

Casafair | Postfach 2464 | 3001 Bern

Eidg. Justiz- und Polizeidepartement  
Bundesamt für Justiz  
Fachbereich Zivilrecht und Zivilprozessrecht  
Bundesrain 20  
3003 Bern

Bern, 23. November 2020 ks

### **Stellungnahme zur Revision des Obligationenrechts (Baumängel) vom 19.08.2020**

Sehr geehrte Frau Bundesrätin  
Sehr geehrte Damen und Herren

Wir beziehen uns auf die rubrizierte Vernehmlassung und danken Ihnen bestens für die Möglichkeit, zur geplanten Revision Stellung zu nehmen.

Casafair ist der Verband für umweltbewusste und faire Wohneigentümerinnen und -Eigentümer. Er setzt sich für klimafreundliches Bauen, gesundes Wohnen, haushälterische Bodennutzung und faire Miet- und Nachbarschaftsverhältnisse ein.

Für die Mitglieder von Casafair sind demnach faire gesetzliche und vertragliche Regulierungen, die die Rechte und Pflichten von Haus- oder Wohnungseigentümer\*innen auf der einen und von Handwerker\*innen, General- oder Totalunternehmen auf der anderen Seite widerspiegeln wichtig. Faire und gerechte Regelungen heisst, dass sich Bestellende oder Käuferschaft von Wohneigentum darauf verlassen können, dass geschlossene Verträge gelten und versprochene Eigenschaften hinsichtlich Qualität, Preis und Termine eingehalten und realisiert werden, oder wenn dies nicht der Fall ist, rechtlich einfach durchgesetzt werden können. Die meisten Neubau- oder Umbauprojekte und auch der Kauf von Stockwerkeigentum ab Plan können in der Schweiz in gutem Einvernehmen abgewickelt werden. Aber in den vergangenen Jahren beobachten wir die zunehmende Tendenz, dass die Haftung für Baumängel durch juristisch fragliche Abtretungen oder Wegbedingungen ausgehöhlt und vertraglich ins Nirwana geschickt werden. Gerade Einmalbauherrschaften stehen oft vor der schwierigen Situation, dass sie gar nicht wissen, dass Ansprüche bei Mängelrechten innert kürzester Zeit untergehen, wenn sie nicht rechtzeitig gerügt werden. In diesem Sinne unterstützt Casafair die Stossrichtung der Revision.

Unsere Stellungnahme zu den einzelnen Bestimmungen finden Sie auf den nachfolgenden Seiten.

## 1. Bemerkungen zu den einzelnen Bestimmungen

### a. VE Art. 219 Randtitel und Abs. 3

Es ist sinnvoll, die Bestimmung über die Gewährleistung beim Grundstückskauf zusammen mit der Mängelrüge und dem Nachbesserungsrecht der Käuferschaft in einer neuen Bestimmung zusammenzufassen, ohne jedoch ein gänzlich neues Bauwerkvertragsrecht oder eine Totalrevision anzustreben.

### b. VE Art. 219a Abs. 1 & Art. 367 Abs. 1 Satz 2

Die vorgesehene Regelung mit einer Frist von 60 Tagen seit Entdeckung des Mangels ist zwar eine klare Verbesserung der rechtlichen Lage für die Bestellenden und betrifft nicht nur Käuferinnen und Käufer von Grundstücken, Stockwerkeigentum ab Plan und Bauherrschaften usw. sondern auch Unternehmen als Bestellende in der Kette von vorgelagerten Bauwerkleistungen und Subunternehmen. Sie entschärft die geltende und schon lange zu Recht als unnötig kurze, sofortige Rügeobliegenheit, was zwar zu begrüßen ist, aber bei weitem nicht genügt. Es ist fraglich, ob es überhaupt eine solche Frist braucht. Im Grunde haften die Erstellenden für die Vertragstauglichkeit des Werkes während fünf Jahren (Art. 371 Abs. 2 OR) ab dem Zeitpunkt der Abnahme. Während einer kurzen Zeit (aktuell ca. 7 Tage und nach dem VE 60 Tage) soll es den Bestellenden möglich sein, bei der Abnahme unentdeckte und nicht genehmigte Mängel nach deren Entdeckung zu melden. Tun sie dies nicht, so verwirken diese Ansprüche. Das ist ungerechtfertigt, haben doch die Erstellenden vertraglich etwas anderes versprochen. Diese eigentliche Verwirkungsfalle ist also eine einseitige und ungerechte Lösung und ist abzuschaffen.

Dass längere Fristen für die jederzeitige Rügemöglichkeit von Baumängeln wirtschaftlich kein Problem darstellen, zeigt sich auch an der bewährten Praxis: Die SIA-Norm 118 sieht in Art. 172 eine zweijährige, jederzeitig Rügefrist vor, die mit der -genau umschriebenen - Abnahme des Werks beginnt und während dieser die Bestellenden (Bauherrschaften) jederzeit zur Mängelrüge berechtigt sind. Diese Bestimmung geht weiter als die im Entwurf vorgesehene Frist von 60 Tagen, ist aber in der Praxis weit verbreitet und akzeptiert. Die Werkvertragsmuster der öffentlichen Bauherrschaften sehen regelmässig die integrale Anwendung der SIA-Norm 118 vor, ändern jedoch genau diesen Punkt zugunsten eines daraus resultierenden andauernden Rechts zur Mängelrüge ab. Damit die Werkerstellenden bei der Abschaffung dieser Rügeverwirkungsfrist vor einem erhöhten Schadenspotential durch verspätete Mängelrüge geschützt werden, sieht die SIA-Norm 118 in Art. 173 ausdrücklich vor, dass die Bauherrschaft, die einen solchen Mangel nicht sofort nach der Entdeckung rügt, den weiteren Schaden selbst zu tragen hat, der bei unverzüglicher Behebung des entdeckten Mangels hätte vermieden werden können. Dieser Schadensminderungsobliegenheit (die sich auch aus allgemeinen Grundsätzen des OR ergibt) kommt selbstverständlich auch bei der vorgeschlagenen Abschaffung der Frist Geltung zu. Denn den Unternehmen muss Gelegenheit bleiben, um «weiterfressende Schäden» zu vermeiden und den Bestellenden muss klar sein, dass Mangelfolgeschäden wegen fahrlässig versäumter Rüge zu ihren Lasten fallen können. Auch dass offensichtliche Mängel, die bei der Abnahme ausdrücklich genehmigt wurden, im Nachhinein nicht mehr gerügt werden können, ergibt sich aus dem Gesetz.

### c. VE Art. 219a Abs. 2

Casafair begrüsst die Stossrichtung dieser Bestimmung, weil es sich um eine Annäherung des dispositiven Privatrechts an bewährte Gepflogenheiten in der Praxis des Werkvertragsrechts (z.B. der SIA-

Norm 118) handelt. Wir wünschen aber, dass die Käuferschaft eines Grundstücks (vornehmlich einer zu erstellenden, oder erst kürzlich erstellten Baute) analog Werk-Bestellenden ebenfalls ein Nachbesserungsrecht eingeräumt erhält. Die Nachbesserung ist in der Praxis des Bauwerkvertragsrechts das bevorzugte Instrument, um Mängeln an Bauwerken zu begegnen und ohne Zutun von Gerichten eine rasche Lösung zu erreichen. Aus diesem Grund ist die in der SIA-Norm 118 Art. 169 Abs. 1 vorgesehene Regelung, wonach die Bauherrschaft (abgesehen vom Schadenersatzrecht nach Art. 171 der SIA-Norm 118 - resp. Art. 368 Abs. 2 OR) zunächst einzig das Recht hat, vom Unternehmen die Beseitigung des Mangels zu verlangen, vorzuziehen. Die Nachbesserung sollte grundsätzlich immer als erster Anspruch zur Anwendung gelangen, wenn die Parteien nicht ausdrücklich und für alle Beteiligten verständlich etwas anderes vereinbaren. (Siehe auch Bemerkungen zu VE Art. 368 Abs. 2bis).

d. VE Art. 367 Abs. 1 zweiter Satz

Die Einfügung der neu auf 60 Tage definierten verlängerten Rügefrist ist zu begrüßen. Dagegen ist die Verjährungsfrist für die eigentliche Sachgewährleistung von fünf Jahren nach heutigen Massstäben zu kurz und sollte wie z.B. in Frankreich auf 10 Jahre ausgeweitet werden. Eventualiter ist eine Formulierung zu wählen, welche die absoluten Grundfunktionen eines Bauwerkes, wie die statische Stabilität und die Schutzfunktion der Gebäudehülle, unter eine Werkgarantie von 10 Jahren stellt. Nach heutigem Recht darf ein Gebäudedach oder eine Fassade nach fünf Jahren ihre vertraglich zugesicherten Fähigkeiten punkto Dichtigkeit verlieren. Das ist in Anbetracht der damit zusammenhängenden Investitionskosten unverständlich.

e. VE Art. 368 Abs. 2bis

Diese neue Bestimmung will Mängelrechte an einer Baute, die für den persönlichen oder familiären Gebrauch der Bestellenden bestimmt sind, einer anderen Regel unterziehen, als andere Bauherrschaften. Es ist richtig, dass die Nach- oder Verbesserungspflicht das zentrale und wirksamste Mittel bei der rechtlichen, wie auch faktischen Mängelbehebung ist. Und es ist auch richtig, dass die Mängelbehebung/Nachbesserung als erstes rechtliches Anspruchsmittel und unabänderlich vor den anderen Wahlrechten der Bestellenden stehen soll. Es macht jedoch keinen Sinn, Konsumentenschutzbestimmungen ins Bauwerkvertragsrecht aufzunehmen. Einmalbauherrschaften sind - insbesondere, wenn sie von bausachverständigen Fachleuten beraten werden - nicht automatisch einem Ungleichgewicht ausgesetzt. Dagegen können auch institutionelle Einmalbauherrschaften und Kleinunternehmen oder auch private Bauherrschaften, die neben ihrer Familienwohnung noch eine Mietwohnung kaufen, bestellen oder erbauen lassen von einem Wissens- oder Informationsungleichgewicht betroffen sein. Die Abgrenzungsfragen, die diese Lösung schafft, würden der Lösung der fraglos anstehenden Problematik nicht weiterhelfen, sondern sie erschweren. Die Bestimmung ist daher so zu begrüßen, dass sie für alle Bauherrschaften gilt. Damit wäre auch eine Angleichung an die bewährte und anerkannte Regelung, wie sie in der SIA-Norm 118 seit vielen Jahren vorsieht, gegeben.

f. VE Art. 839 Abs. 3

Die geplante Anpassung des Umfangs einer Ersatzsicherheit und dass der Verzugszins nicht für unbestimmte Zeit, sondern im Umfang von zehn Jahren sicherzustellen ist, ist auch für Bauherrschaften eine sinnvolle Konkretisierung. Die heutige Regelung verunmöglicht das faktische Bereitstellen solcher Sicherheiten durch Bank- oder Versicherungs garantien häufig, da die Höhe der Bürgschaften unbestimmt ist. Gerade für Einmalbauherrschaften ist es u.U. wichtig, rasch und unkompliziert eine Sicherheitsleistung durch eine Bank beibringen zu können.

## 2. Weiterer Revisionsbedarf beim Bauhandwerkerpfandrecht?

Zu den drei weiter gestellten Fragen nimmt Casafair wie folgt Stellung:

Das Bauhandwerkerpfandrecht hat sich als Mittel zur Forderungssicherung bei Bauhandwerker\*innen zwar bewährt, aber gerade bei Subunternehmensforderungen besteht ein starkes Ungleichgewicht zu Lasten der Hauseigentümerschaften und ein erhebliches Doppelzahlungsrisiko. Die kürzliche Revision des Bauhandwerkerpfandrechts hatte eine weitere Verschiebung zu Ungunsten der Hausbesitzenden/Bestellenden zur Folge und Casafair unterstützt daher die Bestrebungen, das Doppelzahlungsrisiko durch angemessene gesetzliche Korrekturen zu vermindern.

Wir danken Ihnen für die Kenntnisnahme und wohlwollende Prüfung unserer Anliegen und stehen Ihnen für einen Austausch gerne zur Verfügung.

Freundliche Grüsse



Beat Flach

Vize-Präsident Casafair Schweiz