

# Baurecht

Zeitschrift für Baurecht und Vergabewesen

# Droit de la construction

Revue du droit de la construction et des marchés publics

3/2024

## ZPO-Revision: Privatgutachten als Beweismittel – Wirkung und Nebenwirkungen

Thomas Siegenthaler

## Nutzung von Erdwärme – 9 Hypothesen zu aktuellen Rechtsfragen

Andreas Abegg

## Les climatisations de confort : questions choisies de droit public et droit privé

Alexandra Rayroux

## Rechtsprechung zum Privatrecht – Jurisprudence en droit privé

**Stechmücken als übermäßige Immissionen – zur  
Behauptungs- und Substanziierungslast bei  
nachbarrechtlichen Klagen**

Jörg Schmid / Jonas Wolfisberg

**Das Nutznießungsprinzip im Stockwerkeigentum**

Nadja Schwery

**Art. 712g Abs. 3 ZGB: Zulässigkeit einer generellen  
Verschärfung des Zustimmungsquorums**

Nadja Schwery

**Vor Gericht und auf hoher See... Die Klippe  
der Notwendigkeit und Angemessenheit  
des Aufwandes**

Thomas Siegenthaler

**Élection de for et for de la consorité**

Michel Heinzmann / Sara Grunho Pereira

**Le dies a quo de la prescription en cas d'accident  
de chantier et la violation du devoir de prudence  
de l'entrepreneur lorsque l'autorité a un devoir de  
surveillance**

Joëlle Vuille

**Weitere Entscheide / Autres arrêts**

Heinzmann / Pichonnaz / Pradervand-Kernen /  
Schmid / Schwery / Siegenthaler / H. Stöckli / Werro





## Interkantonales Gericht für Bausachen (s. Art. 191b BV)

Dem Vernehmen nach ächzen Schweizer Zivilgerichte unter der Last, die ihnen mit aufwändigen Bauprozessen aufgebürdet wird. Solche Prozesse sind bekannt und berüchtigt für ihre Komplexität, die mit umfangreichsten Rechtsschriften und Beweismitteln einhergeht, die häufig viele Aktenordner füllen oder sich auf mehrere Gigabytes belaufen. Dazu kommt in vielen Fällen die Notwendigkeit, zur Aufklärung der Sachverhalte Gutachter zu bestellen, die mit einschlägigem Sachverstand den Gerichten zur Hand gehen sollen, denen erforderliche Fachkenntnisse im Technischen naturgemäss abgehen, jedenfalls aber nicht zuverlässig zu Gebote stehen. Für die Parteien ist die Angelegenheit nicht viel bequemer. Auch für sie sind Bauprozesse häufig eine enorme Belastung, zumal solche Prozesse über eine längere Zeit Kapazitäten binden, die sich auch anders (sogar wirtschaftlicher) einsetzen liessen, aber auch deshalb, weil immer die Parteien es sind, die den ganzen Verfahrensaufwand schultern müssen, was auch die mitunter erklecklichen Kosten der fachkundigen, anwaltlichen Vertretung einschliesst, um die herum schon angesichts der hochgehängten Anforderungen an die Substantiierung der Vorbringen kein Weg führt. Was tun? Dass es alternative Methoden der Konfliktlösung gibt, ist bekannt, wenn auch vielleicht noch zu wenig. Solche Methoden versprechen zwar keinen «quick fix», sind erfahrungsgemäss aber mit verhältnismässig (!) geringem Aufwand verbunden, weshalb es sich allemal empfiehlt, ihren Einsatz zu prüfen, bevor es dann – wenn die aussergerichtlichen Vermittlungsbemühungen scheitern sollten – mit dem Gerichtsprozess losgeht. Doch nicht darum soll sich dieser Text drehen. Vielmehr will er für die Idee weibel, dass Kantone, die einschlägig überlastete Gerichte haben und damit für langwierige, zuweilen schleppende Bauprozesse ver-

antwortlich sind, sich finden, um mit vereinten Kräften ein *Fachgericht* aufzustellen, das dank besonderer Rundum-Expertise mit Bauprozessen besser zu Rande kommt als ein Gericht, das nicht nur Bau-, sondern viele andere Prozesse auch zu bewältigen hat. Diese Möglichkeit ist in der Bundesverfassung angelegt: *Die Kantone «können gemeinsame richterliche Behörden einsetzen»* (Art. 191b Abs. 2 der Bundesverfassung)! Zwar bedarf die «Einrichtung einer gemeinsamen richterlichen Behörde [...] einer formellgesetzlichen Grundlage» (BSK BV-Waldmann, Art. 191b N 10), was sich aber sicherlich bewerkstelligen lässt, wo ein entsprechender politischer Wille besteht, und kein unüberwindliches Hindernis ist. Schwieriger ist die Frage, wie hoch die Zahl der zu erwartenden Bauprozesse sein muss, um die Schaffung einer solchen Einrichtung naheulegen. Und nicht einfach ist auch die praktische Umsetzung eines solchen Unterfangens, bei der unter anderem zu entscheiden ist, ob ein neues Gericht geschaffen oder ob ein bestehendes kantonales Gericht als «Interkantonales Gericht in Bausachen» bezeichnet wird. Zu klären wäre dabei auch, wie ein solches Fachgericht personell zu besetzen wäre und ob es bei gegebenen Voraussetzungen als «einzige [inter-]kantonale Instanz» (siehe dazu Art. 6 ZPO) agieren oder es sich auch als Erstinstanz anrufen liesse, dessen Urteil alsdann (im Sinne des Grundsatzes des doppelten Instanzenzuges: Art. 75 Abs. 2 BGG) von einer oberen kantonalen Berufungs- und Beschwerdeinstanz überprüft werden kann. Ich behaupte ja keineswegs, die offenen Fragen allesamt zu überblicken, geschweige denn, sie gelöst zu haben. Wenn es aber so ist, dass die Gerichte mit Bausachen ihre liebe Mühe haben, dann wird dadurch das Vertrauen der (Bau-)Rechtsuchenden in die Wirksamkeit der *staatlichen Gerichtsbarkeit* in markanter Weise untergraben. Dass dann faktisch nur noch die aussergerichtliche Streit-erledigung zur Verfügung steht, ist der eigentliche Mischstand, der sich aus der Überlastung der Gerichte ergibt.

Hubert Stöckli

# BR/DC

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

Juni 2024 / juin 2024

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

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

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

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

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

ISSN 1017-0588

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

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

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

# Auf einen Blick / En bref

## 93 Privatrecht / Droit privé

### ZPO-Revision: Privatgutachten als Beweismittel – Wirkung und Nebenwirkungen

Thomas Siegenthaler

Am 1. Januar 2025 tritt die revidierte Zivilprozessordnung in Kraft. Für bauvertragsrechtliche Zivilprozesse könnte insbesondere die neu eingeführte Geltung von Privatgutachten als «Urkunden» und die damit verbundene Anerkennung als Beweismittel eine wichtige Rolle spielen.

*La révision du Code de procédure civile entrera en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2025. La qualification des expertises privées en tant que «titres» et leur reconnaissance consécutive comme moyen de preuve jouera un rôle important dans les procès civils en droit de la construction.*

## 97 Privatrecht / Droit privé , Öffentliches Recht/Droit public

### Nutzung von Erdwärme – 9 Hypothesen zu aktuellen Rechtsfragen

Andreas Abegg

Erdwärmesonden zur Nutzung der untiefen Erdwärme nehmen für den Umbau des Energiesystems und dessen Dekarbonisierung eine wenig beachtete Schlüsselrolle ein. Vor diesem Hintergrund untersucht ANDREAS ABEGG aktuelle regulatorische Herausforderungen zur Abgrenzung des Eigentums im Untergrund gegenüber Nachbarn und gegenüber dem öffentlichen Grund, zum Gewässerschutz, zur Regulierungskompetenz der Behörden, zur Geltung von privaten Regelwerken und zur Energieplanung.

*Les sondes géothermiques pour l'exploitation de la chaleur souterraine jouent un rôle clé souvent négligé dans la transformation du système énergétique et sa décarbonisation. Dans ce contexte, ANDREAS ABEGG examine les défis réglementaires actuels liés aux problèmes suivants: la délimitation de la propriété du sous-sol par rapport aux voisins et au domaine public, la protection des eaux, les compétences de régulation des autorités, l'applicabilité des normes privées et la planification énergétique.*

## 106 Droit public/Öffentliches Recht, Privatrecht / Droit privé

### Les climatisations de confort : questions choisies de droit public et droit privé

Alexandra Rayroux

Pour installer une climatisation de confort, l'administré doit généralement requérir une autorisation énergétique, parfois cumulée à une autorisation de construire, le tout selon des normes techniques complexes et des régimes qui varient d'un canton à l'autre. Des difficultés s'ajoutent lorsque la climatisation de confort est installée dans une propriété par étages: qui peut décider d'ériger une telle installation? dans quelle partie? aux frais de qui? Un tour d'horizon.

*Die Installation einer Klimaanlage ist in der Regel bewilligungspflichtig. Je nach Fall wird über entsprechende Gesuche gesondert oder aber im Rahmen eines Baubewilligungsverfahrens entschieden. Einschlägig sind dabei komplexe technische Normen und überdies Vorschriften, die sich von Kanton von Kanton unterscheiden. Noch schwieriger wird es, wenn die Anlage in einer Baute eingebracht werden soll, die im Stockwerkeigentum steht: Wer ist befugt, über den Einbau zu entscheiden? Wo wird die Anlage installiert? Zu welchen Kosten? Und wer trägt diese Kosten? Dieser Beitrag bemüht sich darum, den Durchblick zu verschaffen.*

## 115 **Privatrecht / Droit privé**

### **Kommentierte Entscheide / Arrêts commentés**

- Jörg Schmid / Jonas Wolfisberg
- 115 Stechmücken als übermässige Immissionen – zur Behauptungs- und Substanziierungslast bei nachbarrechtlichen Klagen
- Nadja Schwery
- 117 Das Nutzniessungsprinzip im Stockwerkeigentum
- Nadja Schwery
- 121 Art. 712g Abs. 3 ZGB: Zulässigkeit einer generellen Verschärfung des Zustimmungsquorums
- Thomas Siegenthaler
- 124 Vor Gericht und auf hoher See... Die Klippe der Notwendigkeit und Angemessenheit des Aufwandes
- Michel Heinzmann / Sara Grunho Pereira
- 126 Élection de for et for de la consorité
- Joëlle Vuille
- 128 *Le dies a quo* de la prescription en cas d'accident de chantier et la violation du devoir de prudence de l'entrepreneur lorsque l'autorité a un devoir de surveillance

## 131 **Privatrecht / Droit privé**

### **Weitere Entscheide / Autres arrêts**

- 131 Grundstückkaufvertrag / Contrat de vente immobilière
- 133 Werkvertrag / Contrat d'entreprise
- 140 Architekten- und Ingenieurvertrag / Contrat d'architecte et d'ingénieur
- 141 Weitere Verträge und Haftpflichtrecht / Autres contrats et responsabilité civile
- 142 Miteigentum und Stockwerkeigentum / Copropriété ordinaire et propriété par étages
- 145 Dienstbarkeitsrecht / Servitudes
- 147 Bauhandwerkerpfandrecht / Hypothèque légale des artisans et entrepreneurs
- 150 Zivilprozessrecht und SchKG / Procédure civile et poursuites