

Zürich, 30. November 2020

## Vernehmlassung «Revision des Obligationenrechts (Baumängel)»

Der Bundesrat hat am 19. August 2020 das EJPD beauftragt, zur Revision des Bauvertragsrechts ein Vernehmlassungsverfahren durchzuführen. Der Schweizerische Verband der Immobilienwirtschaft (nachfolgend «SVIT Schweiz») nimmt zur Vorlage wie folgt Stellung.

### Übersicht

| Änderung                             | Anmerkung   | Antrag  |
|--------------------------------------|---|---|
| Art. 219 OR Randtitel und Abs. 3     | Keine Anmerkungen   | –   |
| Art. 219a Abs. 1 VE-OR               | Dispositives Recht schafft keine grundlegende Verbesserung der Rechtsstellung der Käufer.   | 60 Tage Mängelrügefrist als relativ zwingendes Recht  |
| Art. 219a Abs. 2 VE-OR               | Begrifflichkeit in Anlehnung an SIA-Normen  | «Verbesserung» durch «Nachbesserung» ersetzen.  |
| Art. 219a Abs. 3 VE-OR               | Keine Anmerkungen   | –   |
| Art. 367 Abs. 1 VE-OR, zweiter Satz  | Dispositives Recht schafft keine grundlegende Verbesserung der Rechtsstellung der Käufer.   | 60 Tage Mängelrügefrist als relativ zwingendes Recht  |
| Art. 368 Abs. 2 <sup>bis</sup> VE-OR | Die Freizeichnung des Unternehmers in Kombination mit der Abtretung der Mängelrechte ist häufigste Ursache von Problemen mit Werkverträgen.<br><br>Begrifflichkeit in Anlehnung an SIA-Normen | Es sollen nicht nur die Einschränkung und der Ausschluss der Gewährleistungsansprüche, sondern auch die Abtretung der Mängelrechte im Gesetz explizit untersagt werden.<br><br>«Verbesserung» durch «Nachbesserung» ersetzen. |
| Art. 370 Abs. 3 VE-OR, zweiter Satz  | Dispositives Recht schafft keine grundlegende Verbesserung der Rechtsstellung der Käufer.   | 60 Tage Mängelrügefrist als relativ zwingendes Recht  |
| Art. 839 Abs. 3 VE-ZGB               | Korrektur einer nicht nachvollziehbaren Gerichtspraxis  | Dauer von 10 Jahren explizit als Obergrenze festlegen   |

## Zum Inhalt der Vorlage

Der SVIT Schweiz begrüsst ausdrücklich, dass der Bundesrat sowohl auf eine Totalrevision des Werkvertragsrechts als auch auf die Schaffung eines neuen Vertragstypus Bauwerkvertrag verzichtet (Kapitel 2.2.1) und auch von einer Verlängerung der Verjährungsfrist auf 10 Jahre absieht (Kapitel 2.2.5).

In der Praxis zeigen sich die Komplexität von Kauf- und Werkverträgen im Bau- und Immobiliensektor und die zahlreichen Fallgruben, derer sich private Einmalkäufer vielfach nicht bewusst sind und die erhebliche finanzielle Schäden für Käufer bzw. Bauherrn nach sich ziehen können. Zu Recht ist die geltende Rechtslage in den vergangenen Jahren in zahlreichen parlamentarischen Vorstössen moniert worden. Eine der Ursachen für die unbefriedigende Situation liegt darin, dass regelmässig private Einmalkäufer ohne Erfahrung in Bau- und Immobilienfragen einem Unternehmer gegenüberstehen, der das dispositive Recht zu seinen Gunsten gestaltet. Ein anderer Grund liegt im Nachfrageüberhang am Wohneigentumsmarkt, an dem Verkäufer die Vertragsbedingungen diktieren können.

Aus der Sicht des SVIT Schweiz rechtfertigen die Kräfteverhältnisse zwischen oft privaten Käufern bzw. Bauherrn gegenüber professionellen Unternehmern sowie der erhebliche potenzielle finanzielle Schaden, dass die Stellung der Käufer bzw. Bauherrn grundlegend und unabdingbar verbessert wird, ohne gleichzeitig professionelle Käufer, Bauherrn oder Besteller in ihrer vertraglichen Gestaltungsfreiheit über Massen einzuschränken. Ohne einen eigentlichen Konsumentenschutz im Bau- und Immobilienwesen zu schaffen, drängt es sich auf, die Stellung der privaten Parteien durch gesetzliche Regelungen zu stärken.

## Zur Mängelrüge

Es ist aus Sicht des SVIT Schweiz nicht einzusehen, weshalb die Rügefrist – trotz der vom Bundesrat bezeichneten Defizite – weiterhin als dispositives und nicht als relativ zwingendes Recht ausgestaltet ist. Es sind auch für institutionelle Bauherren keine Nachteile zu erkennen, wenn in Art. 219a Abs. 1 VE-OR eine Rügefrist von 60 Tagen als Mindestdauer festgeschrieben wird. Umgekehrt ist zu befürchten, dass die betreffenden Verträge durch die Verkäufer regelmässig zuungunsten der Käufer ausgestaltet werden und so die gesetzliche Bestimmung ausgehöhlt wird. Angesichts des Nachfrageüberhangs und der Verteilung der Kräfteverhältnisse wird das dispositive Recht dazu führen, dass Käufer die «Kröte» kürzerer Fristen schlucken müssen, wenn sie für einen Kauf überhaupt in Betracht gezogen werden wollen. Der Verband widerspricht darum der Einschätzung des Bundesrats, dass «die Schaffung zwingenden Rechts hier nicht erforderlich ist» (Kapitel 2.1.1).

Der SVIT Schweiz schlägt vor, in Art. 219a Abs. 2 VE-OR «Verbesserung» in Übereinstimmung mit der SIA-Praxis durch den üblicheren Begriff «Nachbesserung» zu ersetzen.

Allfällige Fragen zum Fristenlauf der weniger als 1 Jahr vor dem Verkauf neu errichteten Bauten sind im erläuternden Bericht hinreichend beantwortet. Ebenso geht aus dem Bericht die Unterstellung des Kaufs von Stockwerkeigentumseinheiten unter die Bestimmungen hervor.

Für Art. 367 Abs. 1 zweiter Satz VE-OR sowie Art. 370 Abs. 3 zweiter Satz VE-OR gelten die gleichen Einwände zur Ausgestaltung als dispositives Recht.

## Zum Nachbesserungsrecht für Erwerber von neu erstelltem Wohneigentum zur Eigennutzung

Der erläuternde Bericht zeigt zur regelmässigen Praxis der Wegbedingung der Mängelrechte in Verbindung mit der Abtretung der Mängelrechte des Unternehmers gegenüber seinen Subunternehmern an den Bauherrn bzw. Käufer die vielfältigen Nachteile auf (Kapitel 2.1.2). Der SVIT Schweiz begrüsst, dass diese intransparente, aber weit verbreitete Vertragspraxis mit der Revision unterbunden werden soll. Mit dem unabdingbaren Anspruch auf Nachbesserung wird der Unternehmer – in GU/TU-Vertragsverhältnissen der alleinige Vertragspartner des Bauherrn bzw. Käufers – bei Baumängeln in die Pflicht genommen. Damit wird aus Sicht des SVIT Schweiz auch die Abtretung der Mängelrechte hinfällig, wobei im erläuternden Bericht nicht ausreichend darauf eingegangen wird. Es mag zwar sein, dass die Abtretung im Werkvertrag in anderem Zusammenhang eine gewisse Bedeutung und Rechtfertigung haben kann. Soweit der Ausschluss aber auf Bauten zu privatem Gebrauch beschränkt wäre, sind keine Nachteile hinsichtlich der Vertragsfreiheit zu erkennen. Der SVIT Schweiz regt darum an, dass auch die Abtretung der Mängelrechte für Bauten zum privaten Gebrauch im Gesetz explizit untersagt wird.

Der SVIT Schweiz begrüsst ferner, dass die Gewährleistung beim Verkauf von bestehenden Bauten (Altbauten) nach Art. 192 ff. OR auch weiterhin wegbedungen werden kann, wie dies heute unproblematische Usanz ist.

In Übereinstimmung mit der SIA-Praxis ist in Art. 368 Abs. 2<sup>bis</sup> VE-OR «Verbesserung» durch den üblicheren Begriff «Nachbesserung» zu ersetzen.

## Zur Ersatzsicherheit beim Bauhandwerkerpfandrecht

Die vorgeschlagene Änderung von Art. 839 Abs. 3 ZGB korrigiert eine nicht nachvollziehbare Gerichtspraxis und wird darum seitens des SVIT Schweiz begrüsst. Der Verband hält fest, dass die Dauer von 10 Jahren dabei eine Obergrenze darstellt. Allenfalls soll dies im Gesetz mit «längstens zehn Jahre» unterstrichen werden.

## Zur Frage des weiteren Revisionsbedarfs beim Bauhandwerkerpfandrecht

Das Doppelzahlungsrisiko im Fall eines Konkurses des Unternehmers stellt eine beachtliche Unsicherheit mit potenziell erheblichen finanziellen Schäden für zumeist private Bauherren dar. Die Praxis zeigt, dass sich private Bauherren dieses Risikos oftmals nicht bewusst sind und keine Wege kennen, sich vertraglich gegen das Risiko zu schützen. Eine Revision des Bauhandwerkerpfandrechts mit einer Einschränkung der Rechte von Subunternehmern würde umgekehrt zu deren Schlechterstellung führen und das Pfandrecht schwächen. Angesichts der bestehenden Schutzmöglichkeiten durch Steuerung der Zahlungsflüsse empfiehlt der SVIT Schweiz, von einer solch grundlegenden Revision abzusehen bzw. eine Diskussion darüber nicht mit der jetzigen Vorlage zu verknüpfen.

## Zum SVIT Schweiz

Als Berufs- und Fachverband der Immobilienwirtschaft vertritt der SVIT Schweiz rund 2'500 Unternehmen, die Dienstleistungen unter anderem für institutionelle, gewerbliche, öffentliche und private Immobilieneigentümer, Bauherren, Betreiber und Stockwerkeigentümergeinschaften erbringen. Zusammen vertreten wir rund 30'000 Berufsleute der Immobilienwirtschaft. Der Schweizerische Verband der Immobilienwirtschaft

SVIT Schweiz ist in allen Landesregionen der Schweiz präsent und ist die nationale Vertretung des Immobiliendienstleistungssektors in politischen Belangen.

## Kontakt

SVIT Schweiz

Dr. Ivo Cathomen

Stv. Geschäftsführer

Puls 5, Giessereistrasse 18

8005 Zürich

Tel. +41 44 434 78 88

[ivo.cathomen@svit.ch](mailto:ivo.cathomen@svit.ch)