

Per Mail an: [zz@bj.admin.ch](mailto:zz@bj.admin.ch)

Bundesamt für Justiz  
Fachbereich Zivilrecht und Zivilprozessrecht  
Bundesrain 20  
3003 Bern

Bern, 11. November 2020

## Stellungnahme zur Revision des Obligationenrechts (Baumängel)

Sehr geehrter Herr Oppliger  
Sehr geehrte Damen und Herren

Für die Möglichkeit einer Stellungnahme zur Revision des Obligationenrechts (Baumängel) bedanken wir uns.

Gemeinsam mit weiteren Vertretern der Bauwirtschaft haben wir uns im März 2018 gegen das ursprüngliche Vorhaben einer umfassenden Revision des Bauvertragsrechtes ausgesprochen.

**Den Entscheid von einer umfassenden Revision abzusehen und stattdessen die Fokus-Themen Baumängel und Ersatzsicherheit herauszugreifen, würdigen wir positiv. Wir unterstützen die Stossrichtung der Revision, die Qualität der Bauwerke langfristig und nachhaltig zu erhöhen.**

Unternehmen sollen die Chance erhalten und ergreifen, ihre jeweilige Verantwortung wahrnehmen und Mängel nachbessern zu können. Insbesondere Total- oder Generalunternehmen (TU/GU) zeigen sich gegenüber dem Bauherrn für die Koordination und Ausführung der (Planungs- und) Ausführungsarbeiten in möglichst hoher Qualität verantwortlich. Der Bauherr sucht in dieser Auftragsform einen verantwortlichen Ansprechpartner und will bewusst nicht direkt mit den vielen verschiedenen Unternehmen in Kontakt treten. Mitunter hat ein Bauherr diesen Anspruch auch in der konkreten Thematik Baumängel.

Das Ziel, die Qualität von Bauwerken nachhaltig zu verbessern, wird auch durch die voranschreitende Digitalisierung der Bauprozesse gefördert. Die Mängelbehebung wird künftig weniger stark ins Gewicht fallen (wie bereits in unserer Stellungnahme vom 16.3.2018 erläutert). Die fortschreitende Digitalisierung und die damit verbundene verstärkte Zusammenarbeit aller involvierten Akteure zu einem frühen Zeitpunkt, führt zu mehr Transparenz und höherer Qualität in den Bauprozessen. Dadurch werden künftig viele Fehler- und Mängelpotentiale vorzeitig eliminiert bzw. stark reduziert werden können.

## A. Revision des Bauvertragsrechts

### 1) Verlängerung der Rügefristen

Die sofortige Rügefrist, die gemäss konstanter bundesgerichtlicher Praxis 7 Tage seit Kenntnis des Mangels beträgt, hat ihren Ursprung darin, dass bei der Meldung eines Mangels nicht länger zugewartet werden soll, damit sich der Zustand der Sache nicht um den Faktor Zeit verschlechtert. Jedoch ist diese Regel in der Praxis für den Bauherrn, speziell für den nicht professionellen Bauherrn, nur sehr schwer einhaltbar und führt oftmals auch zu Beweisschwierigkeiten. Die Regelung in Art. 173 Abs. 1 SIA-Norm 118, wonach der Bauherr während einer zweijährigen Frist «Mängel aller Art jederzeit rügen kann», widerspricht demgegenüber dem vorhergehend beschriebenen Grundsatz einer möglichst raschen Mängelrüge, weshalb die entsprechende Frist damals bei Erlass der SIA-Norm 118 auch zu vielen Diskussionen Anlass gab.

#### Befürwortung

Die vorgeschlagene Lösung mit einer generellen Rügefrist von 60 Tagen erachten wir daher als eine sinnvolle und beidseitig faire Lösung. Der Bauherr kann in «nützlicher Frist» eine Liste mit den Mängeln erstellen und der Unternehmer kann diese in «nützlicher Frist» beheben.

*Die dispositive Natur begünstigt unsere Befürwortung dieser Anpassung zusätzlich, da sie den Parteien nach wie vor die Freiheit lässt, sich bei Bedarf anderweitig zu einigen.*

### 2) Nachbesserungsrecht beim Kauf und der Neuerstellung von Wohneigentum

Gemäss heutigem Gesetz ist die Nachbesserung beim Kauf nicht möglich. Der Verkäufer soll aber unbedingt auch bei Abschluss eines Kaufvertrages, die Möglichkeit zur Nachbesserung erhalten.

Wir empfehlen, sogar noch einen Schritt weiter zu gehen und dem Käufer im Rahmen der ersten Mängelbehebung *ausschliesslich* das Recht auf Nachbesserung einzuräumen, wie es heute auch in der SIA-Norm 118 verankert ist. Dies würde es dem Unternehmer ermöglichen, das Werk effektiv nachzubessern und den Mangel ein für alle Mal zu beheben. Sollte die Mängelbeseitigung nicht erfolgreich sein, stünde dem Käufer anschliessend wiederum die Wahl auf alle Mängelrechte (erneute Nachbesserung, Minderung oder Wandlung) zu (analog SIA-Norm 118). Eine entsprechende Regelung unterstützt das Eingangs formulierte Ziel der Revision, namentlich die Qualität der Bauwerke nachhaltig und langfristig zu verbessern.

#### Grundsätzliche Befürwortung

Ein Recht auf Nachbesserung auch beim Kaufvertrag ist sinnvoll.

*Wie oben bei A.2 beschrieben, schlagen wir ferner eine zusätzliche Regelung vor, wonach dem Käufer im Rahmen der Mängelbehebung primär einzig das Recht auf Nachbesserung zusteht. Dieselbe Möglichkeit sollte dem Unternehmer ferner im Rahmen des Werkvertragsrechts eingeräumt werden.*

#### Anpassungsempfehlung: Definition der Frist

Wir verstehen, dass aus Praktikabilitätsgründen ein maximales Alter der betroffenen Neubauten definiert werden sollte. Grundsätzlich kann man über Fristen immer diskutieren und es gilt, sich hier auf ein plausibles, aber auch leicht beweisbares Alter zu einigen. Der Beginn der «Frist» ist aus unserer Sicht mit der in der Vorlage vorgeschlagenen Formulierung «*weniger als ein Jahr vor dem Verkauf*» nicht hinreichend klar definiert und wird in der Anwendung zu vielerlei Interpretationen bzw. Unklarheiten und somit zu Unsicherheiten führen. Wir schlagen daher eine Anpassung der Formulierung vor:

*Art. 219a Abs.<sup>2</sup> Der Käufer eines Grundstücks mit einem Bauwerk, das noch zu errichten ist oder dessen Abnahme weniger als ein Jahr vor öffentlicher Beurkundung des Kaufvertrages zurückliegt, [...].*

### **Anpassungsempfehlung: keine Eingrenzung**

Wir erachten die Formulierung «..., die für den persönlichen oder familiären Gebrauch des Bestellers bestimmt ist» nicht als sinnvoll. Wo ist die Grenze des familiären Gebrauchs? Nur engste Familie (Kinder, Ehepartner, Eltern)? Oder inkludiert der Begriff auch die weitere Verwandtschaft? Wenn ja, bis zu welchem Verwandtschaftsrad? Wie genau definiert sich «persönlicher Gebrauch»?

Wir raten einerseits aus diesem Grund der zu offenen Formulierung, aber auch generell von einer Eingrenzung einer Bauherren-Kategorie ab. Eine entsprechende Regelung soll zwingend für *alle* Bauherren gelten und nicht nur für bestimmte Kategorien. Wir empfehlen daher die vollständige Streichung der entsprechenden Passage und eine Formulierung wie folgt:

*Art. 368 Abs. 2<sup>bis</sup> Eine zum Voraus getroffene Verabredung, wonach der Anspruch auf unentgeltliche Verbesserung eingeschränkt oder ausgeschlossen wird, ist ungültig. (Rest streichen)*

### **3) Konkretisierung Anforderungen an eine Ersatzsicherheit (Bauhandwerkerpfandrecht)**

Das Bauhandwerkerpfandrecht ist eine wichtige Absicherung zugunsten des Unternehmers im Hinblick auf die Bezahlung des Werklohns durch den Bauherrn: Der Bauherr profitiert von der durch den Unternehmer zugunsten des Grundstücks erbrachten Leistung ohne selbst bereits die entsprechende Gegenleistung erbracht zu haben, infolge der mit der Leistung des Unternehmers einhergehenden Wertsteigerung des Grundstücks.

Gemäss dem aktuell geltenden Gesetz ist die Möglichkeit zur Leistung einer Ersatzsicherheit explizit vorgesehen. Infolge der aktuellen bundesgerichtlichen Rechtsprechung bezüglich der für die auflaufenden Zinsen zu leistende Sicherheit ist die Ablösung der Pfandsicherheit durch eine alternative Sicherheit indes, wie es im Bericht korrekt erläutert ist, leider kaum mehr möglich. Auf Grund der Praktikabilität und um von der gesetzlich explizit vorgesehenen Möglichkeit, zur Leistung einer Ersatzsicherheit, Gebrauch machen zu können, ist es daher wichtig und richtig, den Gesetzestext anzupassen. Nur so kann der Bauherr zukünftig von der Möglichkeit zur Leistung einer Ersatzsicherheit wieder wirksam Gebrauch machen.

### **Befürwortung**

Die entsprechende Anpassung des Gesetzestextes wird daher befürwortet. Die Festlegung der Dauer von 10 Jahren für die Verzugszinsen erachten wir als sinnvoll.

## B. Weiterer Revisionsbedarf beim Bauhandwerkerpfandrecht?

Gerne nehmen wir auch zu den erweiterten Fragen im Rahmen des Postulates 19.4638 Caroni «Ausgewogeneres Bauhandwerkerpfandrecht» Stellung.

Die Thematik wird immer wieder aufgegriffen mit dem Versuch, anderweitige Ansätze zu finden. Das Ergebnis bleibt jedoch fortwährend dasselbe: an diesem Recht (beinahe schon Grundrecht) der Subunternehmen wird festgehalten.

- Ein Bauherr hat die Möglichkeit, sich vertraglich abzusichern. Vor dem Doppelzahlungsrisiko vermag ihn dies jedoch kaum zu schützen.
- Zudem kann in der Anwendung dann eine praktische Relevanz festgestellt werden, wenn nebst dem Bauherrn und den Subunternehmen bzw. GU/TU auch Dritte vom Bauhandwerkerpfandrecht betroffen sind (wie z.B. neue Eigentümer von Immobilien, die zuvor nicht in den Erstellungsprozess involviert waren).
- Beim Bauhandwerkerpfandrecht geht es um den Mehrwert, welcher durch die Arbeit der Unternehmen auf einem Grundstück erschaffen wird und die Absicherung des Entgeltes dafür (vgl. auch Erläuterungen unter Punkt A.3).

Dieser letztgenannte Schutz der Unternehmen behält Überhand und die Beteiligten akzeptieren dieses Recht. Im Umgang mit dem Bauhandwerkerpfandrecht hat sich mit der Zeit eine funktionierende Praxis entwickelt.

Folglich stellt Entwicklung Schweiz entgegen der politischen Wahrnehmung generell keinen Bedarf an einer gesetzlichen Anpassung fest.

*1) Subunternehmer haben einen eigenen Anspruch auf Pfanderrichtung, unabhängig von demjenigen eines Hauptunternehmers. Dieser Anspruch der Subunternehmer besteht selbst dann, wenn der Bauherr den Hauptunternehmer bereits bezahlt hat. Für den Bauherrn ergibt sich dadurch unter Umständen ein Doppelzahlungsrisiko. Wie könnte das Bauhandwerkerpfandrecht angepasst werden, um das Verhältnis zwischen Bauherrn und Subunternehmer ausgewogener zu regeln?*

*2) Sollte das Pfandrecht nur für Leistungen greifen, die vom Subunternehmer erbracht wurden, nachdem der Bauherr vom Subunternehmer Kenntnis hatte oder haben konnte?*

*3) Sehen Sie in diesem Bereich gesetzgeberischen Handlungsbedarf?*

Aus Sicht Entwicklung Schweiz besteht kein Handlungsbedarf.

Wir bedanken uns für die Berücksichtigung unserer Überlegungen. Für Rückfragen steht die Geschäftsführerin Frau Franziska Bürki gerne zur Verfügung ([mail@entwicklung-schweiz.ch](mailto:mail@entwicklung-schweiz.ch)).

Freundliche Grüsse

**Entwicklung Schweiz – Développement Suisse**



SR Martin Schmid  
Präsident



Franziska Bürki  
Geschäftsführerin

**Entwicklung Schweiz** vertritt Unternehmen, welche Gesamtleistungen in der Entwicklung, Planung und Realisierung von Bau- und Immobilienprojekten anbieten. Die Mitglieder von Entwicklung Schweiz übernehmen Verantwortung für eine gesellschaftlich verträgliche Entwicklung der Schweiz und setzen sich mit weitsichtiger, gesamtheitlicher und nachhaltiger Planung für ökonomisch und ökologisch sinnvolle und innovative Lösungen ein.