



Real Estate Legal Update

Neueste Entwicklungen aus den Bereichen Transaktionen,
Mietrecht, privates Baurecht, öffentliches Planungs- und Baurecht sowie Immobiliensteuern.

Asset Market Legal Update

Belastete Standorte – Risiken beim Erwerb von schadstoffbelasteten Grundstücken

Der Erwerb eines schadstoffbelasteten Grundstücks kann mit bedeutenden Umwelt- und Kostenrisiken verbunden sein. Dem Grundeigentümer obliegt in der Regel zum einen die Pflicht, alle notwendigen Untersuchungs-, Überwachungs- und Sanierungsmassnahmen auf dem Grundstück durchzuführen. Zum anderen kann er behördlich zur Kostentragung von solchen Massnahmen angehalten werden. Daneben kann es auch zu Einschränkungen bei der Grundstücksnutzung kommen. Um die mit einem Grundstückserwerb einhergehenden Risiken im Zeitpunkt des Grundstückserwerbs weitestgehend bestimmen zu können, ist es unabdingbar, vor dem Kauf eine umfassende Beurteilung der Rechtslage und eine sorgfältige (technische) Due-Diligence-Prüfung vornehmen zu lassen.

[Vollständiger Artikel ->](#)



Dies ist eine Zusammenfassung der Artikel. Die vollständigen Artikel finden Sie auf den Folgeseiten.

Space Market Legal Update

Bundesgerichtliche Prüfung der Basler Wohnschutzbestimmungen

Seit dem 28. Mai 2022 gelten im Kanton Basel-Stadt neue bzw. revidierte Wohnschutzbestimmungen. Die kantonalen Regelungen, welche für Sanierungen, Renovationen und Umbauten an Mietliegenschaften berücksichtigt werden müssen, wurden vor Bundesgericht angefochten. In seinem Urteil 1C_759/2021 vom 19. Dezember 2022 hat sich das Bundesgericht nun zur Frage geäussert, ob die betreffenden kantonalen Normen im Einklang mit dem Bundesrecht ausgelegt werden können oder aufgrund eines Widerspruchs zu bundesrechtlichen Normen aufzuheben sind.

[Vollständiger Artikel ->](#)

Construction Market Legal Update

Planung und Bau thermischer Netze

Thermische Netze erweisen sich zunehmend als ein zentrales Element der Energiewende 2050 in der Schweiz. Im Gegensatz zu anderen Energieformen wie Gas oder Strom ist der Aufbau und Betrieb von thermischen Netzen durch kein Bundesgesetz geregelt. Grundsätzlich gelten die generellen planungs- und baurechtlichen Bestimmungen, aber die entsprechenden kantonalen und kommunalen Normen weisen viele Besonderheiten auf, die im Einzelfall zu prüfen sind. Darüber hinaus sind die Planer mehr und mehr bereit, von der Anschlusspflicht Gebrauch zu machen, doch muss in dieser Hinsicht vorsichtig vorgegangen werden. Dieser Beitrag gibt einen Überblick über die in der Praxis bestehenden Lösungsansätze.

[Vollständiger Artikel ->](#)

Belastete Standorte – Risiken beim Erwerb von schadstoffbelasteten Grundstücken



Von **Regula Fellner**
lic. iur., Rechtsanwältin, Fachanwältin
SAV Bau- und Immobilienrecht
Managing Associate
Telefon +41 58 658 51 98
regula.fellner@walderwyss.com

Ausgangslage

In der Schweiz gibt es derzeit rund 38'000 belastete Standorte, wobei die Gesamtfläche aller belasteten Standorte ca. 225 km² beträgt (was in etwa der Fläche des Kantons Zug entspricht). **Belastete Standorte** sind Orte, deren Belastung von Abfällen stammt und die eine beschränkte Ausdehnung aufweisen. Die Kantone haben die belasteten Standorte im öffentlich zugänglichen **Kataster der belasteten Standorte (KbS)** zu erfassen.

Aufgrund der getroffenen Vorabklärungen unterteilt die zuständige kantonale Behörde die belasteten Standorte in solche, bei denen schädliche oder lästige Einwirkungen zum gegenwärtigen Zeitpunkt nicht zu erwarten sind, und solche, bei denen zu prüfen ist, ob sie überwachungs- oder sanierungsbedürftig sind. Von der **Sanierungsbedürftigkeit** eines belasteten Standorts ist dann auszugehen, wenn der belastete Standort zu schädlichen oder lästigen Einwirkungen führt oder die konkrete Gefahr besteht, dass solche Einwirkungen entstehen. Sanierungsbedürftige belastete Standorte stellen **Altlasten** dar. Die Kantone haben dafür zu sorgen, dass sanierungsbedürftige belastete Standorte saniert werden (Art. 32c Abs. 1 USG).

Die Realleistungs- und Kostentragungspflicht bei altlastenrechtlichen Massnahmen

Grundsätzlich obliegt es dem Inhaber des belasteten Standorts, die erforderlichen Massnahmen zur Untersuchung, Überwachung und Sanierung eines belasteten Standorts durchzuführen und die in diesem Zusammenhang anfallenden Kosten vorzufinanzieren (sog. **Realleistungspflicht**). In vielen Fällen gilt der Grundeigentümer als Standortinhaber, es kann

aber auch eine am Grundstück dinglich oder obligatorisch berechnigte Person (z.B. ein Mieter oder Baurechtsnehmer) als Standortinhaber herangezogen werden.

Wer die vom Standortinhaber vorfinanzierten Kosten endgültig zu übernehmen hat (sog. **Kostentragungspflicht**), entscheidet sich nach dem **Verursacherprinzip**. Demzufolge haben die Verursacher die Kosten für die notwendigen Massnahmen zur Untersuchung, Überwachung und Sanierung von belasteten Standorten zu tragen (Art. 32d Abs. 1 USG). Unter den Verursacherbegriff fällt zum einen der **Verhaltensverursacher**, d.h. derjenige, der den Schaden oder die Gefahr selbst oder durch das unter seiner Verantwortung erfolgende Verhalten Dritter unmittelbar (mit-)verursacht. Zum andern gilt als Verursacher der Standortinhaber bzw. **Zustandsverursacher**, also derjenige, der über die Sache, die den ordnungswidrigen Zustand verursacht, rechtliche oder tatsächliche Gewalt hat. Mithin hat nicht nur der Verhaltensverursacher Kosten zu tragen, sondern auch derjenige, der im Zeitpunkt der Durchführung von altlastenrechtlichen Massnahmen Eigentümer des betroffenen Grundstücks ist.

Der gegenwärtige Standortinhaber kann von der Kostentragungspflicht nur befreit werden, wenn er bei Anwendung der gebotenen Sorgfalt von der Belastung keine Kenntnis haben konnte (Art. 32d Abs. 2 Satz 3 USG). Auf diese **Exzeptionsklausel** kann sich der Inhaber des Standorts allerdings nur berufen, wenn im Zeitpunkt des Eigentumserwerbs keine Anhaltspunkte bestanden, die ihm bekannt waren oder hätten bekannt sein müssen und aufgrund derer nach der Verkehrsanschauung mit der Möglichkeit einer Belastung zu rechnen war. Derartige Anhaltspunkte

punkte können sich beispielsweise aus dem Nutzungsplan, dem Grundbuch oder aus dem KbS, aber auch aufgrund der tatsächlichen Nutzung des Grundstücks durch Rechtsvorgänger ergeben. Demzufolge können sich nach dem Willen des Gesetzgebers nur «ahnungslose» Zustandsverursachende von der Kostentragungspflicht befreien, weshalb die Exzeptionsklausel nur in Ausnahmefällen zur Anwendung gelangen dürfte.

Daneben kann der Kanton von den Verursachern verlangen, die Deckung ihres voraussichtlichen Anteils an den Kosten für die Untersuchung, Überwachung und Sanierung in geeigneter Form **sicherzustellen**, sofern vom betreffenden Standort schädliche oder lästige Einwirkungen zu erwarten sind (Art. 32d^{bis} Abs. 1 USG). Die Kantone haben zudem die Möglichkeit, für ihre Forderungen **gesetzliche Grundpfandrechte** im Grundbuch eintragen zu lassen (Art. 836 ZGB).

Übergang der Kostentragungspflicht auf Rechtsnachfolger

Überträgt der bisherige Grundeigentümer das vom belasteten Standort betroffene Grundstück durch Rechtsgeschäft auf einen Rechtsnachfolger, so endet damit seine bisherige Haftung als Zustandsverursacher und untersteht er damit nicht (mehr) der Kostenverteilung nach Art. 32d USG (sofern er nicht gleichzeitig als Verhaltensverursacher zur Verantwortung zu ziehen ist). Vielmehr wird der neue Grundeigentümer mit dem Übergang des Rechts am Grundstück originär zum (neuen) Zustandsverursacher.

Demgegenüber bleibt der Verhaltensverursacher grundsätzlich auch nach einer **Grundstücksveräusserung** für die Kosten notwendiger altlastenrechtlicher Massnahmen haftbar. Anders verhält es sich nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung im Falle der (partiellen) Universalsukzession. So kann unter anderem in Fällen der **Fusion** oder **Vermögensübertragung** die öffentlich-rechtliche Kostentragungspflicht des

Verhaltensverursachers auf den Rechtsnachfolger übergehen.

Das öffentlich-rechtliche Kostenverteilungsverfahren

Die von der realleistungspflichtigen Person vorfinanzierten Kosten werden behördlich mittels einer sog. **Kostenverteilungsverfügung** verteilt, wenn ein Verursacher dies verlangt oder die zuständige kantonale Behörde die altlastenrechtlichen Massnahmen selbst durchführt. Bei der Verteilung der Kosten steht den Behörden ein pflichtgemäss auszuübendes Ermessen zu. Neben dem Mass der Verantwortung, im Rahmen derer sowohl der Art als auch dem Gewicht der Verursachung Rechnung getragen wird, können bei der Bemessung der Kostenanteile auch Billigkeitsgesichtspunkte (wie die wirtschaftliche Interessenlage und Zumutbarkeit) berücksichtigt werden.

Nach der Praxis im Kanton Zürich wird die **Kostenquote** für den Verhaltensverursacher in der Regel auf insgesamt 70 bis 90 % festgelegt und dem Zustandsverursacher ein Kostenanteil von 10-30 % auferlegt. Ein solcher Kostenanteil des Zustandsverursachers ergibt sich allerdings nicht allein aus der Eigentümerstellung, sondern ist nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nur dann gerechtfertigt, wenn weitere Umstände hinzutreten, z.B. wenn die betroffene Person durch die Sanierung einen wirtschaftlichen Vorteil erlangt. Die verschiedenen Verursacher haften einzig im Umfang ihrer Verursachungsquote. Es besteht keine Solidarhaftung zwischen den einzelnen Verursachern. Folglich werden Kostenanteile von Verursachern, die nicht ermittelt werden können oder zahlungsunfähig sind, nicht auf die übrigen Verursacher verteilt, sondern als **Ausfallkosten** vom Gemeinwesen getragen. Dies gilt nach der (umstrittenen) Rechtsprechung des Bundesgerichts allerdings dann nicht, wenn sich der Zustandsverursacher unter Berufung auf die Exzeptionsklausel von der Kostentragungspflicht befreien kann. Diesfalls

wird der Kostenanteil des Zustandsverursachers auf die übrigen Verhaltensverursacher verteilt.

Weitere Auswirkungen auf das Eigentums- und Nutzungsrecht des Grundeigentümers

Nebst dem, dass den Grundeigentümer eines schadstoffbelasteten Grundstücks eine Realleistungs- und Kostentragungspflicht trifft, kann die Nutzung eines schadstoffbelasteten Grundstücks insofern eingeschränkt sein, als belastete Standorte nur unter bestimmten Voraussetzungen durch **Bauten oder Umbauten** verändert werden dürfen (vgl. Art. 3 Alt(V)). Bei der Realisierung von Bauprojekten auf belasteten Standorten sind zudem Mehraufwand und Verzögerungen einzurechnen. Hinzu kommt, dass auch **der Aushub und die Ablagerung von belastetem Material** im Rahmen von Bautätigkeiten erhebliche Mehrkosten nach sich ziehen können.

Sodann ist zu beachten, dass **die Veräusserung eines Grundstücks**, auf dem sich ein im KbS eingetragener Standort befindet, einer **Bewilligung** bedarf (Art. 32d^{bis} Abs. 3 USG). Diese Bewilligung wird erteilt, wenn vom belasteten Standort keine schädlichen oder lästigen Einwirkungen zu erwarten sind. Für solche Fälle haben einige Kantone eine **Allgemeinverfügung** erlassen, womit den Grundeigentümern von darunterfallenden Grundstücken die Bewilligung zur Veräusserung generell erteilt wird. Bei überwachungs- oder sanierungsbedürftigen Standorten erfolgt die Erteilung der Bewilligung, wenn die Kosten der zu erwartenden Massnahmen sichergestellt sind oder wenn ein überwiegendes öffentliches Interesse an der Veräusserung des Grundstücks besteht. Hierbei ist zu beachten, dass nicht nur der Verkauf, der Tausch und die Schenkung unter den Begriff der Veräusserung im Sinne dieser Bestimmung fallen, sondern auch weitere Rechtsgeschäfte wie Sacheinlagen, die Veräusserung von Miteigentumsanteilen sowie die Ausübung von Kaufs-, Vorkaufs- und Rückkaufsrechten vom

Anwendungsbereich der Bewilligungspflicht erfasst werden können.

Den möglichen Altlastenrisiken wird bei der Veräußerung eines Grundstücks in aller Regel durch **Gewährleistungsklauseln** im Grundstückskaufvertrag oder im Rahmen von anderen privatrechtlichen Rechtsverhältnissen Rechnung getragen. Dem Interesse des Verkäufers, das Grundstück nur mit einer vollständigen Wegbedingung oder mit einer möglichst weitreichenden Haftungsbeschränkung verkaufen zu wollen, steht das Interesse des Käufers gegenüber, den Kauf nur bei weitgehenden Zusicherungen oder bei vollständiger Haftungsübernahme des Verkäufers anzustreben. Dieses Spannungsverhältnis kann sich insbesondere bei fehlenden Informationen und mangelhaften Kenntnissen der Vertragsparteien über die tatsächlichen Belastungen auf dem Grundstück und den damit verbundenen Risiken akzentuieren.

Berücksichtigung von privatrechtlichen Vereinbarungen im Rahmen eines öffentlich-rechtlichen Kostenverteilungsverfahrens?

Eine vom Altlastenrecht abweichende Risikoverteilung zwischen den Vertragsparteien vermag nichts an den Kostenanteilen, wie sie im Rahmen des öffentlich-rechtlichen Kostenverteilungsverfahrens nach Art. 32d USG auferlegt werden, zu ändern. Vielmehr bestimmen sich die altlastenrechtlichen Verursacherquoten allein nach den Grundsätzen des Umweltschutzgesetzes und dem darin enthaltenen Verursacherprinzip. Zwar ist die **vorfrageweise Prüfung von zivilrechtlichen Fragen** durch Verwaltungsbehörden zulässig, doch haben sich diese hierbei eine gewisse Zurückhaltung aufzuerlegen und soll die Auslegung eines privatrechtlichen Vertrags nur erfolgen, wenn der Vertragsinhalt leicht feststellbar ist und sich ein unzweifelhaftes Resultat ergibt.

Dennoch ist nicht zu empfehlen, sich bei der Vertragsgestaltung (nur) auf die umweltrechtlichen Bestimmungen bzw. die

öffentlich-rechtliche Kostentragungspflicht zu verlassen oder auf diese zu verweisen. Denn die altlastenrechtlichen Vorschriften sind weder auf die Zuordnung von privaten Rechten und Pflichten ausgelegt noch auf die Veräußerung von Grundstücken ausgerichtet. Wichtig ist also, dass vertraglich Klarheit geschaffen wird, welche Kostenverteilung nach Durchführung des öffentlich-rechtlichen Kostenverteilungsverfahrens zwischen den Vertragsparteien gelten soll. Durch die dadurch vertraglich begründeten Ausgleichansprüche können die Kosten letztlich entsprechend der privatrechtlichen Risikoallokation verteilt und gegebenenfalls die öffentlich-rechtliche Kostenauflegung im Innenverhältnis zwischen den Parteien «angepasst» werden.

Fazit

Vor dem Erwerb eines von einem belasteten Standort betroffenen Grundstücks ist eine umfassende Beurteilung der Rechtslage und eine sorgfältige Due-Diligence-Prüfung der umweltrelevanten Aspekte unerlässlich, um die mit der Veräußerung des Grundstücks verbundenen Risiken weitestgehend beurteilen sowie die Kostenfolgen so weit wie möglich abschätzen und angemessen in den Kaufprozess einbringen zu können.

Ebenso ist eine vorausschauende, klare und sachgerechte Vertragsgestaltung von erheblicher Bedeutung. Den Besonderheiten, die sich aus den umweltrechtlichen Vorschriften ergeben, ist vertraglich gebührend Rechnung zu tragen, um nachträgliche Auseinandersetzungen zwischen den Vertragsparteien in Bezug auf die Tragung von Kosten, die sich aus und im Zusammenhang mit den Belastungen auf dem veräußerten Grundstück ergeben, möglichst vermeiden zu können. Eine Musterlösung gibt es, wie so oft, nicht. Vielmehr muss einzelfallweise geklärt werden, welche Regelungen im Konkreten Eingang in das Vertragsverhältnis finden sollen, um die bestehenden altlastenrechtlichen

Besonderheiten auf dem betreffenden Grundstück angemessen berücksichtigen zu können.

Bundesgerichtliche Prüfung der Basler Wohnschutzbestimmungen



Von **Christian Eichenberger**
Dr. iur., LL.M., MRICS, Rechtsanwalt,
Fachanwalt SAV Bau- und Immobilien-
recht, Partner
Telefon +41 58 658 56 59
christian.eichenberger@walderwysse.com



und **Nadja D. Leuthardt**
MLaw, Rechtsanwältin, CAS Real Estate
Investment Management (HSLU)
Associate
Telefon +41 58 658 14 62
nadja.leuthardt@walderwysse.com

Ausgangslage

Das Basler Stimmvolk hatte in den vergangenen Jahren gleich über zwei Volksinitiativen, welche die Verstärkung des Wohnschutzes im Kanton Basel-Stadt zum Ziel hatten, abzustimmen. Am 10. Juni 2018 angenommen wurde einerseits die Initiative «Wohnen ohne Angst vor Vertreibung. JA zu mehr Rücksicht auf ältere Mietparteien (Wohnschutzinitiative)». Mit einer weiteren Volksinitiative (der Initiative «JA zum ECHTEN Wohnschutz») wurde noch einmal eine zusätzliche Verstärkung der Basler Wohnschutzgesetzgebung gefordert und am 28. November 2021 durch die Basler Stimmbewölkerung auch angenommen. Die gestützt auf die Initiative «JA zum ECHTEN Wohnschutz» revidierten Bestimmungen des Basler Wohnraumförderungsgesetzes (*WRFG/BS*) sowie der dazugehörigen Verordnung über den Schutz von Wohnraum (*WRSchV/BS*) sind nun seit dem 28. Mai 2022 in Kraft (nachfolgend auch: *Basler Wohnschutzbestimmungen*).

Ziel der revidierten und neu per 28. Mai 2022 im Kanton Basel-Stadt eingeführten Wohnschutzbestimmungen ist es, den Erhalt und die Schaffung von vielfältigem, unterschiedlichen Ansprüchen genügendem, familiengerechtem, preisgünstigem und insbesondere auch von bezahlbarem Wohnraum sicherzustellen (§ 1 Abs. 1 *WRFG/BS*). Zur Realisierung dieses Ziels wurden nicht nur die Anforderungen verschärft, unter welchen inskünftig der *Abbruch* und der *Ersatzneubau* einer *Wohnliegenschaft* (§ 7 *WRFG/BS*, § 7 ff. *WRSchV/BS*) oder die *Umwandlung* einer *Wohnliegenschaft in Stockwerkeigentum* (§ 8 Abs. 5 *WRFG/BS*, § 19 *WRSchV/BS*) bewilligt werden kann. In Zeiten der Wohnungsnot sehen

die revidierten Basler Wohnschutzbestimmungen unter bestimmten Voraussetzungen für *Sanierungs-, Renovations- und Umbauarbeiten* an (Miet-)Wohnliegenschaften auch eine *Prüf- und Bewilligungspflicht* vor (§ 8a ff. *WRFG/BS*, § 20 ff. *WRSchV/BS*). Zusätzlich zur Prüf- und Bewilligungspflicht hinzu kommt eine behördliche *Festlegung und Kontrolle der Mietzinsen*, welche nach Vornahme einer Sanierung, einer Renovation oder eines Umbaus durch die Vermieterschaft verlangt werden dürfen (§ 8b Abs. 1, § 8d Abs. 1, § 8e Abs. 1 *WRFG/BS*). Diese Mietzinskontrolle ist beschränkt auf fünf Jahre, gerechnet ab der definitiven Nutzungsfreigabe (§ 8b Abs. 1 *WRFG/BS*). Nach dem Wortlaut der neuen Basler Wohnschutzbestimmungen – genauer nach § 8a Abs. 3 Bst. a) *WRFG/BS* – ist den bestehenden Mietern, für den Fall, dass die baulichen Massnahmen an der Mietliegenschaft nicht im bewohnten Zustand durchgeführt werden können, zudem ein *Rückkehrrecht* zu gewähren.

Verfahren vor Bundesgericht

Durch das Bundesgericht im Rahmen sog. abstrakter Normenkontrolle zu prüfen war, ob § 8a ff. *WRFG/BS* als mit dem den kantonalen Bestimmungen übergeordneten Bundesrecht vereinbar qualifiziert werden kann oder ob die angefochtenen Bestimmungen aufzuheben sind, weil sie im Widerspruch zu bestehenden gesetzlichen Regelungen auf der Stufe des Bundes stehen. Das Bundesgericht äusserte sich zur *Prüf- und Bewilligungspflicht* für Sanierungen, Renovationen und Umbauten an Mietliegenschaften, die damit einhergehende *Mietzinskontrolle* sowie das *Rückkehrrecht* im Einzelnen wie folgt:

Zur Prüf- und Bewilligungspflicht sowie zur Mietzinskontrolle

Das Bundesgericht hielt in seinem Entscheid in dieser Hinsicht fest, dass es den Kantonen unter Berücksichtigung der bundesrechtlichen Regelungen grundsätzlich gestattet ist, verhältnismässige Massnahmen zur Bekämpfung der Verknappung von Mietwohnraum zu treffen. In diesem Sinne ist eine kantonale Norm, welche den Umbau von Mietliegenschaften an bestimmte Bewilligungsvoraussetzungen knüpft, grundsätzlich zulässig. Ebenfalls möglich sei eine kantonale Regelung, wonach gleichzeitig mit der Erteilung einer solchen Bewilligung für eine bestimmte Zeit die Höhe der Mieten, die nach Vornahme der baulichen Massnahmen verlangt werden dürfen, durch eine kantonale Behörde festgelegt wird (BGer 1C_759/2021 vom 19. Dezember 2022, E. 4.2.2). Die Einführung einer Prüf- und Bewilligungspflicht für die Sanierung, die Renovation und den Umbau von Mietliegenschaften wie auch das Vorsehen einer Mietzinskontrolle durch den Kanton Basel-Stadt wurde durch das Bundesgericht daher im Allgemeinen nicht bemängelt. Die in dieser Hinsicht durch den Beschwerdeführer vorgebrachten Rügen wies es als rein appellatorische Kritik des Beschwerdeführers ab (BGer 1C_759/2021 vom 19. Dezember 2022, E. 4.3 und E. 5).

Zum Rückkehrrecht

Nach § 8a Abs. 3 Bst. a) WRFG/BS muss zur Erteilung einer Sanierungs-, einer Renovations- oder einer Umbaubewilligung den bestehenden Mietern auf den Zeitpunkt des Abschlusses der baulichen Arbeiten das Recht auf Rückkehr in die durch sie gemietete Wohnung vorbehalten bleiben. Durch das Bundesgericht geprüft wurde, ob der Kanton Basel-Stadt befugt war, ein solches Rückkehrrecht als Bewilligungsvoraussetzung vorzusehen. Nach Ansicht des Beschwerdeführers handelt es sich dabei um eine bundesrechtswidrig durch den Kanton Ba-

sel-Stadt erlassene Norm. Der Beschwerdeführer brachte zur Begründung seines Standpunkts vor, es handle sich bei § 8a Abs. 3 Bst. a) WRFG/BS um eine privatrechtliche Norm, weil diese nicht primär dem Ziel der Bekämpfung der Verknappung des Mietwohnungsangebots (einem öffentlich-rechtlichen Interesse) diene. Die Bestimmung tangiere vielmehr den privatrechtlich auf Bundesebene bereits abschliessend geregelten individuellen Mieterschutz. Im Wesentlichen gerügt wurde somit auch hier die Verletzung des Grundsatzes des Vorrangs von Bundesrecht vor kantonalem Recht (BGer 1C_759/2021 vom 19. Dezember 2022, E. 4.1 und E. 4.2.3).

Für die Beantwortung der Frage, ob das in den Basler Wohnschutzbestimmungen vorgesehene Rückkehrrecht als zulässig und somit gültig oder aber ungültig zu qualifizieren ist, war die Beurteilung der Rechtsnatur der angefochtenen kantonalen Bestimmung als privatrechtlich oder öffentlich-rechtlich von massgeblicher Bedeutung. Zur Feststellung, ob im Einzelfall eine privatrechtliche oder eine öffentlich-rechtliche Angelegenheit vorliegt, stehen in der Praxis verschiedene Methoden zur Auswahl. Die Qualifikation kann entweder nach der Interessens-, der Funktions- oder der Subordinationstheorie erfolgen. Welcher Methode im Anwendungsfall der Vorzug zu geben ist, ist einzelfallbezogen zu bestimmen. Vorliegend unterzog das Bundesgericht das Rückkehrrecht in § 8a Abs. 3 Bst. a) WRFG/BS einer Prüfung nach allen drei dieser Methoden und kam zu Schluss, dass die Regelung in § 8a Abs. 3 Bst. a) WRFG/BS als zivilrechtliche Regelung zu qualifizieren sei, mit welcher der privatrechtliche Kündigungsschutz im Mietrecht verstärkt werden sollte. Da ein solches, auf kantonaler Ebene geregeltes, Rückkehrrecht direkt in das – bereits durch Bundesrecht abschliessend geregelte – Verhältnis zwischen Mieter und Vermieter eingreift, erweist sich § 8a Abs. 3 Bst. a) WRFG/BS gemäss

Bundesgericht als durch den Kanton Basel-Stadt rechtswidrig erlassen. Das Bundesgericht hob das Rückkehrrecht aus diesem Grund auf (BGer 1C_759/2021 vom 19. Dezember 2022, E. 4.4.5 f.).

Fazit / Ausblick

Mit Urteil 1C_759/2021 vom 19. Dezember 2022 hat das Bundesgericht ein paar Diskussionspunkte rund um die Zulässigkeit der jüngst im Kanton Basel-Stadt eingeführten Wohnschutzbestimmungen geklärt. Einige Fragen in Bezug auf die neuen und revidierten Basler Wohnschutzbestimmungen bleiben jedoch nach wie vor offen. Wie den Erwägungen des Bundesgerichts zum besagten Entscheid zum Beispiel zu entnehmen ist, sind die kantonalen Wohnschutzbestimmungen nur insoweit zu rechtfertigen, als sie sich als verhältnismässig erweisen (BGer 1C_759/2021 vom 19. Dezember 2022, E. 4.2.2). Bis *dato* nicht explizit durch das Bundesgericht bestätigt wurde die Verhältnismässigkeit der in Bezug auf die Mietzinskontrolle bestehenden kantonalen Regelungen. Offen bleibt insbesondere, ob die in § 8d Abs. 1 WRFG/BS vorgesehenen maximalen Mietzinsaufschläge dem Verhältnismässigkeitsgebot entsprechen. Mangels einer entsprechenden Rüge des Beschwerdeführers ebenfalls nicht durch das Bundesgericht geprüft wurde, ob bzw. unter welchen Voraussetzungen die bestehende Basler Regelung zur Mietzinskontrolle eine Verletzung der Wirtschaftsfreiheit darstellen kann (Art. 27 BV, vgl. BGer 1C_759/2021 vom 19. Dezember 2022, E. 5). Solche Fragen werden in der Praxis anhand konkreter Anwendungsfälle zu prüfen und zu klären sein. Für Diskussionsstoff rund um gesetzliche Regelungen, welche in die Dispositionsfreiheit von Grundeigentümern und Vermietern eingreifen, wird somit nach wie vor gesorgt sein. Dies

nicht zuletzt deshalb, weil sich momentan auch das [Bundesparlament](#) in Bern mit Vorstössen zur Revision des Mietrechts (namentlich mit der [Parlamentarischen Initiative Egloff 15.455 vom 18. Juni 2015 «Missbräuchliche Untermiete vermeiden»](#) und der [Parlamentarischen Initiative Merlini 18.475 vom 12. Dezember 2018 «Beschleunigung des Verfahrens bei der Kündigung des Mietverhältnisses wegen Eigenbedarf des Vermieters oder seiner Familienangehörigen»](#)) auseinandersetzt.



Von **Matthieu Seydoux**
Dr. iur., Rechtsanwalt
Associate
Telefon +41 58 658 83 58
matthieu.seydoux@walderwyss.com

Planung und Bau thermischer Netze

Ausgangslage

Thermische Netze sind Einrichtungen mit drei separaten Teilen: (1) der Ort, an dem die thermische Energie erzeugt wird, (2) der Transport dieser Energie durch ein Rohrsystem (das so genannte Primärnetz) und zum Schluss (3) der tatsächliche Verbrauch dieser Energie durch den Verbraucher, dessen Gebäude über eine Umspannstation angeschlossen ist, die für die Übertragung der Energie vom Primärnetz in das interne Verteilungsnetz des Gebäudes (das so genannte Sekundärnetz) verantwortlich ist.

Diese Netze spielen eine Schlüsselrolle in der Schweizer Energiewende 2050, da sie eine der Technologien sind, die mehrere verschiedene lokale und erneuerbare Energiequellen erschliessen können. Vor diesem Hintergrund nehmen die Investitionen in thermische Netze in der ganzen Schweiz zu und Energieunternehmen bemühen sich unermüdlich um die ersten Rechte für den Ausbau ihres Netzes in einem bestimmten Gebiet. Dabei gilt das Prinzip «Wer zuerst kommt, mahlt zuerst».

Öffentliches Baurecht

Aus rechtlicher Sicht befinden sich diese zahlreichen Projekte in einer eher ungewöhnlichen Situation: Im Gegensatz zu anderen Energienetzen, wie z.B. den Gasnetzen, die dem Bundesgesetz über Rohrleitungsanlagen zur Beförderung flüssiger oder gasförmiger Brenn- oder Treibstoffe unterliegen, oder den Elektrizitätsnetzen, die insbesondere durch das Bundesgesetz über die Stromversorgung geregelt werden, gibt es kein Bundesgesetz, das den Bau oder den Betrieb dieser Infrastrukturen regelt.

Mangels einer Bundesregelung sehen sich die Planer mit einer Vielzahl von Gesetzgebungsebenen (kantonal, kommunal) konfrontiert, von denen jede für einen Ort und eine Region spezifisch ist. Insbesondere werden die drei verschiedenen Teile eines Netzes - Energiequelle, Rohrleitung, Eigentümeranschluss - jeweils ihre eigene Rechtsordnung haben und daher eine eigenständige Überprüfung erfordern.

Das Thema der Energieplanung ist gleich zu Beginn zu erwähnen: Sie soll die Energieversorgung koordinieren und an die Entwicklung einer Gemeinde anpassen. Obwohl sie *stricto sensu* nicht rechtsverbindlich sind, sollten die «Mustervorschriften der Kantone im Energiebereich» (**MuKEN 2014**)¹ berücksichtigt werden. Deren optionales Modul 10 «Energieplanung» enthält verschiedene Musterbestimmungen, insbesondere zur Aufgabenteilung zwischen Gemeinden und dem Kanton. Zu verweisen ist auch auf das Programm Energie Schweiz, das einen Leitfaden zur territorialen Energieplanung herausgegeben hat.²

Aus *raumplanerischer Sicht* stellt sich die Frage, wie ein thermisches Netzwerkprojekt koordiniert werden soll. Grundsätzlich müssen bestimmte Energieerzeugungsanlagen im kantonalen Richtplan verankert werden (Art. 8b Raumplanungsgesetz, Art. 10 Energiegesetz). Diese Bestimmungen sind jedoch allgemein und abstrakt formuliert und sehen nicht explizit vor, welche Anlagen darin zu verankern sind. Die Rechtsprechung in diesem Bereich ist sehr kasuistisch und damit

¹ www.endk.ch > Energiepolitik der Kantone > MuKEN.

² www.local-energy.swiss > Infobox > «Räumliche Energieplanung» sowie die «Empfehlungen Planung thermische Netze»

schwer vorhersehbar. Es ist festzustellen, dass gemäss der Rechtsprechung nicht alle Energieträger, die thermische Netze versorgen, zwingend im kantonalen Richtplan verankert werden müssen. Vielmehr hat die Abgrenzung von Fall zu Fall zu erfolgen, insbesondere unter Berücksichtigung der in der Verordnung über die Umweltverträglichkeitsprüfung gemachten Vorgaben. In einigen Fällen kann die Annahme eines besonderen Sondernutzungsplans durch die Eigenschaften des Projekts gerechtfertigt sein, zum Beispiel im Falle einer Pumpwasseranlage.

In der Regel sind alle Teile eines thermischen Netzes baubewilligungspflichtig (Art. 22 Raumplanungsgesetz). Eine zu berücksichtigende Besonderheit ist, dass erneuerbare Energieträger hauptsächlich ausserhalb der Bauzone angesiedelt sind, so dass es in der Regel möglich sein sollte, davon zu profitieren, dass die für den Betrieb eines thermischen Netzes erforderlichen Anlagen *durch ihren Zweck einen Standort ausserhalb der Bauzonen erfordern* (Art. 24 Bst. a Raumplanungsgesetz). Das Bundesparlament berät derzeit zwei Reformen in diesem Bereich: Zum einen soll die bestehende Regelung für Biomasse (Art. 16a Raumplanungsgesetz) liberalisiert werden, zum anderen soll der Bau und die Verlegung von Leitungen ausserhalb der Bauzone ausdrücklich zugelassen werden.

Bei den meisten erneuerbaren Energiequellen handelt es sich um öffentliches Eigentum, das unmittelbar und dauerhaft öffentlichen Zwecken oder dem Gemeingebrauch zugewiesen, oder sogar herrenlos ist (Art. 664 Abs. 1 ZGB). Ihre Nutzung wird daher hauptsächlich durch eine enge Zusammenarbeit mit den jeweils zuständigen Behörden möglich sein, im Allgemeinen durch eine Konzession, seltener durch eine Bewilligung.

In Bezug auf die Einhaltung von Umweltvorschriften ist zu beachten, dass thermische Netze grundsätzlich *nicht von der*

Rechtsvermutung des nationalen Interesses im Sinne von Art. 12 Energiegesetz profitieren können.

Thermische Rohre und Dienstbarkeiten

Obwohl die Leitungen hauptsächlich unter öffentlichem Eigentum und/oder Gemeindestrassen verlegt werden, ist es unvermeidlich, dass die Leitungen ebenfalls auf dem Grund und Boden von Privateigentümern verlegt werden müssen, was die Frage der Eigentumsrechte und der Eintragung von Dienstbarkeiten aufwirft.

Nach dem Akzessionsprinzip ist mit dem Eigentum am Grundstück auch das Eigentum an dem darunter liegenden Grund und Boden verbunden, soweit für die Ausübung des Eigentums ein Interesse besteht (Art. 667 ZGB). Liegt er nach aussen nicht sichtbar in der Tiefe des Grundstücks des Privateigentümers, so gehört der Abschnitt eines Leitungsnetzes, der das Grundstück eines anderen quert, diesem (Art. 667 Abs. 2 ZGB). Um sich gegen dieses Risiko zu schützen, muss der Betreiber des Netzes unzählige Leitungsdienstbarkeiten eintragen (Art. 676 ZGB). Durch die Eintragung einer Dienstbarkeit im Grundbuch wird der Inhaber der Dienstbarkeit als Eigentümer der Leitung vermutet und übernimmt insbesondere die Haftung des Werkeigentümers (Art. 58 OR).

Weigert sich der Eigentümer, eine Leitungsdienstbarkeit auf seinem Grundstück zu errichten, stehen dem Betreiber zwei Möglichkeiten zur Verfügung: entweder die Enteignung, zu der die kantonalen Rechtsvorschriften grundsätzlich nur den Netzbetreiber berechtigen, oder eine Zivilklage nach Artikel 691 ZGB.

Einige Kantone haben die Komplexität dieses Dienstbarkeitsregimes dadurch erleichtert, dass sie eine Duldungspflicht des Eigentümers/Nachbarn für die Verlegung von Leitungen auf dessen Grundstück, manchmal sogar ohne Entschädi-

gung, erlassen haben (vgl. in Zürich § 295 Abs. 2 Planungs- und Baugesetz vom 7. September 1972 [PBG/ZH, SR 700.1]).

Anschlusspflicht

In vielen Situationen wird versucht, gestützt auf kommunales Recht eine Anschlusspflicht an thermische Netze durchzusetzen. Während dieses Instrument für die Planer und Promotoren thermischer Netze von offensichtlichem praktischem Interesse ist, da sie auf diese Weise ein angemessenes Anschlussniveau und letztlich die Rentabilität des Projekts sicherstellen können, ist ihre Umsetzung eine Herausforderung. Die Anschlusspflicht schränkt zwei verfassungsmässige Rechte ein, nämlich die Wirtschaftsfreiheit der Konkurrenten (Art. 27 BV), die auf diesem Markt nicht mehr konkurrieren können, und die Eigentumsgarantie des Grundeigentümers (Art. 26 BV), der verpflichtet ist, auf seinem Grundstück zu bauen.

Während in der Vergangenheit einige Autoren und die Rechtsprechung die Verfassungsmässigkeit dieses Instruments in Frage gestellt haben, ist nun anerkannt, dass es möglich ist, einem Eigentümer eine Anschlusspflicht aufzuerlegen. Allerdings erfordert die Festlegung des Inhalts der Verpflichtung weitergehende Beachtung.

Aus pragmatischen und transparenten Gründen wird die Quelle der Anschlusspflicht im lokalen Nutzungsplan und dessen Vorschriften zu finden sein und nicht in einer gesonderten Verordnung. Hinsichtlich der Definition der Verpflichtung und damit ihres Geltungsbereichs sollten die folgenden Elemente berücksichtigt werden, um das Risiko von Streitigkeiten zu begrenzen:

- Es sollte im Voraus festgelegt werden, ob die Anschlusspflicht nur neue Gebäude - d. h. noch nicht be-

baute Grundstücke - oder auch bereits bestehende Gebäude betreffen soll. Im letzteren Fall dürfte die Verpflichtung nur im Falle eines grösseren Umbaus oder einer Renovierung des Gebäudes umgesetzt werden; andernfalls könnte der Grundeigentümer geltend machen, dass die Einschränkung seines Eigentumsrechts nicht zumutbar ist und einer entschädigungspflichtigen Enteignung gleichkommt.

- Das zu errichtende Netz sollte überwiegend aus erneuerbaren Energien gespeist werden ($\geq 50\%$).
- Den Grundeigentümern sollte das Recht gewährt werden, sich dieser Verpflichtung zu entziehen, indem sie entweder auf andere erneuerbare Energien umsteigen oder weil die Investitionen ihre finanziellen Möglichkeiten übersteigen würden.
- Eine behördliche Preisüberwachung sollte mit entsprechenden gesetzlichen Bestimmungen eingeführt werden. Da die Anschlusspflicht ein staatliches Monopol schafft, scheint die Preiskontrolle die einzige Massnahme zu sein, um Missbräuche zu begrenzen.
- Schliesslich müssen Sanktionen für Verstösse gegen diese Verpflichtung eingeführt werden, zum Beispiel in Form einer strafrechtlichen Sanktion (vgl. Art. 335 StGB).

Mehrere Gemeinden haben erfolgreich eine Anschlusspflicht durchgesetzt, darunter Winterthur, Fribourg, Monthey und Lignières. Es gibt auch mehrere Beispiele, in denen klare gesetzliche Bestimmungen erlassen wurden, z. B. in der Stadt Bern oder im Kanton Basel-Stadt.

Selbst wenn all dies berücksichtigt wird, sollte das erhebliche Risiko von Streitigkeiten nicht unterschätzt werden, das mit einem hohen Personalaufwand für den Projektentwickler, die Behörde und letztlich die Verwaltungsgerichte verbunden ist. Einige Gemeinden haben sich daher für einen konsensorientierten Ansatz entschieden, wie z.B. die Stadt Zürich, die gerade eine neue Verordnung in diesem Bereich (die so genannte Wärmeversorgungsverordnung [WVV]) verabschiedet hat. Gemäss dieser Verordnung vergibt die Stadt Konzessionen oder Versorgungsaufträge für die exklusive Versorgung bestimmter Quartiere (Art. 7 WVV). Das Unternehmen, das die Konzession oder den Versorgungsauftrag erhält, ist dann verpflichtet, allen Grundeigentümern ein konkretes Angebot für den Anschluss zu unterbreiten; insbesondere muss der Preis transparent und frei zugänglich sein (Art. 9 WVV). Diese Transparenz dürfte die Bereitschaft der Eigentümerschaft erhöhen, das Angebot anzunehmen, im Gegensatz zu einer Verpflichtung, die eine Abwehrhaltung hervorrufen könnte.

Walder Wyss AG
Rechtsanwälte

Telefon + 41 58 658 58 58
Fax + 41 58 658 59 59
reception@walderwyss.com

www.walderwyss.com
Zürich, Genf, Basel, Bern, Lausanne, Lugano