Umfang von Art. 7 Abs. 3 LSV.

---

### 3. Koordinierte Gestaltungsplanung

**Der Gestaltungsplan ist in sachlicher und zeitlicher Hinsicht auf die Erfüllung anderer raumwirksamen Aufgaben abzustimmen. In einem neuen Leitentscheid bekräftigt das BVU die Bedeutung des Koordinationsgebots im Kontext der Gewässerraumfestlegung.**



In praktisch sämtlichen Kantonen sind die Einwohnergemeinden für die Ortsplanung zuständig. Sie haben die für die Ortsplanung nötigen Pläne zu erarbeiten und aufeinander abzustimmen (Art. 2 Abs. 1 des Raumplanungsgesetzes des Bundes, RPG). Im Kanton Aargau steht den Gemeinden für die Ortsplanung – neben dem allgemeinen Nutzungsplan – namentlich der Gestaltungsplan als Sondernutzungsplan zur Verfügung.

Bei der Nutzungsplanung ist die Vorgabe aus Art. 2 Abs. 1 RPG zu beachten, die eine Abstimmung und Koordination fordert. Das gilt insbesondere dann, wenn gemäss § 21 Abs. 2 BauG mit einem Gestaltungsplan vom allgemeinen Nutzungsplan abgewichen wird. Die Grundordnung (d.h. die allgemeine Nutzungsplanung) darf dabei nicht ihres Sinngehaltes entleert werden. Das bedeutet, dass mit einem Gestaltungsplan die grundlegenden Prinzipien und Ziele, die in der allgemeinen Nutzungsplanung festgelegt sind, nicht verloren gehen oder geschmälert werden dürfen. Mit anderen Worten, auch wenn Anpassungen vorgenommen werden, müssen die wesentlichen Absichten und Prinzipien der Grundordnung weiterhin gewahrt bleiben. Dies gilt insbesondere in Kantonen wie dem Kanton Aargau, in welchem der Gestaltungsplan in einem demokratisch weniger gut abgestützten Verfahren, nämlich durch den Gemeinderat und nicht durch die Gemeindeversammlung oder dem Einwohnerrat, beschlossen wird (zum Ganzen [BGE 149 II 79](#), 83, E. 3.3).

Der Koordinationsgrundsatz ist insbesondere dann zu beachten, wenn nicht nur ein Gestaltungsplan erlassen, sondern gleichzeitig der allgemeine Nutzungsplan

revidiert wird. Aufgrund des zeitlichen Koordinationsprinzips darf der Gestaltungsplan den grossräumiger angelegten und ganzheitlicheren allgemeinen Nutzungsplan nicht präjudizieren. Es ist darauf zu achten, dass der Gestaltungsplan nicht vor dem revidierten allgemeinen Nutzungsplan in Kraft tritt; sein Inkrafttreten müsste von der Rechtskraft des allgemeinen Nutzungsplans abhängig gemacht werden (illustrativ [Urteil des Bundesgerichts 1C 573/2015 vom 5. Juli 2016](#), E. 2.3 und 2.4).

Namentlich aufgrund einer in zeitlicher Hinsicht fehlenden Koordination hat das BVU jüngst einen Gestaltungsplan aufgehoben ([BVURA.22.156 / 22.164 / 22.172](#) vom 16. August 2023). Das BVU kam zum Schluss, dass der Gestaltungsplan inhaltlich nicht von einem Gewässerraum abhängig gemacht werden könne, wenn der Gewässerraum im Gestaltungsplan selbst nicht festgesetzt sei und der allgemeine Nutzungsplan, in welchem der Gewässerraum tatsächlich ausgeschlossen werden soll, aktuell revidiert werde ([BVURA.22.156](#), E. 9.2.2).

Eine andere Frage ist, ob im Rahmen einer Gestaltungsplanung der Gewässerraum festgelegt werden darf. Das BVU scheint dies zu bejahen ([BVURA.22.156](#), E. 9.2.2). Dies obwohl der Gestaltungsplanung die ganzheitliche Sichtweise abgeht, welche für die Gewässerraumfestsetzung unabdingbar ist. Gleichzeitig gibt es im Kanton Aargau die behördenverbindliche Gewässerraumkarte, in welcher der Regierungsrat aufgezeigt, wo die Gemeinden bei der Gewässerraumausscheidung in der Nutzungsplanung über welchen Spielraum verfügen. Vor diesem Hintergrund kann die Gewässerraumfestlegung durchaus Thema der Gestaltungsplanung sein.

---

#### 4. Dimensionierung von Erschliessungsstrassen

Das Verwaltungsgericht bestätigt in einem neuen Urteil, dass die VSS-Normen bei der Dimensionierung von Erschliessungsstrassen nicht schematisch und stur zu übernehmen sind, sondern dass die Anwendung im Einzelfall den allgemeinen Rechtsgrundsätzen, insbesondere der Verhältnismässigkeit, standhalten muss.



Im Entscheid [BVURA.21.574](#) vom 5. August 2022 (vom Verwaltungsgericht mit Urteil [WBE.2022.348](#) vom 15. August 2023 bestätigt) war strittig, ob die Dimensionierung einer Erschliessungsstrasse mit 3 m Breite genüge. Die Bauherrschaft bejahte dies, da es nur um die Erschliessung ihrer beiden Parzellen gehe. Mit einer Weglänge von gut 20 m handle sich um eine Grundstückszufahrt. Der zuständige Gemeinderat hingegen meinte, dass die Strasse das ganze Einzugsgebiet erschliessen müsse und entsprechend zu dimensionieren sei. Es handle sich aufgrund des im Grundbuch angemerkten öffentlichen Fusswegrechts um eine öffentliche Erschliessungsstrasse, und zwar um einen Zufahrtsweg gemäss den VSS-Normen.

Strassen, Wege und Plätze sind ihrer Zweckbestimmung entsprechend und möglichst flächensparend zu erstellen, zu ändern und zu erneuern (§ 92 Abs. 1 BauG). Für die Frage der Gestaltung und Dimensionierung einer Strasse sind grundsätzlich die Normen des Schweizerischen Verbandes der Strassen- und Verkehrsfachleute VSS, das heisst die VSS-Normen im Sinne von Richtlinien anwendbar (§ 41 BauV).

Die VSS-Norm 40 045 legt Typen von Erschliessungsstrassen fest und unterscheidet deren drei. Der Typ **Quartierserschliessungsstrasse** dient zur Erschliessung von Siedlungsgebieten bis zu 300 Wohneinheiten; der Typ **Zufahrtsstrasse** bis zu 150 Wohneinheiten und der Typ **Zufahrtsweg** bis zu 30 Wohneinheiten.

Davon zu unterscheiden sind die Grundstückszufahrten. Dies sind gemäss VSS-Norm 40 050 für die Benützung mit Strassenfahrzeugen bestimmte Verbindung zwischen einer öffentlichen, vortrittsberechtigten Strasse und einem anliegenden Grundstück mit kleinem Verkehrsaufkommen. Die Grundstückszufahrt muss so dimensioniert sein, dass der Verkehrsfluss auf der vortrittsberechtigten Strasse nicht behindert und die Sicherheit nicht beeinträchtigt wird.

Die VSS-Normen gelten nur für Strassen im Gemeingebrauch. Privatstrassen werden darin nur insofern geregelt, als es sich um eben solche Grundstückszufahrten handelt (vgl. VSS 40 050 "Grundstückszufahrten" vom 31. März 2019). Für übrige private Erschliessungsstrassen sind die VSS-Normen nur analog anwendbar.

Das Departement Bau, Verkehr und Umwelt BVU ging im oben erwähnten Entscheid mit Blick auf die geplante Strasse von einem Zufahrtsweg im Sinne der VSS-Norm 40 045 aus. Jedoch stellte es fest, dass ein im Grundbuch als «öffentlicher Fussweg» angemerkter Weg zwar eine öffentliche Strasse sei, dies aber nur in dem Sinn, als es um das öffentliche Begehen gehe. Das Befahren der Strasse stehe nicht im Gemeingebrauch und erfolge lediglich untergeordnet und im Rahmen privater Nutzung. Die VSS-Norm zur Bestimmung der Breite des Zufahrtsweges finde daher nur analoge Anwendung und es sei Sache der Bauherrschaft zu entscheiden, welchen Komfort ihre Strasse aufweisen solle. Eine Strassenbreite von 3,4 m, bei gegebener Seitenfreiheit, grundsätzlich eine solche von 3 m, genüge demnach.

Im gleichen Entscheid ([BVURA.21.574](#) vom 5. August 2022, E. 4.3) hielt das BVU fest, dass eine Bauherrschaft beim Bau einer Erschliessungsstrasse nicht verpflichtet werden könne, gegen ihren Willen auch weitere (fremde) Wohneinheiten zu erschliessen. Es genüge, wenn das Vorhaben für die Erschliessungszwecke der Bauherrschaft ausreiche und die allfällige Erschliessung von noch unerschlossenem Baugebiet Dritter nicht verhindert oder unnötig erschwert werde. Im Falle eines Konflikts liege es am Gemeinderat, die zweckmässige Erschliessung erforderlichenfalls mit einem Erschliessungsplan sicherzustellen. Sofern sich später herausstelle, dass die Erschliessung für ein künftiges Bauvorhaben oder für eine künftige Nutzungsänderung oder -intensivierung nicht ausreiche, müsse die Erschliessung entsprechend angepasst oder aber die Baubewilligung verweigert werden.

Das Verwaltungsgericht schützte diesen Entscheid des BVU.

## 5. Submission: Missbräuchliche Bevorzugung einer Anbieterin

Ein Stadtrat im Kanton Zürich vergab einen Auftrag an eine lokale Unternehmung, obwohl diese ein schlechteres Angebot als eine andere Unternehmung eingereicht hatte. Er begründete dies mit seiner Vertrautheit mit der lokalen Unternehmung. Das Verwaltungsgericht Zürich kritisierte diese Entscheidung als eklatante Missachtung fundamentaler vergaberechtlicher Grundsätze ([Entscheid VB.2022.00740 vom 16. März 2023](#)).



(Bild der Justitia mit KI generiert.)

Bei der Eingabe der Offerte hatte die ortsansässige C AG ein Formular für die Bewertung des Zuschlagskriteriums «Kapazität/Terminsicherheit» nicht vollständig ausgefüllt. Die Verwaltung, welche die Offerte geprüft hatte, beurteilte einen Ausschluss der C AG aus dem Verfahren jedoch als unverhältnismässig; dieser Mangel sei nicht gravierend und werde «geheilt». Bei der nachfolgenden Zuschlagsbewertung erteilte sie der C AG wegen diesem Mangel dann nur 1.70 von 10 möglichen Punkten. Damit rangierte die C AG insgesamt hinter der A AG. Trotzdem erteilte der Stadtrat als Vergabebehörde den Zuschlag an die C AG. Er argumentierte, er habe sich der Auswertung durch die Verwaltung und damit der schlechten Bewertung der C AG beim Kriterium «Kapazität/Terminsicherheit» nicht anschliessen können. Die Kapazitäten und die Termintreue der ortsansässigen Mitbeteiligten C AG seien ihm sehr gut bekannt und er habe das grösste Vertrauen, dass sie nur dann eine Offerte einreiche, wenn sie den Auftrag auch zeitgerecht und zuverlässig erledigen könne. Deshalb habe er deren Bewertung bei diesem Zuschlagskriterium auf 10 Punkte festgesetzt. Damit sei sie die Erstplatzierte, vor der A AG.

Auf Beschwerde der A AG hin hob das Verwaltungsgericht diesen Zuschlag auf. Es argumentierte, das Vergabeverfahren wolle einen echten, fairen und transparenten Wettbewerb gewährleisten, in welchem alle Anbietenden

ohne Willkür und nach Treu und Glauben gleichbehandelt würden (vgl. Art. 1 Abs. 3 IVöB). Es gehe nicht an, wenn der Vergabestelle «bekannte» Anbieterinnen explizit verlangte Angaben nicht einreichen müssten, weil man deren Erfüllung wohlwollend voraussetze. Auch wenn die Vergabestelle einen Ausschluss wegen fehlenden Nachweisen als überspitzt formalistisch wertete, wäre sie dennoch gehalten gewesen, die betreffenden Nachweise nachträglich einzufordern und damit die Einhaltung zwingender Vorgaben zu dokumentieren. Dass der Stadtrat den Zuschlag dem teureren und schlechter bewerteten Angebot einer ihm «bestens bekannten» Anbieterin erteilt habe, stelle eine eklatante Missachtung fundamentaler Grundsätze des Vergaberechts dar und könne nur als missbräuchliche Bevorzugung qualifiziert werden.

Dem Entscheid ist zuzustimmen. Hier sind zwei Fehler gemacht worden. Erstens müssten Angebote, welche zwingende Angaben nicht enthalten, vom Verfahren ausgeschlossen werden, unwesentliche Mängel vorbehalten. Auf eine Nachforderung zu verzichten und dafür das Angebot schlechter zu bewerten, geht nicht an. Zweitens und noch gravierender ist die eigenmächtige Abweichung von der Auswertung durch den Stadtrat, weil er die ortsansässige C AG kannte. Das ist ein klarer Fall von «Heimatschutz», der im Vergabeverfahren auf diese Weise untersagt ist.

Es bestehen zwar Möglichkeiten, ortsansässigen Anbieterinnen potentiell einen Vorsprung zu verschaffen. Das muss jedoch vorgängig durch die geschickte Festlegung von Eignungskriterien für die Anbieterinnen und Zuschlagskriterien für die Bewertung der Angebote erfolgen. Die bekanntgegebenen Kriterien sind danach einzuhalten und auf alle Anbieterinnen und Angebote rechtsgleich anzuwenden. Andernfalls setzt sich eine Vergabebehörde dem Risiko einer Beschwerde aus, die gute Aussichten auf Erfolg hat.

---