

REGIERUNGSRAT

Regierungsgebäude, 5001 Aarau
Telefon 062 835 12 40, Fax 062 835 12 50
regierungsrat@ag.ch
www.ag.ch/regierungsrat

A-Post Plus
Bundesamt für Justiz
Bundesrain 20
3003 Bern

4. November 2020

Revision des Obligationenrechts (Baumängel); Vernehmlassung

Sehr geehrte Damen und Herren

Mit Schreiben vom 19. August 2020 wurden die Kantonsregierungen eingeladen, zur Reform des Obligationenrechts (Baumängel) Stellung zu nehmen. Wir danken Ihnen dafür.

Der in der Reform ausgewiesene Handlungsbedarf (vgl. Kapitel A im Begleitschreiben des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements vom 19. August 2020) wird durch den Regierungsrat des Kantons Aargau nicht infrage gestellt und die vorgeschlagenen Änderungen, insbesondere die Neuregelung der Voraussetzungen der Ersatzsicherheiten, werden begrüsst.

Zu den unter Kapitel B im Begleitschreiben des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements vom 19. August 2020 gestellten Fragen wird festgehalten, dass eine Regelung, mit welcher das bestehende Doppelzahlungsrisiko des Bauherrn abgeschafft würde, ohne auf heute bestehende Sicherheiten zu verzichten, als sinnvoll erachtet würde.

Wir danken Ihnen für die Berücksichtigung unserer Vernehmlassung.

Freundliche Grüsse

Im Namen des Regierungsrats

Dr. Markus Dieth
Landammann

Vincenza Trivigno
Staatsschreiberin

Kopie

- zz@bj.admin.ch



Landammann und Standeskommission

Sekretariat Ratskanzlei
Marktgasse 2
9050 Appenzell
Telefon +41 71 788 93 11
info@rk.ai.ch
www.ai.ch

Ratskanzlei, Marktgasse 2, 9050 Appenzell

Per E-Mail an
zz@bj.admin.ch

Appenzell, 5. November 2020

Revision des Obligationenrechts (Baumängel) Stellungnahme Kanton Appenzell I.Rh.

Sehr geehrte Damen und Herren

Mit Schreiben vom 19. August 2020 haben Sie uns die Vernehmlassungsunterlagen zur Revision des Obligationenrechts (Baumängel) zukommen lassen.

Die Standeskommission hat die Unterlagen geprüft. Sie unterstützt die Vorlage. Insbesondere die vorgeschlagene deutlich längere Rügefrist von neu 60 Tagen erscheint sachgemäss und mildert die heute bestehenden Nachteile der sofortigen Rügeobliegenheit markant. Eine völlige Abschaffung der Verwirkungsfolge verspäteter Mängelrügen würde die Bauherrschaft sowie die Käuferinnen und Käufer jedoch gegenüber den Unternehmen zu stark begünstigen. Letztere sollen sobald als möglich Klarheit über die tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse haben. Zudem ist davon auszugehen, dass das neue unentgeltliche Nachbesserungsrecht beim Grundstückkauf und Werkvertrag für eine Baute sowohl für die Bauherrschaft als auch für die Unternehmen die zielführendste und kostengünstigste Variante darstellt.

Wir danken Ihnen für die Möglichkeit zur Stellungnahme und grüssen Sie freundlich.

Im Auftrage von Landammann und Standeskommission

Der Ratschreiber:


Markus Dörig

Zur Kenntnis an:

- Volkswirtschaftsdepartement Appenzell I.Rh., Marktgasse 2, 9050 Appenzell
- Ständerat Daniel Fässler, Weissbadstrasse 3a, 9050 Appenzell
- Nationalrat Thomas Rechsteiner (thomas.rechsteiner@parl.ch)



Regierungsrat, 9102 Herisau

Bundesamt für Justiz
3003 Bern

Dr. iur. Roger Nobs
Ratschreiber
Tel. +41 71 353 63 51
roger.nobs@ar.ch

Herisau, 20. November 2020

Eidg. Vernehmlassung; Revision des Obligationenrechts (Baumängel); Stellungnahme des Regierungsrates von Appenzell Ausserrhoden

Sehr geehrte Damen und Herren

Mit Schreiben vom 19. August 2020 wurden die Kantonsregierungen vom Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartement (EJPD) eingeladen, zur Vorlage einer Revision des Obligationenrechts (Baumängel) bis zum 30. November 2020 Stellung zu nehmen.

Der Regierungsrat von Appenzell Ausserrhoden nimmt dazu wie folgt Stellung:

Der Regierungsrat begrüsst die vorgesehenen Änderungen. Insbesondere das unabdingbare Nachbesserungsrecht beim Kauf und der Neuerstellung von Wohneigentum wird begrüsst. Die Verlängerung der Rügefrist auf 60 Tage ist im Interesse des Bauherrn, weshalb der Regierungsrat die Gesetzesänderung unterstützt.

Zu den unter lit. B Ziff. 2 aufgeworfenen Fragen eines weiteren Revisionsbedarfs beim Bauhandwerkerpfandrecht kann folgendes ausgeführt werden:

Es soll eine Pflicht eingeführt werden, nach welcher der Hauptunternehmer den Subunternehmer zwingend bekannt geben muss. Das Doppelzahlungsrisiko für den Bauherrn ist zu eliminieren. Das Pfandrecht soll nur für Leistungen greifen, die der Subunternehmer erbracht hat, nachdem der Bauherr davon Kenntnis haben konnte.



Wir danken Ihnen für die Möglichkeit zur Stellungnahme.

Freundliche Grüsse

Im Auftrag des Regierungsrates

Dr. iur. Roger Nobs, Ratschreiber



Regierungsrat

Postgasse 68
Postfach
3000 Bern 8
info.regierungsrat@be.ch
www.be.ch/rr

Staatskanzlei, Postfach, 3000 Bern 8

Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement
Bundeshaus West
3003 Bern

Ihr Zeichen:

4. November 2020

Unser Zeichen: 2020.BVD.5272

RRB Nr.: 1210/2020

Direktion: Bau- und Verkehrsdirektion

Klassifizierung: Nicht klassifiziert

Vernehmlassung des Bundes: Revision des Obligationenrechts (Baumängel) Stellungnahme des Kantons Bern

Sehr geehrte Frau Bundesrätin
Sehr geehrte Damen und Herren

Vielen Dank für die Möglichkeit zur Stellungnahme zur Revision des Obligationenrechts im Rahmen des Vernehmlassungsverfahrens.

1. Grundsätzliches

Der Regierungsrat des Kantons Bern unterstützt die vorgesehene Revision des Obligationenrechts. Insbesondere befürwortet er die Verlängerung der Rügefrist bei Baumängeln, das Nachbesserungsrecht beim Kauf und der Neuerstellung von Wohneigentum sowie die Konkretisierung der Anforderungen an eine Ersatzsicherheit anstelle der Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts.

Auch die geänderte Rechtsprechung hinsichtlich des Nachbesserungsrechts für den einzelnen Stockwerkeigentümer hat aus Sicht des Regierungsrats zu einer sinnvollen Verbesserung geführt. Damit kann den Interessen der Stockwerkeigentümerinnen Rechnung getragen werden und eine gesetzliche Anpassung im Rahmen der vorliegenden Revision ist hinfällig geworden.

2. Beantwortung Ihrer Fragen

Zu Ihren Fragen unter Buchstabe B nehmen wir wie folgt Stellung:

Frage 1: Vielfach werden Aufträge von Auftragnehmern an Subunternehmer weitergegeben, ohne die Einwilligung zur Weitergabe durch den Auftraggeber. Der Anspruch für Subunternehmer zur Errichtung eines Bauhandwerkerpfandrechts sollte deshalb auf diejenigen Subunternehmer beschränkt werden, zu deren Beauftragung der Auftraggeber ausdrücklich eingewilligt hat.

Frage 2: Aus Sicht des Kantons Bern sollte das Pfandrecht nur für Leistungen eingetragen werden können, die für die ordentliche Auftragserfüllung notwendig waren oder die der Auftraggeber explizit bestellt hat. Denn es kommt vor, dass Auftragnehmer zusätzliche Leistungen ohne konkreten Auftrag ausführen, was zu Differenzen hinsichtlich der Rechnungsstellung führt. Aktuell kann der Unternehmer unter Androhung des Pfandrechts eine Bezahlung erzwingen.

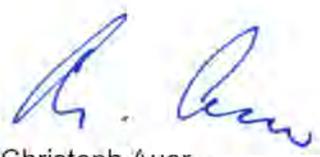
Frage 3: Ja, der Kanton Bern erkennt bezüglich Bauhandwerkerpfandrechts ebenfalls einen gesetzgeberischen Handlungsbedarf.

Der Regierungsrat dankt Ihnen für die Berücksichtigung seiner Anliegen.

Freundliche Grüsse
Im Namen des Regierungsrates



Pierre Alain Schnegg
Regierungspräsident



Christoph Auer
Staatsschreiber

Verteiler

- zz@bj.admin.ch (Word- und pdf-Datei)
- Bau- und Verkehrsdirektion
- Direktion für Inneres und Justiz

Regierungsrat BL, Rathausstrasse 2, 4410 Liestal

Eidgenössisches
Justiz- und Polizeidepartement
Bern
zz@bj.admin.ch

Liestal, 24. November 2020

**Vernehmlassung
zur Revision des Obligationenrechts (Baumängel)**

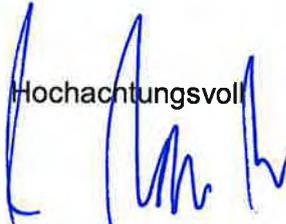
Sehr geehrte Frau Bundesrätin

Besten Dank für die Möglichkeit zur Stellungnahme.

Wir begrüssen die vorgesehenen Gesetzesänderungen, insbesondere den Vorschlag, dass das Pfandrecht nur für Leistungen des Subunternehmers beantragt werden soll, nachdem der Bauherr vom Subunternehmer Kenntnis hatte oder haben konnte.

Die Kantone wurden zudem ersucht, sich zu drei Fragen zu äussern, welche die Stellung von Bauherren oder Bauherrinnen gegenüber Subunternehmer/innen stärken sollen. Dazu Folgendes: Um das Doppelzahlungsrisiko des Bauherrn oder der Bauherrin zu verringern, empfehlen wir, gesetzlich zu verankern, dass der Bauherr oder die Bauherrin im Voraus vom Hauptunternehmenden über die von ihm beigezogenen Subunternehmer/innen und über das Doppelzahlungsrisiko informiert werden muss. Weiter schlagen wir vor, eine oder mehrere Lösungen (allenfalls kombiniert) aus der gelebten Praxis gesetzlich zu verankern, beispielsweise (a) Verpflichtung des Hauptunternehmenden, für den Bauherrn oder die Bauherrin eine hinreichende Ersatzsicherheit zu leisten für den Fall der Geltendmachung eines Pfandeintragungsanspruchs durch eine/n Subunternehmer/in, (b) Abwicklung von Zahlungen des Bauherrn oder der Bauherrin für Leistungen eines Subunternehmers oder einer Subunternehmerin über ein Sperr- oder Treuhandkonto anstelle von direkten Zahlungen an den Hauptunternehmenden, oder (c) Ermächtigung zur direkten Zahlung des Bauherrn oder der Bauherrin an die Subunternehmer/innen.

Hochachtungsvoll


Dr. Anton Lauber
Regierungspräsident


Elisabeth Heer Dietrich
Landschreiberin



Rathaus, Marktplatz 9
CH-4001 Basel

Tel: +41 61 267 85 62
Fax: +41 61 267 85 72
E-Mail: staatskanzlei@bs.ch
www.regierungsrat.bs.ch

Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement (EJPD)

Per Email an:
zz@bj.admin.ch

Basel, 11. November 2020

**Regierungsratsbeschluss vom 10. November 2020
Vernehmlassung zur Revision des Obligationenrechts (Baumängel);
Stellungnahme des Kantons Basel-Stadt**

Sehr geehrte Damen und Herren

Mit Schreiben vom 6. März 2020 von Frau Bundesrätin Karin Keller-Sutter wurden dem Regierungsrat des Kantons Basel-Stadt der Vernehmlassungsentwurf und der erläuternde Bericht zur Revision des Obligationenrechts unterbreitet.

Wir danken Ihnen für die Gelegenheit zur Stellungnahme und teilen Ihnen mit, dass der Regierungsrat des Kantons Basel-Stadt die Revision grundsätzlich begrüsst. Namentlich wird die explizite Festlegung der Dauer der Rügefrist unterstützt. Jedoch erscheinen 60 Tage als zu lang. Dieser lange Zeitraum erschwert möglicherweise die Feststellung, ob ein geltend gemachter Sachmangel eines unbeweglichen Werkes sich während der Rügefrist noch vergrössert hat (vom Bundesgericht als Grund für die kurz bemessene Rügefrist angegeben, vgl. BGE 118 II 142 E. 3b.) oder allenfalls durch die Erwerbenden/Bauherrschaft sogar selber verursacht wurde. Wir regen deshalb an, eine kürzere Rügefrist von 30 Tagen vorzusehen.

Wir danken Ihnen für die Berücksichtigung unserer Anliegen. Für Rückfragen steht Ihnen der Zentrale Rechtsdienst, Justiz- und Sicherheitsdepartement Basel-Stadt, sekretariat.ZRD@jsd.bs.ch, gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüssen
Im Namen des Regierungsrates des Kantons Basel-Stadt

Elisabeth Ackermann
Präsidentin

Barbara Schüpbach-Guggenbühl
Staatsschreiberin



ETAT DE FRIBOURG
STAAT FREIBURG

Conseil d'Etat CE
Staatsrat SR

Rue des Chanoines 17, 1701 Fribourg

T +41 26 305 10 40, F +41 26 305 10 48
www.fr.ch/ce

Conseil d'Etat
Rue des Chanoines 17, 1701 Fribourg

PAR COURRIEL

Département fédéral de justice et police
Palais fédéral ouest
3003 Berne

Courriel : zz@bj.admin.ch

Fribourg, le 16 novembre 2020

Révision du code des obligations (défauts de construction) – Réponse à la consultation

Madame la Conseillère fédérale,

Dans le cadre de la procédure de consultation notée en titre, nous vous informons que le Canton de Fribourg approuve pleinement les objectifs poursuivis par la révision entreprise, ce d'autant que celle-ci vise à remédier à certains problèmes, relevant du droit contractuel de la construction, rencontrés par des propriétaires d'étage ou de villas, sans pour autant péjorer de manière notable la position des entrepreneurs et des artisans de la construction.

En ce qui concerne le postulat 19.4638 Caroni, relative à l'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs, nous ne pouvons que constater l'iniquité de la législation actuelle, notamment en raison du risque pour un maître d'ouvrage de payer deux fois la même prestation. C'est pourquoi nous considérons qu'une révision législative est nécessaire dans ce domaine.

Nous vous prions de croire, Madame la Conseillère fédérale, à l'assurance de nos sentiments les meilleurs.

Au nom du Conseil d'Etat :

Anne-Claude Demierre, Présidente



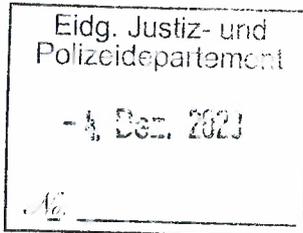
Danielle Gagnaux-Morel, Chancelière d'Etat



Genève, le 2 décembre 2020

Le Conseil d'Etat

6072-2020



Département fédéral de justice et police
Madame Karin Keller-Sutter
Conseillère fédérale
Palais fédéral ouest
3003 Berne

**Concerne : Révision du code des obligations (défauts de construction)
Procédure de consultation**

Madame la Conseillère fédérale,

Notre Conseil a pris connaissance de l'avant-projet de révision du code des obligations en matière de responsabilité pour défauts de construction et du rapport explicatif du Conseil fédéral y relatif.

Etant un constructeur important, agissant au moyen de contrats de droit privé, le Conseil d'Etat du canton de Genève salue les améliorations des droits du maître d'ouvrage apportées par cette révision. Nous prenons note de la décision du Conseil fédéral de renoncer à réviser totalement le droit du contrat d'entreprise et à créer dans la loi un contrat nommé spécifiquement pour les contrats de construction.

Pour le surplus, nous vous prions respectueusement de vous référer aux commentaires développés dans l'annexe à la présente, laquelle contient également nos réponses à vos interrogations relatives au besoin supplémentaire de révision des dispositions sur l'hypothèque des artisans et entrepreneurs.

En vous remerciant d'avoir consulté notre Conseil sur cet objet, nous vous prions de croire, Madame la Conseillère fédérale, à l'expression de nos salutations distinguées.

AU NOM DU CONSEIL D'ÉTAT

La chancelière :


Michèle Righetti

La présidente :


Anne Emery-Torracinta

Annexe mentionnée

Annexe 1

Procédure de consultation relative à la révision du code des obligations (défauts de construction)

A. Remarques et propositions complémentaires à la révision du droit privé de la construction par article :

Article 219a CO – Avis des défauts, réparation sans frais et prescription

Ce nouvel article est le bienvenu et nécessaire étant donné qu'à ce jour l'acheteur n'est, comme le souligne le Conseil fédéral, pas suffisamment protégé et dispose d'un délai trop court afin de pouvoir faire valoir les défauts et donc ses droits de garantie.

Toutefois, la première phrase de l'article 219a, al. 1 CO ne mentionne pas à partir de quand commence à courir le délai de 60 jours pour signaler les défauts apparents. Il est important de mentionner dans cet article le dies-a-quo du délai. A notre sens, celui-ci devrait être uniformisé avec celui du début du délai de prescription qui est à compter du transfert de propriété, dont la date est incontestable.

Article 367, al. 1, 2^{ème} phrase CO – Garantie des défauts de l'ouvrage

Dans le cadre des contrats d'entreprise, l'Etat de Genève en tant que maître d'ouvrage applique systématiquement la norme SIA 118 qui, comme cela est aussi précisé dans le message, est encore plus favorable au maître d'ouvrage que ce nouvel article dès lors que le délai de dénonciation des défauts est de deux ans à partir du jour de la réception de l'ouvrage (art. 172 al. 1 et 2 SIA 118).

Il est par ailleurs d'usage dans le domaine de la construction d'appliquer la norme SIA 118.

Dès lors et afin de mieux protéger les intérêts du maître d'ouvrage, ne faudrait-il pas s'aligner sur le délai de deux ans prévu par la norme SIA 118 ?

La prolongation à 60 jours prévue par le nouvel article 367, al. 1, 2^{ème} phrase CO est dans l'intervalle bienvenue et permettra d'ores et déjà de mieux protéger le maître d'ouvrage qui choisirait de ne pas appliquer la norme SIA 118 ou qui omettrait d'en prévoir l'application dans le contrat.

Toutefois, l'article 367, al. 1, 2^{ème} phrase CO n'indique pas à partir de quand débute le délai des 60 jours. Il convient donc de mentionner que le délai commence à courir dès que la vérification est terminée, comme cela ressort du message.

Article 368, al. 2bis CO – Droits du maître en cas d'exécution défectueuse de l'ouvrage

A la lecture du message, il apparaît que le but de ce nouvel article est d'endiguer fortement la pratique consistant pour le vendeur ou l'entreprise à s'exonérer de toute responsabilité en cédant ses droits de garantie envers ses sous-traitants à l'acheteur ou au maître d'ouvrage.

Cet article impose d'importantes restrictions à la liberté contractuelle, mais ne semble pas atteindre le but visé. En effet, il parle de restriction et d'exclusion du droit à la réparation des défauts, mais n'empêche en rien la cession de droit de garantie envers un tiers. A titre d'exemple, une entreprise totale pourra donc continuer à céder ses droits de garantie vis-à-vis des sous-traitants. On s'interroge dès lors sur le moyen utilisé pour atteindre le but visé.

Article 370, al. 3, 2^{ème} phrase CO – Acception de l'ouvrage

Comme nous l'avons déjà soulevé, dans le cadre des contrats d'entreprise, l'Etat de Genève en tant que maître d'ouvrage applique systématiquement la norme SIA 118 qui est plus favorable au maître d'ouvrage dès lors que le délai de dénonciation pour les défauts cachés va au-delà des deux ans qui suivent la réception de l'ouvrage. En effet, après le délai de deux ans, l'entrepreneur répond des défauts cachés, à la condition que le maître les lui signale aussitôt après leur découverte (art. 179 SIA 118)

Comme nous l'avons déjà vu, il est d'usage dans le domaine de la construction d'appliquer la norme SIA 118.

Dès lors et afin de mieux protéger les intérêts du maître d'ouvrage, ne faudrait-il pas s'aligner sur les délais prévus par la norme SIA 118 ?

Cependant, le nouvel article 370, al. 3, 2^{ème} phrase CO permet déjà de mieux protéger le maître d'ouvrage qui choisirait de ne pas appliquer la norme SIA 118 ou qui omettrait d'en prévoir l'application dans le contrat et est donc opportun.

Nous approuvons donc cet article sans réserve.

Article 839, al. 3 CC – Artisans et entrepreneurs

Nous saluons l'ajout de la durée des intérêts moratoires à prendre en compte permettant ainsi d'avoir une position claire sur la définition de "sûreté suffisante".

Ce délai de dix ans est par ailleurs déjà utilisé et accepté dans la pratique par les différents intervenants dans le domaine de la construction pour éviter l'inscription d'une hypothèque légale.

L'inscription de la durée des intérêts à prendre en compte pour obtenir une garantie suffisante permettra également de faciliter l'obtention des garanties auprès des banques sans qu'elles ne puissent discuter ce délai ou refuser des garanties au motif qu'elles seraient illimitées dans le temps.

Nous approuvons cet article sans réserve.

B. Besoin supplémentaire de révision des dispositions sur l'hypothèque des artisans et entrepreneurs

La problématique soulevée par le postulat 19.4638 Caroni "Pour une hypothèque des artisans et entrepreneurs plus juste", bien qu'évoquée lors de la révision de 2009 (Message du CF du 27 juin 2007 - FF 2007 5015), n'a, à ce jour, pas trouvé de solution satisfaisante.

Le risque pour le maître d'ouvrage, respectivement pour le propriétaire, de devoir payer deux fois est bien réel et le canton de Genève en a fait la triste expérience dans le cadre du projet CEVA, suite à la faillite d'une entreprise qui n'avait pas entièrement payé ses sous-traitants.

Le droit du sous-traitant de requérir l'inscription d'une hypothèque légale ne doit pas être remis en cause, mais être assorti de conditions telles que

- l'autorisation de la sous-traitance par le maître
- l'annonce du sous-traitant par l'entrepreneur principal

On observe d'ailleurs que dans la situation où les travaux ont été commandés par un locataire, le législateur a conditionné le droit à l'inscription d'une hypothèque légale à la condition que le propriétaire foncier ait donné son accord à l'exécution des travaux (art. 837 al. 2 i.f. CC).

Compte tenu de ce qui précède, nous répondons comme suit aux questions posées :

1. Comment pourrait-on remodeler l'hypothèque légale des artisans et des entrepreneurs de manière à rééquilibrer la situation?
Le maître devrait pouvoir s'opposer à l'inscription d'une hypothèque légale en apportant la preuve qu'il a déjà payé les travaux. En effet, s'il a payé, il ne se trouve pas enrichi par le travail fourni par l'entrepreneur.
2. L'hypothèque ne devrait-elle s'appliquer qu'aux prestations fournies après que le maître a eu – ou aurait pu avoir – connaissance du fait qu'un sous-traitant a été mandatés?
Oui et il faudrait aussi ajouter la condition que le maître ait accepté la sous-traitance.
3. Estimez-vous qu'une révision législative est nécessaire dans ce domaine?
Oui elle est nécessaire, car il n'est pas possible pour le maître de se prémunir contractuellement du risque de payer deux fois.

Glarus, 24. November 2020
Unsere Ref: 2020-148

Vernehmlassung zur Revision des Obligationenrechts (Baumängel)

Hochgeachtete Frau Bundesrätin
Sehr geehrte Damen und Herren

Sie gaben uns in eingangs genannter Angelegenheit die Möglichkeit zur Stellungnahme. Dafür danken wir. Die vorgesehenen Änderungen des Obligationenrechts werden von uns begrüsst. Ihre Fragen unter Buchstabe B können wir wie folgt beantworten:

Antwort zu Frage 1:

Der Anspruch für Subunternehmer zur Errichtung eines Bauhandwerkerpfandrechts sollte auf diejenigen Subunternehmer beschränkt werden, zu deren Beauftragung der Eigentümer ausdrücklich eingewilligt hat. Um Beweisproblemen zu begegnen, ist eine schriftliche Einwilligung des Eigentümers zu verlangen, die dann im einfachen und kostengünstigen Verfahren nach Art. 76 Abs. 2 GBV direkt zu einem Grundbucheintrag führt. Dann weiss der Subunternehmer von Anfang an, ob er eine Pfanddeckung hat oder nicht.

Antwort zu Frage 2:

Ja, im Sinne von Antwort 1 mit schriftlicher Einwilligung des Eigentümers.

Antwort zu Frage 3:

Ja, im Sinne der Antworten auf die Fragen 1 und 2. Der Pfandrechtsprozess ist zudem schwerfällig und teuer. Es gibt zu viele Doppelspurigkeiten zwischen dem Pfandrechtsprozess und dem Forderungsprozess für die Werkvertragsforderung, namentlich bei unterschiedlichen Gerichtsständen. Eine umfassende Prüfung der Vereinfachung des Pfandrechtsprozesses wäre daher angezeigt und würde von uns sehr begrüsst.

Genehmigen Sie, hochgeachtete Frau Bundesrätin, sehr geehrte Damen und Herren, den Ausdruck unserer vorzüglichen Hochachtung.

Freundliche Grüsse

Für den Regierungsrat



Marianne Lienhard
Landammann



Hansjörg Dürst
Ratsschreiber

E-Mail an (PDF- und Word-Version):
- zz@bj.admin.ch



Sitzung vom

24. November 2020

Mitgeteilt den

25. November 2020

Protokoll Nr.

972/2020

Eidgenössisches Justiz- und
Polizeidepartement EJPD

per E-Mail an: zz@bj.admin.ch

Revision des Obligationenrechts (Baumängel) - Vernehmlassung

Sehr geehrte Frau Bundesrätin

Wir beziehen uns auf Ihr Schreiben vom 19. August 2020 und bedanken uns für die Möglichkeit zur Stellungnahme.

A. Revision des Bauvertragsrechts

Die vorgeschlagenen Anpassungen gehen unserer Meinung nach in die richtige Richtung und sind zu begrüßen. Vor dem Hintergrund der im erläuternden Bericht dargelegten Ausgangslage und der vielen parlamentarischen Vorstösse stellen wir uns allerdings die Frage, ob nicht eine umfassende Revision des Baurechts ins Auge zu fassen und dabei insbesondere zu prüfen wäre, ob die Stellung des Bauherrn gestärkt werden müsste.

Die Verlängerung der Rügefrist von einigen wenigen Tagen ("sofort") auf 60 Tage ist unseres Erachtens richtig und wichtig (Art. 219a Abs. 1 OR resp. Art. 370 Abs. 3 zweiter Satz OR). Gerade für Laien ist es oft ausserordentlich schwierig, Mängel so-

wie deren Tragweite zu erkennen und diese fristgerecht und substantiiert zu rügen. Die neue Rügefrist für Kauf- und Werkverträge sind dispositiver Natur. Wird bei Werkverträgen nicht ohnehin die längere SIA-Frist von zwei Jahren übernommen, so wird diese Frist sicherlich zuungunsten des Bestellers verkürzt werden, womit sich die rechtliche Lage des in der Regel schwächeren Vertragspartners trotz der Gesetzesänderung in tatsächlicher Hinsicht nicht verbessert. Hier sehen wir Verbesserungspotenzial in der Vorlage.

Auch das Recht auf unentgeltliche Nachbesserung, welches beim Kauf von Neubauten, die vor weniger als einem Jahr errichtet worden sind oder noch errichtet werden, nun eingeführt werden soll, erachten wir als sinnvoll. Zumindest bei Bauten, die für den persönlichen oder familiären Gebrauch des Bestellers bestimmt sind, kann dieses Recht nicht mit einer zum Voraus getroffenen Abrede wegbedungen werden (Art. 368 Abs. 2 bis OR). Damit solle die problematische Praxis der bündelweisen Abtretung von Mängelrechten abgeschwächt werden. Um in diesem Bereich relevante Fortschritte zu erzielen, bedürfte es jedoch einer umfassenderen Gesetzesrevision.

Beim Bauhandwerkerpfandrecht gemäss Art. 839 ZGB soll neu dahingehend präzisiert werden, als dass keine Eintragung erfolgen kann, wenn der Eigentümer für die angemeldete Forderung zuzüglich Verzugszinsen für die Dauer von zehn Jahren hinreichende Sicherheit leistet. Diese Präzisierung ist zu begrüßen und könnte allenfalls zu einer leichten Verminderung der Neueintragungen führen.

B. Weiterer Revisionsbedarf beim Bauhandwerkerpfandrecht?

Diese Frage, ob wir weiteren Revisionsbedarf beim Bauhandwerkerpfandrecht sehen, ist aus unserer Sicht wie folgt beantworten. Wir erachten den Vorschlag, dass das Pfandrecht nur für Leistungen von Subunternehmen greifen soll, deren Beizug dem Bauherrn durch den Unternehmer zur Kenntnis gebracht worden ist, als sinnvoll. Damit würde der Unternehmer überhaupt erst in die Pflicht genommen, gegenüber dem Bauherrn Transparenz zu schaffen. Diesem dürfte in vielen Fällen so erst bekannt werden, welche Subunternehmen vom Unternehmer für welche Leistungen beigezogen werden. Das Doppelzahlungsrisiko ist stossend und muss durch gesetz-

geberische Massnahmen ausgeschlossen, zumindest aber erheblich vermindert werden. Allerdings wird das Risiko im Zusammenhang mit unredlichen Unternehmern vom Bauherrn auf den Subunternehmer verlagert. Hier bestünde noch Handlungsbedarf.

Freundliche Grüsse



Namens der Regierung

Der Präsident:

Dr. Chr. Rathgeb

Der Kanzleidirektor:

Daniel Spadin

Hôtel du Gouvernement – 2, rue de l'Hôpital, 2800 Delémont

Département fédéral de justice et police (DFJP)
Madame la Conseillère fédérale
Karin Keller-Sutter
Palis fédéral ouest
3003 Berne

Par courriel à zz@bj.admin.ch

Hôtel du Gouvernement
2, rue de l'Hôpital
CH-2800 Delémont

t +41 32 420 51 11
f +41 32 420 72 01
chancellerie@jura.ch

Delémont, le 17 novembre 2020

Révision du code des obligations (défauts de construction) : procédure de consultation

Madame la Conseillère fédérale,
Mesdames, Messieurs,

Le Gouvernement de la République et Canton du Jura vous transmet sa réponse relative à la procédure de consultation citée en marge.

De manière générale, nous sommes favorables à l'avant-projet proposé quant à la révision du droit privé de la construction. Bien que l'augmentation du délai d'avis des défauts à 60 jours constitue une amélioration de la situation du maître de l'ouvrage, celui-ci reste exposé à la déchéance de ses droits en cas d'avis tardif. Cette sanction étant particulièrement sévère, nous serions favorables à la suppression de pareille déchéance.

S'agissant du thème spécifique de l'hypothèque des artisans et entrepreneurs, nous sommes d'avis qu'une révision législative dans ce domaine est nécessaire. En effet, le fait qu'une telle hypothèque puisse être inscrite sur l'immeuble du maître de l'ouvrage alors qu'il a déjà payé l'entrepreneur principal pour les prestations concernées nous paraît choquant. Ainsi, nous proposons d'examiner les possibilités suivantes :

- le paiement antérieur en faveur du partenaire contractuel du maître de l'ouvrage serait un motif empêchant l'inscription d'une telle hypothèque;
- le remplacement pour les sous-traitants d'un droit à l'inscription d'une hypothèque légale sur l'immeuble sur lequel les travaux sont effectués par un droit à la constitution d'un droit de gage sur la créance que l'entrepreneur principal possède contre le maître de l'ouvrage ou son ayant cause.

La proposition que l'hypothèque ne s'applique qu'aux prestations fournies après que le maître de l'ouvrage a eu ou aurait pu avoir connaissance qu'un sous-traitant a été mandaté ne nous paraît pas de nature à améliorer la situation. En outre, elle paraît comporter des difficultés pratiques d'application, notamment quant au degré de diligence que l'on peut attendre du maître de l'ouvrage.

M. Grégory Vuilleumier, conseiller juridique (032 420 56 36 ; gregory.vuilleumier@jura.ch), se tient à votre disposition en cas de question.

Nous vous remercions de nous avoir associés à la présente procédure de consultation et vous prions de croire, Madame la Conseillère fédérale, Mesdames, Messieurs, à l'assurance de notre haute considération.

AU NOM DU GOUVERNEMENT DE LA
RÉPUBLIQUE ET CANTON DU JURA


Martial Courtet
Président




Gladys Winkler Docourt
Chancelière d'État



Finanzdepartement

Bahnhofstrasse 19
6002 Luzern
Telefon 041 228 55 47
info.fd@lu.ch
www.lu.ch

Öffnungszeiten:
Montag - Freitag
08:00 - 11:45 und 13:30 - 17:00

Eidgenössisches Justiz- und
Polizeidepartement
per E-Mail an (Word- und PDF-Dateien):
zz@bj.admin.ch

Luzern, 24. November 2020

Protokoll-Nr.: 1330

Revision des Obligationenrechts (Baumängel)

Sehr geehrte Damen und Herren

Mit Schreiben vom 19. August 2020 haben Sie die Kantonsregierungen in eingangs erwähnter Angelegenheit zur Stellungnahme eingeladen.

Im Namen und Auftrag des Regierungsrates teile ich Ihnen mit, dass der Kanton Luzern die vorgeschlagene, punktuelle Revision des Obligationenrechts und die damit verbundene Stärkung der Rechtstellung insbesondere privater Einmalbauherrschaften begrüsst.

Die vorgesehenen Änderungen der Rügefristen, insbesondere deren Verlängerung, sind grundsätzlich zu befürworten. Sie helfen privaten, unerfahrenen Bauherrschaften bei der Wahrnehmung ihrer Rechte. Für professionelle Bauherrschaften – wozu der Kanton Luzern zählt – dürften die Änderungen von geringer Relevanz sein, da regelmässig die SIA-Normen zur Anwendung kommen. Die dispositive Natur der neuen Rügefristen gibt den Parteien einerseits die Flexibilität, eine kürzere oder längere Frist zu vereinbaren, birgt aber auch das Risiko, dass die neuen Rügefristen in der Praxis zur Verhandlungssache werden und von unerfahrenen Bauherrschaften nicht durchgesetzt werden können. Dieses Risiko könnte verhindert werden, indem die Rügefristen mit einer zwingenden Minimalfrist versehen würden.

Die Änderungen im Zusammenhang mit dem Nachbesserungsrecht für Erwerber von neu erstelltem Wohneigentum zur Eigennutzung sind für den Kanton Luzern als Bauherrn nicht relevant. Sie dienen der Verbesserung der rechtlichen Position von privaten, unerfahrenen Bauherrschaften gegenüber Generalunternehmen, was unter dem Titel der Waffengleichheit zu begrüssen ist. Die Unterscheidung persönlicher/familiärer Gebrauch und beruflicher/gewerblicher Zweck gilt es jedoch zu überdenken. Denn auch bei beruflichen und gewerblichen Zwecken kann das Nachbesserungsrecht problematisch sein, wenn es vom (General-)Unternehmer an den Bauherrn übertragen wird. Das Gleiche gilt sinngemäss bei Grundstückskäufen. Ausserdem sollte für eine praktikable Anwendung bei allen Nutzungszwecken die gleiche Handhabung erfolgen.

Das Recht auf Stellung einer Ersatzsicherheit anstelle des Bauhandwerkerpfandrechts betrifft den Kanton als Bauherrn nur dann, wenn er Bauten im Finanzvermögen erstellt. Bei

Bauten im Verwaltungsvermögen kann kein Bauhandwerkerpfandrecht eingetragen werden, da die Verwertung nicht möglich ist. Der Staat als Eigentümer haftet nach den Bestimmungen über die einfache Bürgschaft (vgl. Art. 839 Abs. 4 ZGB). Die Ausdehnung der Sicherheit auf die Verzugszinsen während 10 Jahren ist dennoch zu begrüssen, da damit eine bestehende Rechtsunsicherheit beseitigt wird (vgl. unterschiedliche Rechtsprechung in den Kantonen und beim Bundesgericht).

Zu den von Ihnen zum Revisionsbedarf bei Bauhandwerkerpfandrechten gestellten Fragen nimmt der Kanton Luzern wie folgt Stellung:

1. Wie könnte das Bauhandwerkerpfandrecht angepasst werden, um das Verhältnis zwischen Bauherrn und Subunternehmer ausgewogener zu regeln?

Die Zahlungsmodalitäten konnten bisher vertraglich vereinbart werden, allerdings befand sich der Bauherr dabei oft in der schwächeren Verhandlungsposition. Einzelne Varianten solcher vertraglicher Abmachungen könnten durchaus als gesetzliche Lösungen dienen:

- a. Der Bauherr bezahlt den Unternehmer erst, wenn dieser seinerseits nachweist, dass er die Subunternehmer entschädigt hat.
- b. Der Bauherr bezahlt die Subunternehmer direkt. Dies ist allerdings mit administrativem Aufwand für den Bauherrn verbunden, welcher durch die Beauftragung eines Generalunternehmers gerade vermieden werden sollte.
- c. Der Bauherr bezahlt auf ein Sperrkonto, welches nach Ablauf der Eintragungsfristen freigegeben wird. Dies setzt ebenfalls voraus, dass die Subunternehmer vom Generalunternehmer bezahlt wurden.

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

Die Kenntnis über den Subunternehmer darf keine Rolle spielen. Nach der Bezahlung durch den Bauherrn soll kein Bauhandwerkerpfandrecht mehr eingetragen werden können.

3. Sehen Sie in diesem Bereich gesetzgeberischen Handlungsbedarf?

Dass ein Grundstück trotz erfolgter Zahlung noch mit einem Bauhandwerkerpfandrecht belastet werden kann, ist störend und sollte mittels einer gesetzlichen Regelung korrigiert werden. Das Verhältnis zwischen General- und Subunternehmer soll sich der Bauherr nicht anrechnen lassen müssen.

Ich danke Ihnen für die Möglichkeit zur Stellungnahme und die Berücksichtigung der Eingaben des Kantons Luzern.

Freundliche Grüsse



Reto Wyss
Regierungspräsident



LE CONSEIL D'ÉTAT

DE LA RÉPUBLIQUE ET
CANTON DE NEUCHÂTEL

Département fédéral de justice et police
Palais fédéral ouest
3003 Berne

Révision du code des obligations (défauts de construction)

Madame la conseillère fédérale,

Le Conseil d'État de la République et Canton de Neuchâtel a pris connaissance de l'avant-projet concernant la révision du code des obligations (défauts de construction) et il vous remercie de l'associer à la procédure de consultation.

En préambule, nous souscrivons à la volonté des autorités fédérales d'améliorer la situation des maîtres d'ouvrage (en particulier des propriétaires de maisons individuelles ou de parts d'étages). L'avant-projet va globalement dans la direction souhaitée, soit la pacification de ces relations contractuelles particulières.

Nous approuvons l'introduction du droit irrévocable à la réfection en cas d'achat ou de construction d'un logement. Les clauses de restriction ou de cession de garantie sont très défavorables aux maîtres d'ouvrage privés, qui, souvent, ne se rendent pas compte de toutes les conséquences de ce qu'ils signent. Ce d'autant plus que l'interprétation de ces clauses posent de grandes difficultés en pratique.

La détermination de la durée des intérêts moratoires facilitera la constitution des sûretés à fournir par le propriétaire d'immeuble, ce que nous soutenons.

Actuellement, le Canton de Neuchâtel ne voit pas de nécessité à réviser le droit de l'hypothèque légale des artisans et des entrepreneurs.

En vous remerciant de nous avoir consultés, nous vous prions de croire, Madame la conseillère fédérale, à l'assurance de notre haute considération.

Neuchâtel, le 18 novembre 2020

Au nom du Conseil d'État :

La présidente,
M. MAIRE-HEFTI

La chancelière,
S. DESPLAND

M. Maire-Hefti
S. Despland





CH-6371 Stans, Dorfplatz 2, Postfach 1246, STK

PER E-MAIL

Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement EJPD
Frau Bundesrätin Karin Keller-Sutter
Bundeshaus West
3003 Bern

Telefon 041 618 79 02
staatskanzlei@nw.ch
Stans, 24. November 2020

Revision des Obligationenrechts (Baumängel). Eröffnung des Vernehmlassungsverfahrens. Stellungnahme

Sehr geehrte Frau Bundesrätin

Mit Schreiben vom 19. August 2020 eröffnete das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement (EJPD) unter anderem bei den Kantonen das Vernehmlassungsverfahren zur Änderung des Bundesgesetzes vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht; NG 220).

1 Stellungnahme

Mit der vorliegenden Teilrevision des Obligationenrechts soll eine Verlängerung der Rügefrist, ein Nachbesserungsrecht beim Kauf und der Neuerstellung von Wohneigentum und Konkretisierung der Anforderungen an eine Ersatzsicherheit anstelle der Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts geschaffen werden. Diese Neuregelungen sind im Interesse der Bauherrschaft. Insbesondere werden stossende Fälle verhindert, in denen diese auf Kosten für die Behebung von Baumängeln sitzen bleiben und so in wirtschaftliche Not geraten.

Weiter hat die Vorlage keine finanziellen und personellen Auswirkungen auf den Kanton. Auf das öffentliche Bauwesen des Kantons hat die Vorlage auch keine Auswirkungen: Die Musterbauverträge der Koordinationskonferenz der Bau- und Liegenschaftsorgane der öffentlichen Bauherren (KBOB) erklären hinsichtlich der durch den Vorentwurf neu geregelten Punkte die SIA-Norm 118 für anwendbar, mit welcher der Vorentwurf kompatibel ist. Sollte gleichwohl gewollt das OR zur Anwendung gelangen, so hätte die Vorlage dieselben Auswirkungen wie zwischen Privaten.

2 Fazit

Der Regierungsrat Nidwalden bedankt sich für die Möglichkeit zur Stellungnahme. Er unterstützt die vorgesehenen Änderungen des Bundesgesetzes betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht).

Freundliche Grüsse
NAMENS DES REGIERUNGSRATES



Dr. Othmar Filliger
Landammann



lic. iur. Armin Eberli
Landschreiber

Geht an:

- zz@bj.admin.ch



CH-6061 Sarnen, Postfach 1561, SJD

Per E-Mail an:

Eidgenössisches Justiz-
und Polizeidepartement EJPD
CH-3003 Bern

zz@bj.admin.ch

Referenz/Aktenzeichen: 2020-0474
Unser Zeichen: fu

Sarnen, 26. November 2020

**Vernehmlassung zur Revision des Obligationenrechts (Baumängel);
Stellungnahme.**

Sehr geehrte Frau Bundesrätin,
Sehr geehrte Damen und Herren

geschätzte Karin

Wir danken Ihnen für die Einladung zur Vernehmlassung der Revision des Obligationenrechts (Baumängel). Die vorgeschlagenen Änderungen begrüssen wir und haben keine weiteren Bemerkungen.

Weiterer Revisionsbedarf beim Bauhandwerkerpfandrecht

Das Postulat 19.4638 Caroni "Ausgewogeneres Bauhandwerkerpfandrecht" beauftragt den Bundesrat darzulegen, wie das Bauhandwerkerpfandrecht angepasst werden könnte, um das Verhältnis zwischen Bauherren und Subunternehmer ausgewogener zu regeln. Sie haben uns in diesem Zusammenhang gebeten, zu folgenden Fragen Stellung zu nehmen:

- *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 Doppelbezahlungsrisiko. Wie könnte das Bauhandwerkerpfandrecht angepasst werden, um das Verhältnis zwischen Bauherrn und Subunternehmer ausgewogener zu regeln?*

Grundsätzlich begrüssen wir Ihre Überlegungen, die Stellung des Bauherrn beim Bauhandwerkerpfandrecht zu stärken.

Das Verhältnis zwischen Bauherrn und Subunternehmer könnte beispielsweise ausgewogener geregelt werden, indem die Errichtungsvoraussetzungen des Bauhandwerkerpfandrechts ergänzt werden. Das Gesetz könnte vorsehen, dass die Subunternehmer nachweisen müssen, dass sie sich nicht über den Generalunternehmer absichern können. Zudem könnte vorgesehen werden, dass der Bauherr die Pfanderrichtung abwenden kann, wenn er nachweist, dass er die Leistungen der Subunternehmer bereits über den Generalunternehmer bezahlt hat.

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

Eine solche Regelung ist zu begrüßen. Sie würde dazu führen, dass sich der Bauherr eine Übersicht darüber verschaffen könnte, wer an seinem Grundstück ein Bauhandwerkerpfandrecht errichten darf. Das Doppelbezahlungsrisiko wird dadurch jedoch nicht verringert.

- *Sehen Sie in diesem Bereich gesetzgeberischen Handlungsbedarf?*

Wir sehen im Bereich des Bauhandwerkerpfandrechts gesetzgeberischen Handlungsbedarf. Die aktuelle gesetzliche Regelung benachteiligt die Bauherren. Sie kann unter Umständen dazu führen, dass der Bauherr die Leistungen der Subunternehmer vergüten muss, obwohl er dies schon über den Generalunternehmer gemacht hat. Kann er das nicht, könnte es zur Verwertung seines Grundstücks kommen.

Wir danken für die Berücksichtigung unserer Stellungnahme.

Freundliche Grüsse

Christoph Amstad
Regierungsrat

Kopie an:

- Kantonale Mitglieder der Bundesversammlung
- Bau- und Raumentwicklungsdepartement
- Amt für Justiz
- Staatskanzlei



Eidgenössisches Justiz- und
Polizeidepartement
Bundeshaus West
3003 Bern

Regierung des Kantons St.Gallen
Regierungsgebäude
9001 St.Gallen
T +41 58 229 32 60
info.sk@sg.ch

St.Gallen, 13. November 2020

Revision des Obligationenrechts (Baumängel); Vernehmlassungsantwort

Sehr geehrte Frau Bundesrätin

Mit Schreiben vom 19. August 2020 laden Sie uns zur Vernehmlassung zur Revision des Obligationenrechts (Baumängel) ein. Wir danken für diese Gelegenheit und teilen Ihnen mit, dass wir die Vorlage begrüssen, zumal die Festlegung einer einheitlichen Rügefrist zu mehr Rechtssicherheit führt.

Zu den Fragen betreffend den weiteren Revisionsbedarf beim Bauhandwerkerpfandrecht nehmen wir gern wie folgt Stellung:

Seitens des Kantons St.Gallen wird im Bereich des Bauhandwerkerpfandrechts ein gesetzgeberischer Handlungsbedarf gesehen. Insbesondere bei Grossbaustellen ist ein Überblick darüber, ob es sich beim Dienstleistungserbringer um einen Vertragspartner oder einen Subunternehmer handelt, zuweilen schwierig bzw. unmöglich und birgt die Gefahr von Doppelzahlungen. Folglich wäre es begrüssenswert, wenn das Bauhandwerkerpfandrecht nur greifen würde, nachdem der Bauherr vom Subunternehmer zuverlässig Kenntnis erhalten hat. Hierfür soll der Subunternehmer dem Bauherrn vorgängig zur Kenntnis bringen müssen, dass er auf der fraglichen Baustelle tätig sein wird. Dagegen wird eine Regelung, wonach bereits das «Kennen sollen» des Bauherrn genügen soll, als nicht praktikabel eingeschätzt. Ebenso wenig wird die zum Teil vertretene Meinung geteilt, dass im Zeitpunkt der Inkennnissetzung eine Unterscheidung, ob «Material und Arbeit» oder nur «Arbeit» geliefert wird, erforderlich ist; auf diese Unterscheidung kann es aus Sicht des Bauherrn nicht ankommen.

Wir danken Ihnen für die Berücksichtigung unserer Anliegen.



Im Namen der Regierung

Bruno Damann
Präsident



Dr. Benedikt van Spyk
Staatssekretär

Zustellung auch per E-Mail (pdf- und Word-Version) an:
zz@bj.admin.ch

Kanton Schaffhausen
Regierungsrat
Beckenstube 7
CH-8200 Schaffhausen
www.sh.ch



Telefon +41 (0)52 632 71 11
Fax +41 (0)52 632 72 00
staatskanzlei@ktsh.ch

Regierungsrat

Eidgenössisches Justiz- und
Polizeidepartement EJPD

per Email an: zz@bj.admin.ch

Schaffhausen, 17. November 2020

Vernehmlassung zur Revision des Obligationenrechts (Baumängel)

Sehr geehrte Frau Bundesrätin
Sehr geehrte Damen und Herren

Mit Schreiben vom 19. August 2020 haben Sie uns in vorgenannter Angelegenheit zur Stellungnahme eingeladen. Wir bedanken uns für diese Möglichkeit und teilen Ihnen mit, dass wir die unterbreitete Vorlage begrüssen.

Im Übrigen verzichten wir auf Anmerkungen bezüglich möglicher Gesetzesanpassungen zur Abschwächung des sogenannten Doppelzahlungsrisikos.



Freundliche Grüsse
Im Namen des Regierungsrates
Der Präsident:


Martin Kessler

Der Staatsschreiber:


Dr. Stefan Bilger



6431 Schwyz, Postfach 1260

per E-Mail

Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement
3003 Bern
elektronisch an: zz@bj.admin.ch

Schwyz, 17. November 2020

Revision des Obligationenrechts (Baumängel)

Vernehmlassung des Kantons Schwyz

Sehr geehrte Frau Bundesrätin
Sehr geehrte Damen und Herren

Mit Schreiben vom 19. August 2020 haben Sie die Kantonsregierungen eingeladen, zur oben erwähnten Vernehmlassungsvorlage bis 30. November 2020 Stellung zu nehmen. Für diese Einladung danken wir Ihnen bestens.

Der Kanton Schwyz unterstützt die Vorlage und sieht keinen weiteren Revisionsbedarf beim Bauhandwerkerpfandrecht.

Nachdem sich das geltende Bauvertragsrecht gemäss Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911 (OR, SR 220) in der Praxis im Wesentlichen bewährt hat, beschränkt sich die vorliegende Revision auf nachstehende Punkte:

Verlängerung der Rügefristen: Derzeit müssen Baumängel «sofort», das heisst innert weniger Tage, gerügt werden, andernfalls die entsprechenden Mängelrechte verwirken. Gemäss dem Vorentwurf (VE) soll die Rügefrist zwar grundsätzlich beibehalten, sie aber gegenüber heute in drei Punkten verlängert werden. Für Mängel an unbeweglichen Werken soll neu eine Rügefrist von 60 Tagen gelten (Art. 367 Abs. 1 zweiter Satz VE-OR). Dieselbe Rügefrist soll auch beim Grundstückskauf gelten (Art. 219a Abs. 1 VE-OR). Für versteckte Mängel soll sodann ebenfalls eine Frist von 60 Tagen gelten; solche Mängel könnten somit während 60 Tagen nach ihrer Entdeckung gerügt werden (Art. 219a Abs. 1 und Art. 370 Abs. 3 zweiter Satz VE-OR). Diese neue Frist soll (entsprechend der heutigen Rechtslage) dispositiver Natur sein. Den Vertragsparteien steht es somit frei, eine kürzere oder eine längere Frist zu vereinbaren.

Nachbesserungsrecht beim Kauf und der Neuerstellung von Wohneigentum: Im Vorentwurf wird ein unabdingbares Nachbesserungsrecht für Verträge über die Erstellung oder den Kauf einer

Baute, welche für den persönlichen oder familiären Gebrauch bestimmt ist, vorgeschlagen (Art. 368 Abs. 2^{bis} VE-OR). Dadurch wird die vor allem für Haus- und Stockwerkeigentümer nachteilige Praxis der Kombination von Freizeichnung des Verkäufers oder Unternehmers bei gleichzeitiger Abtretung von Gewährleistungsansprüchen gegen die Subunternehmer eingeschränkt. Das Nachbesserungsrecht soll jedoch nur beim Kauf eines Grundstücks mit einer neu erstellten oder noch zu erstellenden Baute bestehen. Da es nur dort von zufälligen Umständen oder einer bewussten Steuerung der Vertragsparteien abhängen kann, ob ein Kauf- oder Werkvertrag vorliegt, rechtfertigt sich nur dort eine Gleichbehandlung dieser beiden Vertragstypen. Als Neubauten sollten Bauten gelten, die weniger als ein Jahr vor dem Erwerb neu errichtet worden sind oder noch zu errichten sind (Art. 219a Abs. 2 VE-OR).

Konkretisierung der Anforderungen an eine Ersatzsicherheit anstelle der Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts: Damit soll gewährleistet werden, dass Grundeigentümer wieder Ersatzsicherheiten (insbesondere Bankgarantien) stellen und so die Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts abwenden können. Mit dem Vorentwurf soll im Wesentlichen verhindert werden, dass die Bauherren in gewissen Fällen, in welchen dies als unbillig erscheint, auf den Kosten für die Behebung von Baumängeln sitzen bleiben.

Wir danken Ihnen für die Gelegenheit zur Stellungnahme und versichern Sie, Frau Bundesrätin, unserer vorzüglichen Hochachtung.

Im Namen des Regierungsrates:



Petra Steimen-Rickenbacher
Landammann



Dr. Mathias E. Brun
Staatsschreiber

Kopie an:

- die Schwyzer Mitglieder der Bundesversammlung.

Staatskanzlei, Regierungsgebäude, 8510 Frauenfeld

Eidgenössisches
Justiz- und Polizeidepartement
Frau Karin Keller-Sutter
Bundesrätin
Bundeshaus West
3003 Bern

Frauenfeld, 17. November 2020

Revision des Obligationenrechts (Baumängel)

Vernehmlassung

Sehr geehrte Frau Bundesrätin

Wir danken Ihnen für die Möglichkeit zur Stellungnahme zum Entwurf für eine Änderung des Obligationenrechts (OR; SR 220) sowie des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs (ZGB; SR 210) und teilen Ihnen mit, dass wir mit der Vorlage grundsätzlich einverstanden sind. Wir bitten Sie indessen, unsere nachfolgenden Bemerkungen zu einzelnen Bestimmungen und unsere Ergänzungsvorschläge bei den weiteren Rechtssetzungsarbeiten zu berücksichtigen.

1. Bemerkungen zu einzelnen Bestimmungen

Art. 219a Abs. 2 OR

Das Nachbesserungsrecht soll gemäss Entwurf beim Erwerb von Bauten gelten, die weniger als ein Jahr vor dem Erwerb neu errichtet worden sind. Hier wäre nach unserer Auffassung eine Frist von zwei Jahren vor dem Erwerb zielführender. Die Feststellung im erläuternden Bericht, wonach derzeit Neubauten in der Regel innerhalb eines Jahres nach Erstellung verkauft werden können, ist zwar richtig, dies kann sich jedoch bei einer Veränderung der Konjunktur wieder ändern. Das Recht sollte auch für diejenigen Fälle gelten, in denen der Verkauf erst nach ein bis zwei Jahren erfolgt. Mit einer Anpassung der Frist auf zwei Jahre würde sie auch mit der Rügefrist von zwei Jahren für offene Mängel korrespondieren (vgl. Art. 371 Abs. 1 OR).

Art. 367 Abs. 1, Art. 368 Abs. 2^{bis} sowie Art. 370 Abs. 3

Die neuen Rügefristen von 60 Tagen sollen gemäss Vorschlag dispositiver Natur sein, weshalb sie vertraglich abgeändert werden können. Mit einer dispositiven Gestaltung

2/3

dieser Bestimmungen ist jedoch zu befürchten, dass die Fristen regelmässig zum Nachteil der bauenden oder erwerbenden Personen verkürzt werden. Deshalb sollte nach unserer Auffassung festgelegt werden, dass diese Fristen nicht verkürzt werden dürfen. Eine Verlängerung müsste jedoch möglich sein.

2. Weiterer Anpassungsbedarf

Regelung im Stockwerkeigentum

Gemäss Ziff. 2.2.2 des erläuternden Berichts möchte der Bundesrat darauf verzichten, die neuste Rechtsprechung des Bundesgerichts und die Klärung weiterer Punkte ins Gesetz zu übernehmen. Wir sind indessen der Meinung, dass, wenn das Recht über die Haftung für Baumängel schon angepasst wird, auch diese Punkte ins Recht übernommen und dort geklärt werden sollten. Dies würde der Klarheit dienen.

Verbot der Abtretung von Mängelrechten

Gemäss Ziff. 2.2.4 des erläuternden Berichts möchte der Bundesrat die bereits heute unwirksame Abtretung des Wandelungs- und Minderungsrechts nicht ins Gesetz übernehmen. In der Praxis wird diese Abtretung jedoch regelmässig gewünscht. Es würde deshalb der Klarheit dienen, wenn eine Bestimmung ins Gesetz aufgenommen würde, wonach diese Rechte nicht abtretbar sind.

3. Beantwortung der Fragen

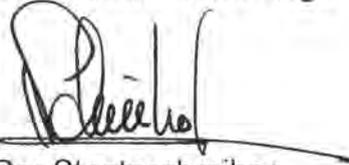
Die auf Seite 2 Ihres Schreibens vom 19. August 2020 gestellten Fragen beantworten wir wie folgt:

1. Das erwähnte Doppelzahlungsrisiko ist aus unserer Sicht problematisch, weshalb wir eine grundsätzliche Regelung, wonach Subunternehmerinnen oder Subunternehmer keinen Anspruch auf Errichtung des Bauhandwerkerpfandrechts geltend machen können, begrüssen würden.
2. Dieser Vorschlag wäre ein möglicher Kompromiss zur soeben erwähnten gänzlichen Streichung des Pfandrechts für Subunternehmerinnen und Subunternehmer. Es ist jedoch fraglich, ob damit das grundsätzliche Problem gelöst werden kann.
3. Ja, wir sehen gesetzgeberischen Handlungsbedarf und ersuchen den Bundesrat, nach Abschluss des Vernehmlassungsverfahrens in der Botschaft eine ausgewogene Lösung vorzuschlagen.

3/3

Mit freundlichen Grüßen

Der Präsident des Regierungsrates



Der Staatsschreiber



Il Consiglio di Stato

Gentile Signora
Karin Keller-Sutter
Consigliera federale
Dipartimento federale di giustizia e polizia
Palazzo federale Ovest
3003 Berna

Procedura di consultazione concernente la revisione del Codice delle obbligazioni (difetti di costruzione)

Stimata Consigliera federale,
Gentili Signore ed egregi Signori,

abbiamo ricevuto la documentazione relativa alla summenzionata procedura di consultazione inerente alcune modifiche del Codice civile svizzero (ipoteca legale degli artigiani e imprenditori), come pure del Codice delle obbligazioni (difetti di costruzione) e vi ringraziamo per la facoltà concessa di poterci esprimere in proposito.

INTRODUZIONE

L'avamprogetto propone una nuova normativa dell'avviso dei difetti e del diritto alla riparazione in caso di compera e di nuova costruzione di abitazioni, nonché delle condizioni della garanzia sostitutiva dell'ipoteca legale degli artigiani e degli imprenditori. Il Canton Ticino accoglie con favore la volontà del Governo federale di migliorare la situazione dei proprietari di immobili, dei proprietari per piani e anche dei committenti professionisti, senza arrecare pregiudizi tangibili agli imprenditori e agli artigiani dell'edilizia (cfr. rapporto esplicativo, pag. 2).

A. REVISIONE DEL DIRITTO DELLA COSTRUZIONE

1. Proposte di modifica del Codice civile

Nuovo art. 839 cpv. 3 CC

Il cpv. 3 dell'art. 839 CC prevede che l'iscrizione dell'ipoteca legale degli artigiani e degli imprenditori non può essere chiesta se il proprietario presta sufficiente garanzia per il credito preteso. Tuttavia, attualmente una garanzia sostitutiva equivalente all'ipoteca

legale deve coprire, oltre alla somma del credito, anche gli interessi di mora per un periodo indeterminato; ciò non permette di calcolare con certezza a quanto potrebbe ammontare in definitiva la garanzia da prestare (cfr. rapporto esplicativo, pag. 31). L'aggiunta, per rispetto alla formulazione attuale, proposta nell'avamprogetto "*più gli interessi di mora per una durata di dieci anni*" è da salutare positivamente, rispettando criteri di sicurezza giuridica ed essendo più che opportuna in un'ottica di chiarezza del diritto.

2. Proposte di modifica del Codice delle obbligazioni

2.1 Prima proposta di revisione: prolungamento e fissazione di un termine per la notifica dei difetti

Il rapporto esplicativo illustra in maniera esaustiva l'attuale situazione oltremodo problematica, in particolare per i committenti, riguardo al tema della notifica dei difetti (cfr. capitolo 2.1.1, pag. 24 e seg.). A ragione la normativa legale (in particolare gli artt. 367 cpv. 1 e 370 cpv. 3 CO) è definita iniqua. Il Tribunale federale, introducendo la regola empirica dei 7 giorni feriali, ha accentuato la criticità del sistema a danno dei committenti e malgrado le critiche della dottrina non ha modificato la sua giurisprudenza (cfr. sentenza 4A_399/2018 dell'8 febbraio 2019 consid. 3.2, citata nel rapporto esplicativo, pag. 25 e 26). Il Tribunale d'appello del Cantone Ticino (seconda Camera civile), da noi interpellato, ci ha indicato che spesso ha dovuto constatare che gli imprenditori abusano di questa situazione tentando in ogni modo di sfuggire alle loro responsabilità in presenza di difetti sollevando la tardività della notifica come pure l'assenza di adeguata motivazione della stessa, ciò che appare oltremodo scioccante dal momento che non è il committente ad avere conoscenze specialistiche in materia. L'applicazione del principio della buona fede non è uno strumento sufficiente per porre rimedio agli abusi degli appaltatori.

Ciò premesso, lo scrivente Consiglio ritiene che la proposta di modifica degli **artt. 367 cpv. 1 secondo periodo e 370 cpv. 3 secondo periodo CO**, con l'introduzione di un termine di 60 giorni per la segnalazione di difetti di un'opera immobiliare, sia senz'altro positiva nonché necessaria quanto auspicabile nella sua concretizzazione quanto prima. La distinzione che si inserisce a questo punto tra opera mobiliare e opera immobiliare risulta opportuna. La soluzione proposta non dovrebbe nemmeno creare problemi agli imprenditori, in quanto la Norma SIA 118 prevede già all'art. 172 cpv. 1 un termine più lungo (2 anni, periodo di reclamo dei difetti, come rilevato in modo pertinente alla pag. 26 del rapporto esplicativo), come pure per il fatto che le nuove norme sono di carattere dispositivo.

Reputiamo infine che debba essere valutata positivamente la "parallela" introduzione di un termine di pari durata per la segnalazione dei difetti, sia palesi che nascosti, in caso di compera di un fondo (**art. 219a cpv. 1 AP-CO**). Alla luce dei diversi tipi di contratti che comprendono elementi di compravendita ed elementi di appalto (cfr. rapporto esplicativo, capitolo 1.2.3), la modifica della sola regolamentazione del contratto di appalto non sarebbe stata sufficiente per risolvere i problemi nell'ambito del diritto della costruzione.

2.2 Seconda proposta di revisione: diritto alla riparazione gratuita per il compratore e per il committente in ambito di costruzione di abitazioni

Il rapporto esplicativo espone nel dettaglio i diritti di garanzia, in particolare nel contratto di appalto (pagg. 13-15), quindi il tema della cedibilità di questi diritti (negata dal Tribunale federale per quanto attiene alla rescissione del contratto e alla riduzione del prezzo, ma largamente diffusa nella pratica ovviamente a vantaggio del venditore/appaltatore, rapporto esplicativo pagg. 18-21). La situazione attuale è quindi particolarmente insoddisfacente per l'acquirente/committente. Questi ultimi ben difficilmente possono capire la portata delle varie cessioni. I giuristi, sia che intervengano come avvocati che come notai, sono confrontati con diversi aspetti ancora controversi. Le conseguenze pratiche sono pesanti nella misura in cui il committente si ritrova con una lista di subappaltatori e deve stabilire quale di essi è responsabile del difetto constatato (cfr. rapporto esplicativo, pag. 28), ciò che è praticamente impossibile, mentre sarebbe stato ben più agevole per l'imprenditore generale. Per ovviare a questi problemi il Consiglio federale propone l'introduzione di due norme di carattere imperativo: **l'art. 368 cpv. 2^{bis}** e **l'art. 219a cpv. 2 AP-CO**. La prima norma prevede la nullità dell'esclusione, o limitazione, del diritto alla riparazione gratuita a favore del committente se il difetto concerne una costruzione destinata all'uso personale o familiare. La seconda norma introduce il diritto alla riparazione gratuita per il compratore di un fondo con una costruzione, se questa è ancora da realizzare o è stata costruita meno di un anno prima della vendita. Questo diritto alla riparazione soggiace alle disposizioni sul contratto d'appalto (ossia l'art. 368 cpv. 2 CO e l'art. 368 cpv. 2^{bis} AP-CO, come spiegato nel rapporto esplicativo alle pagg. 37 e 38).

L'introduzione di queste normative è certamente positiva. L'inalienabilità del diritto alla riparazione in caso di abitazioni destinate all'uso personale e familiare si inserisce nella scelta generale del Legislatore di prevedere una tutela accresciuta in tale contesto. La vera novità è il diritto di riparazione gratuita nell'ambito del contratto di compravendita, seppur limitato alle ipotesi sopra descritte. A tale proposito si intravedono problemi pratici, per esempio nella messa in opera del concetto di "*costruzione realizzata meno di un anno prima della vendita*", come pure problemi giuridici che potranno insorgere nel coordinamento con le disposizioni sul contratto d'appalto.

Il Tribunale d'appello del Cantone Ticino (seconda Camera civile), da noi interpellato, osserva in particolare che - siccome si è instaurata una pratica contrattuale problematica di senso opposto (cfr. rapporto esplicativo, pag. 37) nonostante la giurisprudenza del Tribunale federale secondo cui la cessione dei diritti di risoluzione del contratto e di riduzione del prezzo è nulla (cfr. rapporto esplicativo, pag. 27 con rinvio al pt. 1.2.4) - la proposta in esame è volta a risolvere solo parzialmente i diversi aspetti critici. Si tratta senz'altro di un passo nella giusta direzione ma il compratore/committente rimane debole di fronte al venditore/appaltatore. Non è quindi dato comprendere per quale ragione, a fronte di una pratica contrattuale definita problematica (cfr. rapporto esplicativo, pag. 27, come pure capitolo 1.2.5), il Consiglio federale non abbia colto l'occasione per dichiarare imperativi il diritto di risoluzione e il diritto di riduzione del prezzo, a maggior ragione a fronte della suddetta giurisprudenza. Il generico rinvio a "*motivi di proporzionalità*" (cfr. rapporto esplicativo, pag. 29) non appare a mente dello scrivente Consiglio convincente, a maggior ragione dopo l'ampio esposto relativo ai problemi dell'odierna

pratica contrattuale e a fronte degli abusi che ne derivano. Nel rapporto esplicativo figura che la modifica proposta costituisce “un’ingerenza minima e accettabile per l’appaltatore” dato che la riparazione gratuita è già prevista (come primo diritto a cui fare capo) nella Norma SIA 118 (cfr. rapporto esplicativo, pag. 29). La riparazione gratuita e la cessione di altri diritti sono tuttavia due questioni diverse. Lo scrivente Consiglio reputa quindi necessario proteggere più efficacemente gli acquirenti/committenti a fronte di prassi messi in atto da promotori immobiliari e imprenditori.

2.3 Osservazioni in merito all’art. 219a AP-CO

Il cpv. 3 dell’art. 219a AP-CO corrisponde – con l’opportuna sostituzione del termine “fabbricato” con il termine “fondo” – all’attuale cpv. 3 dell’art. 219 CO. Il commento della norma nel rapporto esplicativo precisa che la nuova collocazione è dovuta a motivi di sistematica legale (cfr. pag. 38). A nostro modo di vedere, premesso che già la collocazione del vigente cpv. 3 dell’art. 219 CO non è adeguata, nemmeno lo è quella del nuovo cpv. 3 dell’art. 219a AP-CO. Dal punto di vista della sistematica legale si rileva che quest’ultima norma contiene tre tematiche (il termine per la segnalazione dei difetti, il diritto alla riparazione e il termine di prescrizione), che nell’ambito del contratto d’appalto sono oggetto di tre distinte disposizioni. Lo scrivente Consiglio suggerisce pertanto una diversa sistematica per l’avviso dei difetti, la riparazione gratuita e la prescrizione nell’ambito del contratto di vendita di fondi e, meglio, di prevedere tre articoli (219a, 219b e 219c) con le relative specifiche note marginali.

B. NECESSITÀ DI ULTERIORI INTERVENTI IN MATERIA DI IPOTECA LEGALE DEGLI ARTIGIANI E IMPRENDITORI?

A mente dello scrivente Consiglio è innegabile che la soluzione attuale sia estremamente svantaggiosa per i committenti, in particolare in relazione all’ipoteca legale in presenza di subappaltatori. Una modifica legislativa appare pertanto opportuna, quanto necessaria.

Come richiesto, prendiamo posizione sulle domande da voi poste, che riportiamo qui di seguito integralmente.

- 1) I subappaltatori hanno una pretesa propria alla costituzione di un’ipoteca, indipendentemente da quella dell’imprenditore principale. Il subappaltatore ha tale pretesa anche quando il committente ha già pagato l’imprenditore principale. Per il committente ne deriva in determinate circostanze il rischio di dover pagare a doppio. Come adeguare l’ipoteca legale degli artigiani e imprenditori in modo da disciplinare in modo più equilibrato il rapporto tra committente e subappaltatore?***

Il rischio di dover pagare due volte un subappaltatore è un problema più vasto. Non riguarda soltanto il committente che acquista un immobile da un’impresa generale nel frattempo fallita o divenuta insolvente, la quale non abbia rivelato all’acquirente di non avere tacitato un subappaltatore, ma anche il committente che acquista un immobile da un proprietario divenuto nel frattempo insolvente o irreperibile, il quale non abbia rivelato

all'acquirente di non avere tacitato un appaltatore (cfr. Steinauer, Les droits réels, vol. III, 4° ed., pag. 300 n. 2868 e 2869 con riferimenti). Sapere se in circostanze del genere debba essere protetto l'artigiano o l'imprenditore oppure vada protetto l'acquirente del fondo in buona fede è una questione legislativa di politica giudiziaria.

Ciò detto, a mente dello scrivente Consiglio non è accettabile che un committente sia tenuto a pagare due volte un'opera, anche laddove era all'oscuro del subappalto o lo aveva finanche escluso nel contratto di appalto principale. Una soluzione potrebbe essere quella di escludere la possibilità per il subappaltatore di ottenere l'ipoteca legale nel caso in cui il contratto principale di appalto escludesse esplicitamente la possibilità di subappalto, rispettivamente quella di limitare la possibilità di iscrizione alle sole prestazioni effettuate dopo che il committente è stato informato del fatto che era stato incaricato un subappaltatore o avrebbe potuto esserlo. Tale soluzione presuppone implicitamente un dovere di diligenza per il subappaltatore di verificare cosa preveda il contratto principale tra appaltatore e committente, rispettivamente di accertarsi che il committente sia informato del subappalto di parte o di tutte le opere. Tale dovere di diligenza "accresciuta" rispetto al quadro legale attuale appare comunque giustificata tenendo conto dei contrapposti interessi delle parti e del precetto generale della buona fede (art. 3 CC). Dal momento in cui il committente è informato del subappalto, questo dovere di diligenza passa in suo capo, dovendo egli allora adottare misure idonee atte ad escludere o ridurre un rischio di doppio pagamento.

2) *L'ipoteca dovrebbe essere possibile soltanto per prestazioni effettuate dopo che il committente è stato informato del fatto che era stato incaricato un subappaltatore o avrebbe potuto esserlo?*

Si rimanda a quanto indicato alla domanda 1) che precede, in particolare al paragrafo di cui alla presente pagina. Osserviamo inoltre che il Consigliere agli Stati Andrea Caroni ha proposto nel suo postulato 19.4638 che l'ipoteca legale possa essere chiesta da un subappaltatore soltanto per prestazioni eseguite dopo avere informato il committente. Dato però che il committente di un subappaltatore suole essere un'impresa generale, ci si domanda come possa esserne informato poi il futuro acquirente dell'immobile. Responsabile dell'inconveniente, per l'acquirente dell'immobile, di dover pagare in doppio è in ultima analisi il venditore del fondo. Sulla sua responsabilità dovrebbe probabilmente accentrarsi l'attenzione del Legislatore.

3) *Ritiene necessario un intervento legislativo in tale materia?*

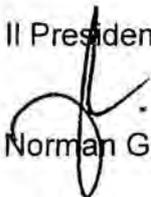
Lo scrivente Consiglio reputa che una riflessione al proposito è più che opportuna, tant'è che il Consiglio federale aveva avanzato una proposta al riguardo quando è stata introdotta la cartella ipotecaria registrale (escludere i subappaltatori dall'ipoteca legale, ma concedere loro un diritto di pegno legale sui loro crediti, cfr. rapporto esplicativo, nota 101, pag. 30). La proposta, oggetto di aspre critiche, è stata abbandonata, ma il problema è rimasto e va quindi affrontato.

Vogliate gradire l'espressione della nostra massima stima.

PER IL CONSIGLIO DI STATO

Il Presidente:

Norman Gobbi



Il Cancelliere:

Arnoldo Coduri



Copia per conoscenza a:

- Dipartimento delle istituzioni (di-dir@ti.ch);
- Dipartimento delle finanze e dell'economia (dfc-dir@ti.ch);
- Dipartimento del territorio (dt-dir@ti.ch);
- Divisione della giustizia (di-dg@ti.ch);
- Segreteria generale del Dipartimento delle istituzioni (di-sg.ap@ti.ch);
- Deputazione ticinese alle Camere federali (can-relazioniesterne@ti.ch);
- Pubblicazione in Internet.



Philippe Leuba
Conseiller d'Etat

Chef du Département de l'économie, de l'innovation et du sport

Rue Caroline 11
1014 Lausanne

Département fédéral de justice et police
Palais fédéral ouest
3003 Berne

Par courrier électronique à :
zz@bj.admin.ch
(une version Word et une version PDF)

Réf. : 20_AFF_25

Lausanne, le 30 novembre 2020

Révision du code des obligations (Défauts de construction)

Madame, Monsieur,

Le Canton de Vaud vous remercie de l'avoir consulté sur l'objet cité en titre.

D'une manière générale, il salue les propositions contenues dans ce texte. Il demande que celui-ci soit adapté sur quelques aspects, afin de gagner en précision.

Il se détermine ainsi comme il suit s'agissant des différents points soumis à consultation.

Délai d'avis

L'avant-projet prévoit un délai de 60 jours à disposition de l'acheteur d'un immeuble pour signaler les défauts de l'ouvrage immobilier, que les défauts soient apparents ou cachés. Il prévoit un délai identique pour le maître d'ouvrage dans le cadre d'un contrat de construction, pour signaler les défauts cachés.

Ce délai devrait permettre à l'acquéreur ou au maître d'ouvrage de disposer de suffisamment de temps pour procéder aux vérifications et si nécessaire obtenir des avis complémentaires en vue de faire valoir ses droits. Par ailleurs, il n'apparaît pas exclu que le délai actuel de 7 jours déterminé par la jurisprudence fasse l'objet d'interprétations voire d'un revirement de jurisprudence. En cela, l'avant-projet améliore la sécurité du droit et contribue à de meilleures conditions-cadre s'agissant des échanges de prestations concernés.

Nous soutenons en conséquence l'inscription dans la loi d'un délai qui paraît équilibré et raisonnable pour les parties à une vente immobilière ou à un contrat d'entreprise.

Droit à la réfection dans les contrats de vente d'immeubles

L'alinéa 2 de l'article 219a AP-CO prévoit d'étendre le droit à la réfection aux contrats de vente d'immeubles portant sur une construction érigée moins d'un an avant la vente ou restant à ériger.

Les règles de garanties diffèrent selon le type de contrat en lien avec la construction d'un immeuble, alors même qu'en pratique, il est parfois difficile de qualifier l'accord conclu entre deux parties. L'introduction d'un droit à la réfection, pour l'acheteur, calqué sur les droits du maître de l'ouvrage, devrait permettre d'éviter certains différends dans les situations où la qualification du contrat ou de certains éléments du contrat est sujette à discussion.

Nous sommes donc favorables à l'introduction de cette disposition dans le Code des obligations.

Nous remarquons néanmoins que le délai à compter depuis l'édification de l'immeuble est relativement imprécis. Il constitue ainsi une nouvelle source d'incertitude. Il apparaît dès lors nécessaire d'indiquer précisément quel événement du processus de construction constitue le point de départ du délai d'un an. Diverses propositions peuvent être envisagées pour déterminer ce *dies a quo* (dès la levée du chantier ; dès la délivrance du permis d'habiter ; etc.), l'essentiel étant de parfaire la proposition à cet égard.

Droit inconditionnel à la réfection sans frais pour les acquéreurs de nouveaux logements pour leur propre usage

L'article 368 alinéa 2bis AP-CO prévoit un droit à la réfection applicable au contrat de vente de nature impérative si la construction concerne un objet que le maître de l'ouvrage destine à un usage personnel ou familial.

Cette disposition, qui vise à améliorer la situation du maître de l'ouvrage ou de l'acquéreur d'un bien immobilier pour son usage propre, peut être saluée.

Dans son texte français, elle doit en tous cas être précisée en ce sens qu'elle doit concerner « une construction que le maître destine à son usage personnel ou familial ».

Droit à la constitution de sûretés en lieu et place de l'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs

L'avant-projet propose de limiter le montant des intérêts moratoires en cas de sûretés en lieu et place d'une hypothèque légale par l'introduction d'une précision à cet égard dans le Code des obligations.

Cette proposition rend plus accessible le recours à des sûretés et élargit par voie de conséquence le champ des solutions en cas de litige entre les différentes parties à un contrat d'entreprise. Elle permet de limiter le recours à l'hypothèque légale des artisans et des entrepreneurs et devrait de ce fait réduire le recours aux autorités judiciaires en matière de droit de la construction.

Nous soutenons donc cette proposition.

Besoin supplémentaire de révision des dispositions sur l'hypothèque des artisans et entrepreneurs

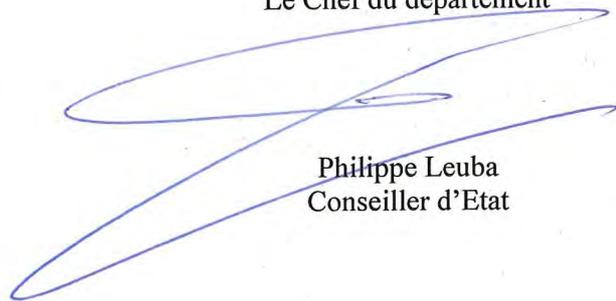
Il apparaît en tous les cas souhaitable d'améliorer les droits du propriétaire en cas d'emploi, par une entreprise générale, de sous-traitants et il doit effectivement être envisagé de réviser le Code des obligations dans ce sens. Il s'agit d'imposer à tout le moins une certaine transparence entre les

différents intervenants lors d'un chantier de construction, afin que le maître de l'ouvrage dispose d'un droit de regard s'agissant des tâches confiées à des sous-traitants et des factures que ceux-ci émettent.

Nous vous remercions d'avance pour l'attention que vous porterez aux différentes remarques ci-dessous.

Nous vous prions de croire, Madame, Monsieur, à l'assurance de nos sentiments les meilleurs.

Le Chef du département



Philippe Leuba
Conseiller d'Etat

Copie

- Monsieur Roland Ecoffey, Chef de l'Office des affaires extérieures



2020.05200

P.P. CH-1951
Sion

Poste CH SA

Nur per Mail

Eidgenössisches Justiz- und
Polizeidepartement EJPD
Bundesamt für Justiz
Bundeshaus West
3003 Bern
zz@bj.admin.ch



Unsere Ref. /
Datum

25. Nov. 2020

Revision des Obligationenrechts (Baumängel) Vernehmlassungsverfahren

Sehr geehrte Frau Bundesrätin
Sehr geehrte Damen und Herren

Besten Dank für die dem Staatsrat mit Schreiben vom 19. August 2020 im Rahmen des laufenden Vernehmlassungsverfahrens zum Obligationenrecht (Baumängel) eingeräumte Möglichkeit zur Stellungnahme. Fristgerecht macht der Staatsrat von dieser Möglichkeit Gebrauch und unterbreitet Ihnen, wie Ihrerseits in Ihrem Begleitschreiben explizit ersucht, seine Stellungnahme per Mail (in einer Word und einer PDF-Version).

Der Walliser Staatsrat teilt die Ansicht des Bundes, dass sich das heutige Recht im Allgemeinen als praxistauglich und ausgewogen erwiesen hat und einzig gewisse einzelne Punkte für die privaten und teilweise auch für die professionellen Bauherren problematisch sind. Daher begrüsst er den vorgeschlagenen und unterbreiteten Regelungsvorschlag im Sinne einer «moderaten» Antwort auf die aktuell pendenten verschiedenen parlamentarischen Vorstösse zum Bauvertragsrecht.

Zu den Ihrerseits gestellten Fragen betreffend Postulat 19.4638 Caroni. «Ausgewogeneres Bauhandwerkerpfandrecht», erlauben wir uns folgende Vorbemerkung:

Zum Bauhandwerkerpfandrecht liegt mittlerweile eine umfangreiche Rechtsprechung und Doktrin vor. Ist diese für Fachleute nachvollziehbar und erlaubt sie doch die nötigen Differenzierungen, ist sie gleichzeitig für die Bevölkerung, etwa einen Laien, der ein bebautes oder zu bebauendes Grundstück erwirbt, kaum bekannt noch verständlich. Führt die rechtliche Ausgangslage regelmässig auch zum Doppelzahlungsrisiko, so ist andererseits auch auf die Aufklärungs- und Beratungspflichten von Baufachleuten zu verweisen – auch hier besteht allenfalls Verbesserungspotenzial. Die nachgenannten Möglichkeiten sind keine ausformulierten Vorschläge, sondern entsprechen Vorschlägen zu analysierenden Stossrichtungen.

Zu kann den gestellten Fragen kann der Walliser Staatsrat nachfolgende (nicht abschliessenden) Kurzantworten bzw. Lösungsansätze formulieren:

Frage 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?

Möglichkeit 1: Einführung einer zwingenden Informationspflicht des Bauherrn betreffend Einsatz von Subunternehmern und damit verbundenen allfälligen Zahlungsrisiken des Bauherrn.

Möglichkeit 2: Einführung der Priorität des Subunternehmerpfandrechts mit gleichzeitigem Verlust des Hauptunternehmers gegenüber dem Bauherrn im entsprechenden Umfang ein eigenständigen Bauhandwerkerpfandrecht geltend



machen zu können. Gegebenenfalls muss diese Priorität im Rahmen der Verfahren um Geltendmachung des Pfandrechts beurteilt werden können.

Möglichkeit 3: Bei einem allfälligen Doppelzahlungsrisiko ist eine solidarische oder subsidiäre Haftung des Hauptunternehmers für die ausstehenden Forderungen des Subunternehmers vorzusehen.

Frage 2: Sollte das Pfandrecht nur für Leistungen greifen, die vom Subunternehmer erbracht wurden, nachdem der Bauherr vom Subunternehmer Kenntnis hatte?

Grundsätzlich ja, aber eine einfache Informationspflicht genügt nach Ansicht des Walliser Staatsrates nicht. Unter Hinweis auf den Vorschlag oben (Möglichkeit 1) ist die Kenntnisnahme nicht genügend gewährleistet, falls sie nur «formell» bzw. floskelhaft erfolgt. Andererseits ist die Einführung, welche beweismässig und inhaltlich standhält, an Formen gebunden. Wo notarielle Beratung erfolgt, bestehen solche Aufklärungspflichten bereits, und ausdrückliche Aufklärungs- und Beratungspflichten sollten zur Regel werden. Wo keine notarielle Beratung vorgesehen ist, wie z.B. einfachen Werkverträgen, sind die Formvorschriften heute schwerlich mit ausdrücklichen Informationspflichten in Einklang zu bringen. Das Doppelzahlungsrisiko ist aber zu bedeutend, als dass es allein auf den Schultern von allenfalls unerfahrenen Bauherren bzw. Käufern liegt.

Frage 3: Sehen Sie in diesem Bereich gesetzgeberischen Handlungsbedarf?

Grundsätzlich ist der Walliser Staatsrat der Ansicht, dass die heutige Regelung unverändert beibehalten werden kann. Falls aber seitens des Bundes eine gesetzgeberische Anpassung angestrebt werden sollte, schlagen wir vor, in Zusammenarbeit mit den Kantonen sicherzustellen, dass diese je nach Lösungsvariante die einschlägigen kantonalen Bestimmungen im Bereich des Notariatswesens zu überprüfen, zu ergänzen und allenfalls abzuändern haben.

Allenfalls wäre in diesem Zusammenhang durch den Bund vorgängig abzuklären, ob aufgrund der aktuellen Bautechnologie und -art, bzw. deren künftige Entwicklung eine Anpassung des heute gültigen Gegenstandes des Bauhandwerkerpfandrechts angezeigt wäre.

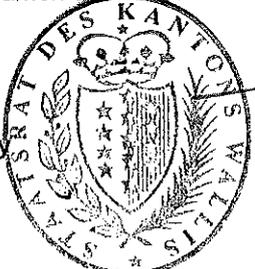
Sollte der Bund eine Fachkommission mit der Ausarbeitung eines entsprechenden Gesetzesvorentwurfes beauftragen, erklärt der Walliser Staatsrat auf Wunsch des Bundes bereit, eine Fachperson der Kantonsverwaltung in diese Fachkommission zu delegieren.

Denkbar wäre aus Sicht des Walliser Staatsrats auch, nebst einem gesetzgeberischen Tätigwerden, der Einbezug der Kantone und Verbände zwecks Erreichung paralegaler Übereinkünfte zur Aufklärungs- und Beratungspflicht; bei Baufachleuten wie Notaren, Baumeistern, Architekten, etc.

Der Staatsrat dankt Ihnen, sehr geehrte Frau Bundesrätin, sehr geehrte Damen und Herren, für die Einräumung der Möglichkeit zur Stellungnahme und versichert Sie seiner vorzüglichen Hochachtung.

Im Namen des Staatsrates

Der Präsident
Christophe Darbellay



Der Staatskanzler
Philipp Spörri

Antwort per Mail an: zz@bj.admin.ch

Kopie an Verwaltung- und Rechtsdienst des Departements für Mobilität, Raumentwicklung und Umwelt
Dienststelle für Grundbuchwesen
Rechtsdienst für Sicherheit und Justiz



Volkswirtschaftsdirektion, Postfach, 6301 Zug

Nur per E-Mail

Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement
EJPD
Bundesrätin Karin Keller-Sutter
Bundeshaus
3003 Bern

T direkt +41 41 728 55 01
silvia.thalmann@zg.ch
Zug, 27. Oktober 2020 DICR
VD VDS 6 / 348 - 52994

**Vernehmlassung zur Revision des Obligationenrechts (Baumängel)
Stellungnahme des Kantons Zug**

Sehr geehrte Frau Bundesrätin
Sehr geehrte Damen und Herren

Mit Schreiben vom 19. August 2020 haben Sie die Kantone eingeladen, zu oben erwähnter Vernehmlassung Stellung zu nehmen. Der Regierungsrat des Kantons Zug hat die Volkswirtschaftsdirektion mit der direkten Erledigung beauftragt.

Antrag:

Wir begrüssen die vorgeschlagene Revision des Obligationenrechts im Bereich der Baumängel.

Begründung:

Insbesondere das unabdingbare Nachbesserungsrecht beim Kauf und der Neuerstellung von Wohneigentum wird begrüsst.

Die Verlängerung der Rügefrist auf 60 Tage ist im Interesse des Bauherrn, weshalb wir die Gesetzesänderung unterstützen. Auswirkungen auf den Kanton Zug als Bauherrn hat dies jedoch keine, da wir uns bereits zum heutigen Zeitpunkt an die SIA-Norm 118 halten, in welcher diese Frist bereits vorgesehen ist.

Für Nachfragen steht Ihnen Carla Dittli, stv. Generalsekretärin der Volkswirtschaftsdirektion zur Verfügung, carla.dittli@zg.ch, Tel.-Nr. 041 728 55 33.

Wir danken Ihnen für die Möglichkeit zur Stellungnahme.

Seite 2/2

Freundliche Grüsse
Volkswirtschaftsdirektion



Silvia Thalmann-Gut
Regierungsrätin

Kopie per E-Mail an:

- zz@bj.admin.ch (Word- und PDF-Datei)
- Zuger Mitglieder der Bundesversammlung
- Baudirektion
- Amt für Wirtschaft und Arbeit
- Obergericht
- Staatskanzlei zur Veröffentlichung auf der Homepage



Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement
3003 Bern

18. November 2020 (RRB Nr. 1126/2020)

Revision des Obligationenrechts (Baumängel); Vernehmlassung

Sehr geehrte Frau Bundesrätin

Mit Schreiben vom 19. August 2020 haben Sie uns die Änderung des Schweizerischen Obligationenrechts (OR; SR 220) zur Vernehmlassung unterbreitet. Wir danken für die Gelegenheit zur Stellungnahme und äussern uns wie folgt:

Teil A: Revision des Bauvertragsrechts

Zu Art. 219a Abs. 1 und 367 Abs. 1 E-OR:

Wir begrüssen die Verlängerung der gesetzlichen Rügefrist für Baumängel von der sofortigen Rüge zu einer 60-tägigen Frist, da aufgrund der komplexen Bautätigkeiten oft nicht klar ist, ob ein Mangel vorliegt, oder wenn ein Mangel erkannt wird, ist dessen Substanziierung anspruchsvoll und zeitlich aufwendig. Die Änderung der gesetzlichen Frist ist dispositiver Natur und wird in der Praxis häufig durch die Regelungen der SIA-Norm 118 (zweijährige Rügefrist) ersetzt, was wir als richtig erachten. Damit hat die geplante Änderung des OR praktisch keine Auswirkungen auf die Abwicklung von zukünftigen Mängelrügen bei Werkverträgen, bei denen die SIA-Norm 118 vereinbart wurde bzw. wird. Die Mängelrügefrist für den Grundstückskauf erachten wir ebenfalls als sinnvoll.

Zu Art. 368 Abs. 2^{bis} E-OR:

Wir stimmen der Regelung zu, wonach ein unabdingbares Nachbesserungsrecht für Mängel an Bauten, die für den persönlichen oder familiären Gebrauch bestimmt sind, gelten soll.

Zu Art. 839 Abs. 3 E-ZGB:

Die geltende Regelung betreffend Ersatzsicherheit ist nicht praktikabel, weshalb die neue Beschränkung der Verzugszinse auf zehn Jahre sinnvoll ist. Die Möglichkeit, anstelle der Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts eine Ersatzsicherheit (z. B. eine Bankgarantie) für die ausstehenden Forderungen beizubringen, soll weiterhin bestehen, da die Ersatzsicherheit in der Handhabung einfacher ist. Diese Präzisierung des Gesetzes begrüssen wir.

Teil B: Weiterer Revisionsbedarf beim Bauhandwerkerpfandrecht?

Zu Frage 1:

Es ist Sinn und Zweck des Bauhandwerkerpfandrechts, die Subunternehmerinnen und Subunternehmer zu schützen. Mit einer Anpassung des Bauhandwerkerpfandrechts kann ohne Änderung des Zwecks des Bauhandwerkerpfandrechts somit kein ausgewogeneres Verhältnis zwischen Bauherrschaft und Subunternehmen geschaffen werden.

Ein ausgewogeneres Verhältnis bzw. ein Schutz der Bauherrschaft vor einer Doppelzahlung kann erreicht werden, indem in den Verträgen mit den Generalunternehmen entsprechende Klauseln eingebaut werden. Gesetzgeberischer Anpassungsbedarf besteht dabei nicht (siehe Beantwortung der Frage 3).

Zu Frage 2:

Die Kenntnis davon, dass ein Subunternehmen tätig wird und wer dies ist, nützt der Bauherrschaft nichts und ändert nichts an einer allfälligen Doppelzahlung.

Zu Frage 3:

Gesetzgeberische Anpassungen würden zu stark in die Vertragsfreiheit eingreifen, weshalb wir ein solches Vorgehen nicht unterstützen würden. Für die Bauherrschaft ist es wichtig, dass sie in den Verträgen eine Bestimmung einbaut, wonach sie bei Zahlungsschwierigkeiten des Unternehmens ein Subunternehmen oder eine Lieferantin oder einen Lieferanten direkt bezahlen kann. Die Bauherrschaft sollte in den Verträgen das Unternehmen auch verpflichten, ein Bauhandwerkerpfandrecht abzulösen mit der Androhung, dass der Betrag sonst von der nächsten fälligen Zahlung in Abzug gebracht wird. Bei diesem Vorgehen ist kein gesetzgeberischer Handlungsbedarf gegeben.

Genehmigen Sie, sehr geehrte Frau Bundesrätin,
die Versicherung unserer ausgezeichneten Hochachtung.

Im Namen des Regierungsrates

Die Präsidentin:

Die Staatschreiberin:

Dr. Silvia Steiner

Dr. Kathrin Arioli



FDP.Die Liberalen, Postfach, 3001 Bern

Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement
(EJPD)
Bundesamt für Justiz
3003 Bern

Bern, 21. Dezember 2020
Baumängel/ DD

Per Email an zz@bj.admin.ch und
david.oppliger@bj.admin.ch

Revision des Obligationenrechts (Baumängel) / Vernehmlassungsantwort der FDP.Die Liberalen

Sehr geehrte Damen und Herren

Für Ihre Einladung zur Vernehmlassung oben genannter Vorlage danken wir Ihnen. Gerne geben wir Ihnen im Folgenden von unserer Position Kenntnis.

FDP.Die Liberalen unterstützt grösstenteils das vorgelegte Revisionsprojekt, welches im Wesentlichen die Vorstösse zweier FDP Fraktionsmitglieder umsetzt; einerseits die parlamentarische Initiative 14.453 «Für verbindliche Haftungsregeln beim Kauf neuer Wohnungen» von NR Petra Gössi und andererseits die Motion 17.4079 «Praxistaugliches Bauhandwerker-Pfandrecht. Recht des Eigentümers auf die Stellung einer Ersatzsicherheit konkretisieren» von SR Thierry Burkart. Wie diese Vorstösse zeigen, ist es der FDP ein Anliegen, dass das Bauvertragsrecht praxistaugliche und ausgewogene Lösungen für die Regelung der Verhältnisse zwischen Bauherrn und Bauunternehmern bzw. Grundstückskäufern und - Verkäufern neu erstellter Bauten bereitstellt, welche den Interessen sowohl gewerblicher Unternehmer wie auch etwaiger unerfahrener Einmalbauherrschaften bzw. Käuferschaften neuer Bauten Rechnung trägt.

Gesamtheitlich betrachtet hat sich das Bauvertragsrecht hinsichtlich dieser Anforderungen bewährt. Die FDP begrüsst daher, dass der Vorentwurf das Bauvertragsrecht nicht grundsätzlich in Frage stellt, sondern stattdessen nur diejenigen Einzelregelungen korrigierend aufgreift, die sich in der Praxis als stossend erwiesen haben. Zu den einzelnen Punkten nimmt die FDP wie folgt Stellung:

Verlängerung der Rügefristen (Art. 219a Abs. 1, Art. 367 Abs. 1 zweiter Satz, Art. 370 Abs. 3 zweiter Satz VE-OR)

Die Ausdehnung der Rügefrist für Werkverträge betreffend unbewegliche Werke sowie für Grundstückskaufverträge auf 60 Tage unterstützt die FDP. Die geltende Obliegenheit zur sofortigen Mängelrüge mit Verwirkungsfolge im Unterlassungs- oder Verspätungsfalle ist unverhältnismässig strikt. Weniger erfahreneren Bestellern bzw. Käufern ist es kaum realistisch möglich rechtzeitig Mängelrüge zu erheben. Die Verwirkungsfolge ist gravierend und kann sich je nach Konstellation ruinös auswirken. Die Verlängerung der Rügefrist auf 60 Tage sollte es auch Laien erlauben sich professionelle Beratung zu suchen und fristgemäss Rüge zu erheben. Mit der numerischen Festlegung auf 60 Tage wird zudem mehr Klarheit bezüglich der Dauer der Frist geschaffen.

Nachbesserungsrecht bei Kaufverträgen über Grundstücke mit neu erstellten Bauten (Art. 219a Abs. 2 VE-OR) und Unabdingbarkeit des Nachbesserungsrechts bei der Neuerstellung von Wohneigentum (Art. 368 Abs. 2bis VE-OR)

Neu soll gemäss dem Vorentwurf auch bei Kaufverträgen über Grundstücke mit neu erstellten Bauten den Käufern zusätzlich zu den bereits geltenden Mängelrechten ein Recht auf unentgeltliche Nachbesserung eingeräumt werden. Dieser auf der Pa.IV. 14.453 von NR Petra Gössi beruhende Revisionsvorschlag wird von der FDP begrüsst. Käufer von neu erstellten Bauten unterstehen dem Kaufrecht, befinden sich aber in einer dem Werkvertragsrecht nahen Konstellation. Durch die

Einführung eines Nachbesserungsrechts wird dem Käufer ein der Situation entsprechendes Recht zur Verfügung gestellt.

Der Vorentwurf sieht weiter vor, dass dieses neue kaufvertragliche Nachbesserungsrecht wie auch das bestehende werkvertragliche Nachbesserungsrecht unabdingbar sein sollen, wenn der Mangel eine Baute betrifft, die für den persönlichen oder familiären Gebrauch bestimmt ist. Damit soll die für die Käuferschaft von neu erstellten Bauwerken und Besteller von Bauten gleichermaßen nachteilige Praxis der Kombination von Freizeichnung und Abtretung von Gewährleistungsansprüchen gegen die Subunternehmer eingeschränkt werden. Die FDP unterstützt dieses Anliegen. Sie befürchtet aber, dass die Einführung einer solchen Regelung zu schwierigen Abgrenzungsfragen führen wird, was bei Bauten mit gemischter Gebrauchsbestimmung (privat und beruflich) zu geschehen habe. Sinnvoller scheint es, auf eine Kategorisierung der Käufer- und Bauherrschaften zu verzichten und das unabdingbare Nachbesserungsrecht allen Käufern von neu erstellten Bauten sowie allen Bauherren zukommen zu lassen.

Bauhandwerkerpfandrecht: Konkretisierung des Umfangs der Ersatzsicherheit (Art. 839 Abs. 3 VE-ZGB)

Der Vorentwurf sieht vor, dass eine Ersatzsicherheit zur Abwendung der Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts zukünftig die Verzugszinsen für zehn Jahre decken muss und nicht wie bisher für unbeschränkte Zeit. Die FDP begrüsst diese Umsetzung der Motion 17.4079 von SR Thierry Burkart. Mit der vorgeschlagenen Regelung wird es den Grundeigentümern wieder erleichtert, Realsicherheiten und vor allem Bankgarantien als Ersatzsicherheiten zu stellen, während zugleich dem Schutz der Handwerker und Bauunternehmer genügend Rechnung getragen wird.

Weiterer Revisionsbedarf bei Bauhandwerkerpfandrecht?

Ergänzt wird das Vernehmlassungsverfahren um einen Fragenkatalog, dessen Antworten in den Bericht über die Möglichkeiten zur Verbesserung des Bauhandwerkerpfandrechts im Sinne eines ausgewogeneren Verhältnisses zwischen Bauherrn und Subunternehmer einfließen sollen.

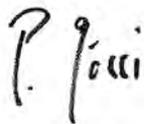
Wie in dem Postulat dargelegt wird, besteht beim Bauherrn ein potentiell ruinöses Doppelzahlungsrisiko, auch bezgl. Subunternehmer, von deren Beizug er keine Kenntnis hatte. Nach Ansicht der FDP ist diese Rechtslage unzufriedenstellend und ein Revisionsbedarf entsprechend vorhanden. Die sog. "Transparenzlösung", wonach das Pfandrecht nur für Leistungen greift, die erbracht wurden, nachdem der Bauherr vom Subunternehmer Kenntnis haben konnte, befindet die FDP als eine sinnvolle auf dem Prinzip der Eigenverantwortung beruhende Lösung.

Wir danken Ihnen für die Gelegenheit zur Stellungnahme und für die Berücksichtigung unserer Überlegungen.

Freundliche Grüsse

FDP.Die Liberalen

Die Präsidentin



Petra Gössi
Nationalrätin

Die Generalsekretärin



Fanny Noghero



Grünliberale Partei Schweiz
Monbijoustrasse 30, 3011 Bern

Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement
Bundesamt für Justiz
3003 Bern

Per E-Mail an: zz@bj.admin.ch

27. November 2020

Ihr Kontakt: Ahmet Kut, Geschäftsführer der Bundeshausfraktion, Tel. +41 31 311 33 03, E-Mail: schweiz@grunliberale.ch

Stellungnahme der Grünliberalen zur Revision des Obligationenrechts (Baumängel)

Sehr geehrte Frau Bundesrätin
Sehr geehrte Damen und Herren

Wir bedanken uns für die Vorlage und den erläuternden Bericht zur Revision des Obligationenrechts (Baumängel) und nehmen dazu wie folgt Stellung:

Allgemeine Beurteilung der Vorlage

Für die Grünliberalen sind faire gesetzliche und vertragliche Regulierungen wichtig, die die Rechte und Pflichten von Haus- oder Wohnungseigentümer/innen auf der einen und Handwerker/innen sowie General- oder Totalunternehmern auf der anderen Seite widerspiegeln. Faire und gerechte Regelungen heisst, dass sich Bestellende oder Käuferschaften von Wohneigentum darauf verlassen können, dass geschlossene Verträge gelten und versprochene Eigenschaften hinsichtlich Qualität, Preis und Termine eingehalten und nötigenfalls 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. In den vergangenen Jahren konnte jedoch die zunehmende Tendenz beobachtet werden, dass die Haftung für Baumängel durch juristisch fragwürdige Abtretungen oder Wegbedingungen ausgehöhlt und vertraglich ins Niemandsland geschickt wird. 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.

Die Grünliberalen unterstützen daher die Stossrichtung der Revision. Ebenso wird begrüsst, dass keine Totalrevision des Bauvertragsrechts oder des Bauhandwerkerpfandrechts angestrebt wird, sondern dass es um gezielte, punktuelle Anpassungen geht.

Bemerkungen zu den einzelnen Bestimmungen

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 (Art. 219a) zusammenzufassen.

Art. 219a Abs. 1 und Art. 367 Abs. 1 Satz 2

Gemäss Vorentwurf muss die Mängelrüge nicht mehr «sofort» erfolgen, sondern bei Grundstücken mit einer Frist von 60 Tagen ab Entdeckung des Mangels. Das bedeutet eine massive 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. Diese Anpassung entschärft die geltende und schon lange zu Recht als unnötig kurze, sofortige Rügeobliegenheit, was zu begrüssen ist und eine eigentliche «Verwirkungsfalle» beseitigt.

Jedoch ist fraglich, ob es überhaupt eine solche Mängelrügefrist braucht. Dass längere Fristen für die jederzeitige Rügemöglichkeit von Baumängeln wirtschaftlich kein Problem darstellen, zeigt sich 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) muss selbstverständlich auch bei der vorgeschlagenen Abschaffung der Frist oder zumindest Einräumung einer zweijährigen, jederzeitigen Rügefrist gelten. Den Unternehmen bleibt dadurch die Gelegenheit, «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.

Art. 219a Abs. 2

Gemäss Vorentwurf soll die Käuferschaft beim Kauf eines Grundstücks mit einer Baute, die noch nicht errichtet wurde oder weniger als ein Jahr alt ist, anstelle der üblichen Mängelrechte auch eine unentgeltliche Nachbesserung verlangen können. Die Grünliberalen begrüssen die Stossrichtung dieser Bestimmung, weil es sich um eine Annäherung des dispositiven Privatrechts an bewährte Gepflogenheiten in der Praxis des Werkvertragsrechts handelt (z.B. der SIA-Norm 118).

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: (Nur) ihnen gegenüber soll es unzulässig sein, den Nachbesserungsanspruch des Bestellenden einzuschränken oder auszuschliessen. Es ist richtig, dass die Nach- oder Verbesserungspflicht das zentrale und wirksamste Mittel bei der rechtlichen wie auch faktischen Mängelbehebung ist. 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, 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, welche die vom Bundesrat vorgeschlagene Lösung schafft, würden der Lösung der fraglos anstehenden Problematik nicht weiterhelfen, sondern sie erschweren. Die Bestimmung ist daher so anzupassen, 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.

Art. 371 Abs. 2 (Ergänzung gegenüber Vorentwurf)

Die Verjährungsfrist von fünf Jahren für die Sachgewährleistung bei unbeweglichen Werken ist 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.

Art. 839 Abs. 3 VE-ZGB

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 Bereitstellen solcher Sicherheiten durch Bank- oder Versicherungsgarantien 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.

Weiterer Revisionsbedarf beim Bauhandwerkerpfandrecht?

Zu den Fragen zum Revisionsbedarf beim Bauhandwerkerpfandrecht (vgl. Begleitschreiben des EJPD) nehmen die Grünliberalen wie folgt Stellung:

Das Bauhandwerkerpfandrecht hat sich als Mittel zur Forderungssicherung bei Bauhandwerkerinnen und Bauhandwerkern 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 bzw. Bestellenden zur Folge. Die Grünliberalen unterstützen daher die Bestrebungen, das Doppelzahlungsrisiko durch angemessene gesetzliche Korrekturen zu vermindern.

Wir danken Ihnen für die Gelegenheit zur Stellungnahme und die Prüfung unserer Anmerkungen und Vorschläge.

Bei Fragen dazu stehen Ihnen die Unterzeichnenden sowie unser zuständiges Fraktionsmitglied, Nationalrat Beat Flach, gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen



Jürg Grossen
Parteipräsident



Ahmet Kut
Geschäftsführer der Bundeshausfraktion



Per E-Mail

Bundesamt für Justiz

Bundesrain 20

3003 Bern

zz@bj.admin.ch

Vernehmlassung zur Revision des Obligationenrechts (Baumängel)

Sehr geehrte Frau Bundesrätin
Sehr geehrte Damen und Herren

Wir bedanken uns für die Möglichkeit zur Stellungnahme, die wir gerne wir folgt wahrnehmen:

1 Grundsätzliche Bemerkungen

Die SP Schweiz unterstützt die vorgeschlagenen Änderungen zur Verbesserung der Rechtsstellung der Bauherren und -frauen im Grundstückkaufs- und Werkvertragsrecht im Grundsatz. Für uns ist die vorliegende Regelung eine taugliche Lösung, um die nach geltendem Recht bestehenden Benachteiligungen der Bauherren und -frauen gegenüber Unternehmer/innen zu beseitigen.¹ Insbesondere private Bauherren – und frauen müssen tatsächlich v.a. aufgrund des Ungleichgewichts und der ungleich verteilten Verhandlungsmacht gegenüber Unternehmer/innen gestärkt werden.² So unterstützte die SP-Bundeshausfraktion bereits sämtliche dieser Vorlage zugrunde liegenden parlamentarischen Vorstösse und dabei insbesondere diejenigen der ehemaligen SP-Nationalrätin Hildegard Fässler-Osterwalder.³ Allerdings schlägt die SP Schweiz vor, die Mängelrügefristen bei Bauten entsprechend der SIA Norm 118 noch stärker zu verlängern als gemäss Vorentwurf vorgeschlagen sowie diese einseitig zwingend zugunsten der Bauherren – und frauen auszugestalten (siehe dazu nachstehend unter Ziff. 2.1.).

¹ Vgl. Erläuternder Bericht, S. 23.

² Vgl. Erläuternder Bericht, S. 24.

³ Siehe Motion 02.3532 und 09.3392.

2 Kommentar zu den wichtigsten Bestimmungen

2.1. Verlängerung der Rügefrist bei Grundstückkaufverträgen und Werkverträgen (Art. 219a VE-OR; Art. 367 Abs. 1 VE-OR)

Die SP Schweiz unterstützt eine deutliche Verlängerung der entsprechenden Mängelrügefristen nachdrücklich, da die bestehende sehr kurze Frist für die Bauherren und –frauen in der Praxis grosse Schwierigkeiten mit sich bringt und ihnen deshalb eine ungerechtfertigt schlechte Rechtsstellung gegenüber den Unternehmer/innen bringt.⁴ Aufgrund dieses starken Ungleichgewichts geht die vorgeschlagene Verlängerung dieser Frist auf 60 Tage der SP Schweiz allerdings zu wenig weit. Vielmehr wäre eine Frist analog der in der Praxis anerkannten und oft verwendeten SIA Norm 118, Art. 172 Abs. 1 auf zwei Jahre⁵ notwendig. Ebenfalls müsste der vorgeschlagene Artikel als einseitig zwingend zugunsten der Bauherren und –frauen ausgestaltet werden, d.h. die Rügefrist könnte durch vertragliche Abrede verlängert, nicht aber verkürzt werden. Das rechtfertigt sich durch den Zweck von einseitig zwingenden Normen, nämlich den Schutz der schwächeren Vertragspartei. Dies ist hier klarerweise aufgrund der meist schwächeren Verhandlungsmacht der Bauherren- und frauen gegenüber den übermächtigen Bauunternehmer/innen gegeben.

Die SP Schweiz beantragt deshalb die Verlängerung der Mängelrügefristen von Art. 219a VE-OR und Art. 367 Abs. 1 VE-OR auf zwei Jahre und die Ausgestaltung dieser Normen als einseitig zwingend zugunsten der Bauherren – und frauen.

2.2. Unabdingbares Recht auf unentgeltliche Nachbesserung bei neu erstelltem Wohneigentum zur Eigennutzung (Art. 368 Abs. 2^{bis} VE-OR)

Die SP Schweiz unterstützt die vorgeschlagene Regelung vorbehaltlos. Gerade aus Sicht von privaten Bauherren – und frauen ist die Nutzung einer unentgeltlichen Nachbesserung die aus praktischen Gründen beste Lösung. Die Möglichkeit des Ausschlusses einer solchen Nachbesserung ist deshalb unbillig⁶ und soll zu Recht neu verunmöglicht werden.

2.3. Recht auf Stellung einer Ersatzsicherheit anstelle des Bauhandwerkerpfandrechts (Art. 839 Abs. 3 VE-ZGB)

Auch diese Regelung unterstützt die SP Schweiz, da sie die aufgrund der aktuellen Rechtsprechung des Bundesgerichts momentan bestehende faktische Unmöglichkeit des Bauherrn/der Baufrau eine

⁴ Siehe Erläuternder Bericht, S. 24ff.

⁵ Vgl. Erläuternder Bericht, S. 26.

⁶ Siehe Erläuternder Bericht, S. 27ff.

ausreichende Ersatzsicherheit zur Abwendung eines Bauhandwerkerpfandrechts zu leisten⁷ wirksam beseitigt.

3 Weiterer Revisionsbedarf beim Bauhandwerkerpfandrecht

Gerne nehmen wir zu den zusätzlich gestellten Fragen bezüglich weiterem Revisionsbedarf beim Bauhandwerkerpfandrecht folgendermassen Stellung:

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?

Nach Ansicht der SP Schweiz sollte dazu eine Lösung gefunden werden, die das aktuell zuungunsten der Bauherren – und -frauen bestehende Doppelzahlungsrisiko beseitigt.

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

Die SP Schweiz würde eine solche Lösung unterstützen, da sie die Rechtssicherheit und Vorhersehbarkeit der Bauherren und -frauen in Bezug auf das Risiko der Errichtung eines Bauhandwerkerpfandrechts wesentlich verbessern.

3. Sehen Sie in diesem Bereich gesetzgeberischen Handlungsbedarf?

Ja, siehe dazu oben stehende Antworten zu Fragen 2 und 3.

⁷ Siehe Erläuternder Bericht, S. 31.

Wir bitten Sie, unsere Anliegen bei der Überarbeitung der Vorlage zu berücksichtigen.

Mit freundlichen Grüßen

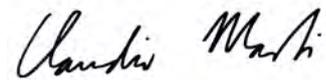
SOZIALDEMOKRATISCHE PARTEI DER SCHWEIZ

Handwritten signature of Mattea Meyer in blue ink.

Mattea Meyer
Co-Präsidentin

Handwritten signature of Cédric Wermuth in black ink.

Cédric Wermuth
Co-Präsident

Handwritten signature of Claudio Marti in black ink.

Claudio Marti
Politischer Fachsekretär

Eidgenössisches Justiz- und Poli-
zeidepartement EJPD
Bundeshaus West
3003 Bern

Elektronisch an:
zz@bj.admin.ch

Bern, 30. November 2020

Revision des Obligationenrechts (Baumängel)

Antwort der Schweizerischen Volkspartei (SVP)

Sehr geehrte Damen und Herren

Anlässlich einer Gesamtüberprüfung des Rechts über die Haftung für Baumängel kommt der Bundesrat zum Ergebnis, dass das geltende Bauvertragsrecht grundsätzlich praxistauglich und ausgewogen sei. Deshalb beschränkt sich der vorliegende Vernehmlassungsentwurf auf die Neuregelung dieser kritischen Einzelpunkte und verzichtet auf eine umfassende Revision.

Mit Blick auf das Recht über die Baumängel heisst das konkret die Verlängerung der Rügefristen, die Einführung eines Nachbesserungsrechts beim Kauf und der Neuerstellung von Wohneigentum und die Konkretisierung der Anforderungen an eine Ersatzsicherheit zur Vermeidung der Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts. Es scheint heute unbestritten, dass sich Laien-Grundstückskäufer und Einmalbauherren gegenüber dem geschäftserfahrenen Unternehmer wohl regelmässig aufgrund des kaum überblickbaren, dispositiven Gewährleistungsrechts, in einer sehr schwachen Position wiederfinden. Die auftretenden Problemkreise bestehen so u. a. auf die Folgen nicht rechtskonformer Mängelrügen, kurzen Verjährungsfristen für fundamentale Bauteile, Ungültigkeit der Abtretung der Mängelrechte usw.

Die SVP unterstützt im Grundsatz das Kernanliegen der Vorlage. Für die Partei ist entscheidend, dass in der Praxis stossende, teilweise ruinöse Folgen zu Lasten der Bürgerinnen und Bürger als Laien-Käufer und Einmal-Bauherren aufgrund überfordernder, dispositiver Rechtsbestimmungen, vermieden werden. Gleichzeitig dürfen aber den professionell Bauenden und dem Gewerbe keine spürbaren Nachteile entstehen.

Rügefrist

Die Mängelrüge stellt heute für private Einmalbauherren ein grosses Problem dar. Eine Kombination der äusserst kurzen Frist zur Ausübung der Mängelrüge mit der Rechtsfolge der vollständigen Verwirkung sämtlicher Mängelrechte bei unterlassener, verspäteter oder nicht genügend substantzierter Mängelrüge sind für Laien kaum beherrschbar und überfordert (sogenannte «Verwirkungsfalle»). Eine zwingende Rechtfertigung für eine derart strenge Regelung gibt es bei Bauverträgen und im Werkvertragsrecht im Allgemeinen nicht. Die betreffende Regelung des Werkvertragsrechts wurde mit Blick auf den handelsrechtlichen Distanzkauf aus dem Kaufrecht übernommen. Zudem ist eine derart strenge Regelung international völlig unüblich.

Aus Sicht der SVP ist es daher zugunsten der Bürgerinnen und Bürger geboten, die Rügefrist für Mängel an unbeweglichen Werken, beim Grundstückskauf und für versteckte Mängel einheitlich auf mindestens 60 Tage zu verlängern. Das Ansetzen bei der Mängelrüge ist denn auch entscheidend, um eine tatsächliche Verbesserung der Situation zu erreichen.

Nachbesserungsrecht für den Erwerber von neu erstelltem Wohneigentum

In der Praxis kommt es bei Neubauten oft zu einer Wegbedingung der Mängelrechte des Bauherrn oder Käufers. Im Gegenzug werden dem Bauherrn oder Käufer dann meist die Mängelrechte des Unternehmers oder Verkäufers gegen seine Subunternehmer abgetreten. Diese Praxis tritt besonders häufig beim Erwerb von Stockwerkeigentum ab Plan auf, jedoch auch beim Erwerb von Reiheneinfamilienhäusern und bei gewöhnlichen Einfamilienhäusern. Solche Vertragsbestimmungen können Bauherren und Käufer stark benachteiligen. Zudem sind die rechtliche Zulässigkeit und Wirkung der Abtretung der Mängelrechte in der Rechtsprechung umstritten.

Die Vorlage sieht zukünftig auch ein Recht auf unentgeltliche Nachbesserung im Kaufvertrag vor. Dieses Nachbesserungsrecht soll jedoch nur beim Kauf eines Grundstücks mit einer neu erstellten oder noch zu erstellenden Baute bestehen. Der Vorentwurf sieht darüber hinaus eine zeitliche Begrenzung vor: Das Nachbesserungsrecht soll nur beim Erwerb von Bauten gelten, die weniger als ein Jahr vor dem Erwerb neu errichtet worden sind oder noch zu errichten sind.

Das (werk-)vertragliche Nachbesserungsrecht bleibt aber weiterhin grundsätzlich dispositiver Natur. Einzig eine zum Voraus getroffene Verabredung, wonach der Anspruch auf unentgeltliche Verbesserung eingeschränkt oder ausgeschlossen wird, ist ungültig, wenn der Mangel eine Baute betrifft, die für den persönlichen oder familiären Gebrauch bestimmt ist.

Aus Sicht der SVP ist entscheidend, dass die Bestimmungen zur Mängelrügefrist, zur unentgeltlichen Verbesserung und Verjährung relativ zwingender Natur sind und nicht zulasten der schwächeren, geschäftsunerfahrenen Partei (Laien-Käufer) abgeändert werden dürfen. Weiter wird sowohl ein Nachbesserungsrecht beim Grund-

stückskaufvertrag, wie auch beim Werkvertrag, insbesondere bei Mängeln an Bauten, die für den persönlichen oder familiären Gebrauch bestimmt sind, von der SVP im Grundsatz unterstützt.

Weiter scheint aber eine über die Vorlage hinaus gehende Prüfung der (Fristen-) Problematik im vorgeschlagenen Anwendungsbereich von neu erstellten Bauten geboten. Bspw. bei Stockwerkeigentumsbauten dauert es häufig länger als ein Jahr ab Erstellung, bis alle Wohnungen verkauft sind. In solchen Fällen käme das vorgeschlagene Nachbesserungsrecht für den Wohnkäufer nicht mehr zum Tragen, obwohl faktisch eine neue erstellte Wohnung gekauft wird (Erstbezug).

Recht auf Stellung einer Ersatzsicherheit anstelle des Bauhandwerkerpfandrechts

Um der Gesetzesbestimmung wieder praktische Bedeutung zu verleihen und die Situation der betroffenen Grundeigentümer zu verbessern, sieht der Vorentwurf vor, die Voraussetzungen für eine Ablösung des Pfandrechtes durch eine Ersatzsicherheit dahingehend zu konkretisieren, dass es neu genügen soll, wenn die Sicherheit nebst der Forderungssumme den Verzugszins für die Dauer von zehn Jahren umfasst. Der erforderliche Betrag einer Bankgarantie oder der erforderliche Wert einer Realsicherheit werden dadurch konkret bezifferbar. Die Interessen der Handwerker und Unternehmer werden demgegenüber kaum beeinträchtigt.

Aus Sicht der SVP ist diese vorgeschlagene Ergänzung zu unterstützen.

Wir danken Ihnen für die Berücksichtigung unserer Stellungnahme und grüssen Sie freundlich.

SCHWEIZERISCHE VOLKSPARTEI

Der Parteipräsident



Marco Chiesa
Ständerat

Der Generalsekretär



Emanuel Waeber

**Associazione
consumatrici e
consumatori della
Svizzera italiana**

strada di Pregassona 33
6963 Pregassona

Telefono
091 922 97 55

IBAN
CH41 0900 0000 6900 4470 1

www.acsi.ch
acsi@acsi.ch

Département fédéral de justice et police (DFJP)

Par courriel : zz@bj.admin.ch

Consulenze:

Infoconsumi
Casse malati
Pazienti

Contabilità domestica

Lugano, le 2 décembre 2020

Procédure de consultation

Révision du Code des obligations (défauts de construction)

Madame la Conseillère fédérale,

Mesdames et Messieurs,



**La Borsa
della Spesa**

Telefono
091 922 97 55

bds@acsi.ch

L'Associazione consumatrici e consumatori della Svizzera italiana (ACSI) vous remercie de l'opportunité qui lui est donnée de s'exprimer sur l'objet cité sous rubrique. La présente prise de position concerne uniquement le projet de révision du Code des obligations.

Prolongation du délai d'avis

Les délais d'avis sont, à l'heure actuelle, trop courts et irréalistes. Il n'est en effet pas rare que le maître d'ouvrage ou l'acheteur se retrouve déchu de ses droits pour avoir fait un avis des défauts trop tardivement. Cette situation n'est pas satisfaisante, d'autant plus que la brièveté de ces délais n'est pas justifiée.

Bien que la prolongation du délai d'avis soit une bonne chose, l'ACSI estime que le Conseil fédéral pourrait aller plus loin et abandonner l'obligation d'avis des défauts. Cette obligation limite grandement l'exercice des droits du maître d'ouvrage ou de l'acheteur sans que cela ne soit justifié. En effet, ces derniers ont déjà le devoir de minimiser le dommage et donc de signaler au plus vite un défaut dont l'ampleur pourrait s'aggraver.

Subsidiairement, la prolongation de ces délais à 60 jours semble adaptée. Cela permettra au maître de l'ouvrage ou à l'acheteur de prendre pleinement conscience de l'ampleur d'un défaut lorsqu'il en découvre un et lui laissera le temps de requérir un conseil juridique si nécessaire.

L'ACSI est d'avis que ces nouveaux délais doivent être semi-impératifs pour éviter toute clause contractuelle qui en diminuerait largement la portée dans un domaine où les contrats dévient souvent de la loi. Ceci permettrait de mieux protéger les maîtres d'ouvrage et les acheteurs face à des situations choquantes.

Alleanza
delle organizzazioni
dei consumatori

acsi

frc

**KONSUMENTEN
SCHUTZ**

Droit à la réfection en cas d'achat d'un logement ou de construction d'un logement

L'ACSI salue l'introduction d'un droit à la réfection en cas de vente d'immeuble pour les constructions devant être érigées ou ayant été érigées moins d'un an avant la vente, ce qui permettra de mettre ces acheteurs sur un même pied d'égalité que les maîtres d'ouvrage.

Notre association soutient que le droit à la réparation ne devrait pas concerner uniquement les objets immobiliers mais devrait s'étendre aux biens mobiliers, à l'exemple de ce que prévoit la Directive 1999/44/CE du 25 mai 1999 sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation. Un tel droit à la réparation favoriserait l'allongement de la durée de vie des biens et donc le développement de l'économie circulaire puisqu'il encouragerait les fabricants à rendre leurs produits plus facilement réparables (démontabilité des appareils, mise à disposition de pièces de rechange, etc.).

L'ACSI est également favorable à l'introduction de l'art. 368, al. 2bis AP-CO qui interdira toute clause restreignant ou excluant le droit à la réparation des défauts pour des constructions et les ventes visées à l'art. 219a, al. 2 AP-CO.

Nous estimons toutefois que les droits à la résolution du contrat et à la réduction du prix doivent être également impératifs lorsque le maître d'ouvrage ou l'acheteur destinent la construction à un usage privé. Comme le souligne le Conseil fédéral, les accords contractuels qui désavantagent fortement les maîtres d'ouvrage ou les acheteurs sont fréquents en pratique en raison du caractère essentiellement dispositifs du droit en la matière et il est par conséquent essentiel d'aller plus loin pour mieux les protéger. En effet, le maître d'ouvrage ou l'acheteur privé n'est pas rompu à ce type de contrat et n'aura pas conscience, au moment de sa conclusion de combien une clause d'exclusion de garantie peut lui être défavorable. Dans la majorité des cas, il ne disposera pas non plus d'une force de négociation suffisante pour qu'un équilibre entre les parties aux contrats soit garanti. L'ACSI propose donc que le droit de la garantie devienne impératif lorsque le maître de l'ouvrage ou l'acheteur n'agit pas à titre professionnel.

Enfin, l'ACSI s'interroge sur la portée de la notion de « construction » des articles 219a, al. 2 AP-CO et 368, al. 2bis AP-CO. Nous proposons que le terme « ouvrage » lui soit substitué, pour assurer une plus large application à ces dispositions et afin de reprendre une notion qui existe déjà dans le droit de la construction.

Fourniture de sûreté en lieu et place de l'inscription d'une hypothèque légale

L'ACSI connaît de cas de consommateurs mal pris face au non-paiement des sous-traitants, alors que des acomptes très onéreux ont déjà été payés à l'entreprise générale. En raison de la jurisprudence actuelle du Tribunal fédéral qui rend quasiment impossible la fourniture de sûretés au sens de l'art. 839, al. 3 CC, les maîtres d'ouvrage n'ont souvent d'autres choix que celui de payer une deuxième fois, directement en mains des sous-traitants, pour éviter l'inscription d'une hypothèque légale alors même qu'ils contestent leur qualité de débiteur.

Cette situation est insatisfaisante et porte préjudice au maître d'ouvrage, d'autant plus que certains établissements de crédits incluent dans leurs contrats la possibilité de dénoncer le prêt lorsqu'un gage immobilier est inscrit.

Le nouvel art. 839, al. 3 AP-CC devrait permettre de palier aux problèmes identifiés et dénoncés.



Autres mesures

L'ACSI est d'opinion que le délai de prescription actuel de 5 ans est trop court. Les défauts peuvent être prescrits avant même qu'ils ne soient découverts. Pour cette raison, nous estimons qu'il convient de le prolonger à 10 ans afin d'offrir une meilleure protection au maître de l'ouvrage ainsi qu'à l'acheteur d'un immeuble qui comprend une construction devant encore être érigée ou ayant été érigée moins d'un an avant la vente.

* * * * *

Nous vous remercions de nous avoir consultés ainsi que de l'attention que vous porterez à notre prise de position et restons à votre disposition pour toute demande complémentaire.

Avec nos meilleures salutations,

Associazione consumatori e consumatrici della Svizzera italiana

L. Regazzoni Meli

Laura Regazzoni Meli – secrétaire générale

Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement (EJPD)
Bundesamt für Justiz
3003 Bern

Per E-Mail an: zz@bj.admin.ch

Bauenschweiz
Cristina Schaffner
Weinbergstrasse 55
8006 Zürich

27.11.2020

Revision Obligationenrecht (Baumängel)

Sehr geehrte Frau Bundesrätin
Sehr geehrte Damen und Herren

Wir danken Ihnen für die Möglichkeit, zum Vorentwurf Obligationenrecht (Baumängel) respektive zur Anpassung des Bauvertragsrechts Stellung zu nehmen.

Bauenschweiz repräsentiert die Bauwirtschaft als wichtigen, innovativen und prosperierenden Wirtschaftssektor. Als Dachverband vertritt und fördert er die Interessen der rund 70 Mitgliederverbänden gegenüber Politik, Behörden und Öffentlichkeit. Die Bauwirtschaft generiert einen jährlichen Umsatz von über 65 Milliarden Franken und beschäftigt rund 500'000 Arbeitnehmende.

Bauenschweiz hat sich bereits 2011 im Rahmen der Beratung der Motion Fässler 09.3392 und 2018 an einer Gesprächsrunde beim Bundesamt für Justiz **dezidiert gegen eine umfassende Revision** des Bauvertragsrechts geäußert. Wir begrüßen, dass das Bundesamt für Justiz unter Beizug von Baurechtsexperten ebenfalls zu diesem Schluss gelangt ist und **stimmen den Elementen der Vorlage zu**.

Zu Unrecht wird von einem verbreiteten Pfusch oder Missbrauch im Bau ausgegangen. Die überwiegende Mehrzahl der Bauprojekte und Mängelbehebungen werden reibungslos umgesetzt. Die subsidiär anwendbaren SIA-Normen berücksichtigen die Bauherreninteressen weitgehend. Die Erarbeitung erfolgt in paritätisch zusammengesetzten Kommissionen, sie sind breit anerkannt und haben sich in der Praxis bewährt. Ein Bauwerk ist kein Konsumgut, auch nicht für private Bauherren beim Eigenheimbau. Ein «Konsumentenschutz» im Bauvertragsrecht ist daher nicht angezeigt.

Bauenschweiz sieht **keinen gesetzgeberischen Handlungsbedarf beim Bauhandwerkerpfandrecht** und lehnt die Anliegen des Postulats Caroni (19.4638) kategorisch ab. Das Bauhandwerkerpfandrecht funktioniert in der Praxis und schützt die Forderung der Subunternehmer und Lieferanten für Arbeitsleistungen und Lieferungen die an ein Grundstück gebunden sind. Die Vorschläge im Postulat Caroni würden insbesondere Subunternehmer und viele Schweizer KMU schwächen. Wir verzichten aus diesem Grund auf eine detaillierte Beantwortung der gestellten Fragen, stehen mit unseren Mitgliedern für einen weiteren Austausch zu diesem Thema aber gerne zur Verfügung.

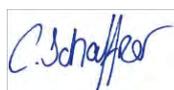
Besten Dank für die Berücksichtigung unserer Überlegungen.

Freundliche Grüsse

Bauenschweiz



Ständerat Hans Wicki
Präsident



Cristina Schaffner
Direktorin

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 Bauwerkvertrags-rechts 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 Versicherungsgarantien 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

Lodevole
Dipartimento federale di
giustizia e polizia
Palazzo federale ovest
3003 Berna

A.c.a On. Consigliera Federale
Karin Keller-Sutter

via mail: egba@bj.admin.ch

Lugano, 2 dicembre 2020

Procedura di consultazione: revisione del Codice delle Obligazioni (difetti di costruzione)

Onorevole Signora Consigliera Federale Keller-Sutter,
Gentili Signore ed egregi Signori,

La **CATEF- Camera ticinese dell'Economia Fondiaria** - da 60 anni tutela gli interessi dei proprietari fondiari del Ticino. Fra i nostri associati contiamo proprietari di case monofamiliari o di pochi appartamenti, come anche proprietari di molte unità, nonché amministratori e fiduciari immobiliari.

Ringraziamo per essere stati consultati in merito all'argomento emarginato e formuliamo di seguito le nostre osservazioni.

In generale

La Costituzione Federale garantisce la proprietà come diritto costituzionale, vuole promuovere l'accesso alla proprietà e tutelarne il mantenimento con delle condizioni quadro possibilmente rispettose dei proprietari. La proposta in oggetto si inserisce proprio in questo contesto.

Essa concerne infatti dei problemi molto importanti e sentiti dai proprietari, che specie per i committenti non "professionisti" e per gli acquirenti che fanno l'acquisto della loro vita - indebitandosi pesantemente e facendo magari capo anche al loro capitale previdenziale - possono comportare conseguenze estremamente gravi.

Inoltre, sia il diritto di appalto come anche quello della compravendita sono diventati molto complessi, tanto che un committente/acquirente dovrebbe sempre farsi assistere da professionisti specialisti della materia - peraltro affatto semplici da trovare e quindi in caso, dai servizi anche costosi - per riuscire a tutelarsi.

Si segnalano sempre più problemi a livello di contratti di appalto, divenuti ormai molto complessi, lunghi e purtroppo ben poco comprensibili ai committenti, sicché non v'è da stupirsi se sono ignari di avere sottoscritto una determinata clausola che mischiata al resto è loro sfuggita, mentre per l'appaltatore - professionista - riveste importanti vantaggi a scapito del committente.

L'esperienza insegna poi che sovente i promotori si appoggiano per la vendita di tutte le quote del condominio allo stesso notaio, che non sempre dà prova di quella equidistanza che ci auspicheremmo e che introduce nel rogito clausole che tutelano maggiormente il venditore o che saranno comunque completate da disposizioni regolamentari o dell'atto costitutivo dalle implicazioni assai pesanti per gli inconsapevoli acquirenti. Così ad esempio le clausole che permettono al promotore di modificare e assegnare o destinare come meglio preferisce delle parti comuni e l'esclusione della responsabilità del promotore e venditore per difetti.

Ai rogiti si aggiungono pure dei regolamenti condominiali, parimenti sbilanciati, le cui conseguenze verranno poi scoperte solo dopo il passaggio di proprietà... Fra questi ad esempio l'imposizione per 5 anni di un amministratore che è alle dipendenze del promotore e che non è quindi indipendente, sicché per un conflitto d'interessi spesso i condomini non riescono a fare notificare ed eliminare correttamente i difetti a spese del promotore venditore. Resta evidentemente aperta la via giudiziaria, ma non è questa la soluzione al problema. Gli esempi di clausole pregiudizievoli sono numerose...

Soprattutto non riteniamo poi accettabile una normativa legale estranea al comune normale buonsenso e gravemente penalizzante per il committente o acquirente - come è quella della notifica immediata dei difetti sia in ambito di appalto e di compravendita (in verità pure locativo...) - che origina danni ingenti a persone senza colpa, salvo quella di essere ignare di questa normativa illogica, iniqua e non sorretta da valido motivo.

Va detto che comunque - come si vedrà nel seguito - contrariamente a quanto pensano degli appaltatori, il termine di 60 giorni non è solo nell'interesse dei committenti, ma pure nel loro stesso, specie in caso di subappalto.

Sottolineiamo poi che in considerazione degli importanti interessi in gioco specie per i piccoli proprietari che si indebitano fortemente per accedere alla proprietà dell'abitazione, riteniamo inaccettabile che al committente, rispettivamente al proprietario di stabili nuovi, sia permesso di escludere il diritto alla riparazione per i difetti dell'immobile.

Pure la questione dell'ipoteca legale in caso di subappalto è molto problematica:

- i proprietari rispondono col loro fondo nei confronti dei subappaltatori anche se hanno adempiuto in maniera impeccabile a tutti i loro obblighi nei confronti dell'appaltatore e se lo scoperto è causato proprio dall'appaltatore, che magari ha scelto i subappaltatori pure all'insaputa del committente.

- È vero che i proprietari potrebbero almeno in parte tutelarsi se escludessero contrattualmente il subappalto ma oltre a non conoscere tale possibilità, verosimilmente sarebbe anche difficile trovare un appaltatore disposto ad accettare tale esclusione.

- Abbiamo sempre chiesto che l'ipoteca legale fosse possibile per lavori ordinati da inquilini/affittuari/beneficiari di diritti reali, solo a condizione che i lavori fossero stati approvati e sottoscritti dal proprietario. Un generico consenso da parte del proprietario viene infatti purtroppo ammesso assai facilmente, ciò che è a suo evidente discapito.

Se è vero che questa richiesta è attualmente intempestiva, visto che il Parlamento ha deciso diversamente solo pochi anni orsono, salutiamo quantomeno positivamente la proposta di rendere la garanzia sostitutiva, in luogo dell'ipoteca legale, una possibilità meno irrealizzabile rispetto alla soluzione odierna.

Nel complesso la proposta in oggetto, molto ben motivata, ha indubbiamente il merito di voler porre rimedio a diversi disequilibri e la riteniamo, nel complesso, indispensabile per ristabilire una maggiore equità e più equilibrio fra le parti.

Più in particolare

Normativa dell'avviso dei difetti

Il progetto introduce un termine di 60 giorni (invece che "immediatamente") per notificare i difetti di un'opera immobiliare. Il termine è lo stesso per i difetti palesi o nascosti. Esso decorre dal momento della consegna della cosa (eccezionalmente anche prima), per i difetti palesi, e dalla loro scoperta, per i difetti nascosti. Decorso tale termine i diritti del committente e acquirente saranno perenti. La norma avrebbe carattere dispositivo.

La normativa attuale prevede sia in ambito di appalto come di compravendita, una notifica immediata dei difetti, di regola al più tardi entro 7 giorni; se le parti hanno concordato che si applichino le norme SIA, il termine applicabile è di ben 2 anni! La normativa del CO della notifica immediata costituisce un'eccezione a livello europeo: l'Italia prevede 60 giorni, Germania, Francia e Austria non prevedono termine, salvo la prescrizione. La regola della notifica immediata è stata estesa anche all'ambito locativo (per la notifica dei difetti del proprietario alla riconsegna dell'ente locato; art. 267a CO) dove peraltro spesso i giudici ammettono addirittura solo due o tre giorni...

Il decorso infruttuoso di tale brevissimo periodo (max. 7 giorni) preclude a committente e acquirente di fare valere i loro diritti legali in caso di opera difettosa (riduzione del prezzo, risarcimento danni, sostituzione e per il solo committente, riparazione gratuita del difetto)

anche a fronte di un'opera palesemente difforme da quanto concordato e indipendentemente dall'entità del difetto. Il committente, acquirente (e locatore) è quindi privato di qualsiasi suo fondamentale diritto nei confronti dell'appaltatore a motivo di semplice ignoranza della prescrizione, per inesperienza, prudenza o fiducia del danneggiato che non dubita che il difetto verrà eliminato.

E ciò nonostante la controparte abbia commesso una violazione contrattuale e se anche non a conoscenza dei difetti, li potrebbe comunque constatare facilmente.

Non si intravede motivo che giustifichi una maggiore tutela di questa parte - che ha violato il contratto e che è un professionista - piuttosto del proprietario, che ha fatto fronte a tutti i suoi obblighi. D'altronde, solo l'anno scorso il Tribunale Federale ha confermato che non vi è alcuna ratio legis che giustifichi il rigido limite di una settimana a tutela del venditore o dell'appaltatore (STF 4A_399/2018 dell'8.2.2019 cons. 3.2).

Ma per il proprietario le difficoltà sono ancora maggiori se consideriamo che la notifica dei difetti oltre ad essere tempestiva, deve adempiere anche altri requisiti, come l'indicazione e la motivazione dei singoli difetti, specificare che non ritiene l'opera consegnata conforme al contratto e che intende chiamare l'appaltatore a risponderne.

Sono requisiti formali molto esigenti da cui troppo spesso dipende l'esito della sua richiesta. In ambito locativo, a fronte di danni anche molto ingenti, la pretesa decade spesso proprio per insufficiente osservanza di questi criteri e più di tutto perché si dà per scontato che un'apposita notifica sia superflua, visto che l'inquilino era a conoscenza dei danni arrecati all'ente locato, o che durante il sopralluogo verbalmente ha ammesso la sua responsabilità, o ancora, la si invia tardivamente perché si aspetta di ricevere i preventivi per eliminare i danni... Sono situazioni che si ripetono analoghe nell'appalto, nella compravendita e nella locazione.

Questa regolamentazione è profondamente iniqua e penalizzante per i proprietari, specie quelli meno esperti, che acquistano o costruiscono la loro casa. La circostanza che le norme SIA prevedano un termine di ben due anni per la notifica dei difetti, ben dimostra che l'attesa, anche di soli 60 giorni, è perfettamente sopportabile per le imprese, e l'opposizione all'estensione del termine è dettata solo da motivi egoistici.

Pur essendo di per sé senz'altro favorevoli alla libertà contrattuale, riteniamo che nel diritto di appalto e di compravendita il termine di 60 giorni dovrebbe essere relativamente imperativo (le parti possono allungarlo ma non abbreviarlo). Di transenna osserviamo che nessun proprietario o committente ha interesse a posticipare la notifica, ritenuto che è proprio lui il primo ad avere interesse a che il difetto sia eliminato al più presto e che non si aggravi ulteriormente!

Sottolineiamo infine, che il prolungamento a 60 giorni non è nell'esclusivo interesse dei committenti, ma anche degli appaltatori stessi, specie in caso di subappalto. Infatti, se essi non notificano immediatamente ai subappaltatori i difetti presenti nei lavori da loro svolti, e che decorrono ciascuno separatamente a far tempo dalla fine della rispettiva prestazione, l'appaltatore non potrà più rivalersi nei loro confronti, ma dovrà comunque rispondere nei confronti del committente che li avesse poi - ad opera finita - notificati regolarmente.

L'esperienza insegna che questi casi non sono affatto rari...

Esclusione del diritto alla riparazione

Il progetto propone che per le costruzioni adibite ad uso personale o familiare non sia possibile escludere il diritto del committente alla riparazione dei difetti; questo diritto verrebbe inoltre introdotto anche nei contratti di compravendita di fondi con una costruzione ancora da realizzare o realizzata meno di un anno prima della vendita.

Sebbene in caso di difetti talvolta il committente perde la fiducia nell'appaltatore e preferirebbe quindi commissionare l'eliminazione del difetto a terzi, a spese dell'appaltatore in difetto, è indubbio che il diritto alla riparazione sia spesso la soluzione più semplice, equa ed economica per risolvere il problema: l'appaltatore è chiamato a risolvere materialmente i difetti da lui creati, senza che il committente debba cercare una nuova impresa e fare una procedura per incassare i soldi a copertura dei costi fatturati dal terzo.

Siamo quindi senz'altro favorevoli all'estensione del diritto alla riparazione anche alla compravendita di stabili nuovi, ritenuto che tale diritto sarà inalienabile per le costruzioni destinate all'uso personale o familiare del compratore. In tali casi il venditore sarà di regola l'impresa di costruzione o comunque il promotore che ha progettato e seguito tutti i lavori e scelto le ditte; egli conosce quindi nei dettagli il progetto e si assumerà le conseguenze degli errori presenti.

Cedibilità dei diritti legati alla garanzia per i difetti

Il Rapporto Esplicativo (pagg. 27-28) illustra molto bene i problemi connessi con le clausole di cessione dei diritti nei confronti dell'appaltatore verso i subappaltatori in caso di difetti, inserite in contratti e rogiti, la cui portata sfugge completamente a committenti e acquirenti non particolarmente cogniti della materia.

Fra i più importanti, si segnalano:

- le notevoli difficoltà del committente di sapere quale subappaltatore e in quale misura sarebbe responsabile dei difetti riscontrati;
- la mancata identità fra le prestazioni dell'appaltatore e del subappaltatore con quindi un'eventuale richiesta di riparazione limitata all'adempimento del contratto di subappalto;
- la perdita della possibilità di richiedere la riduzione del prezzo o la risoluzione del contratto, perché non cedibili.

I problemi derivanti dalla cessione sono molto pesanti e i tribunali si occupano sovente di controversie relative all'applicabilità, all'interpretazione e alle conseguenze di simili clausole dai contenuti e dalle formulazioni assai diverse a dipendenza dei casi.

Si tratta di controversie difficili e ai seminari in materia, i relatori consigliano sempre che le parti sottopongano e si facciano assistere per la stesura dei contratti da veri specialisti in materia, per prevenire conflitti interpretativi successivi o per fare capire - di regola ai committenti - la reale portata delle clausole sottoscritte. Al di là del fatto che almeno localmente è veramente molto difficile trovare simili specialisti, i loro costi sono elevati.

Simili clausole, formulate unilateralmente e nell'esclusivo interesse di persone perfettamente cognite dei loro vantaggi e in pratica imposte a persone ignare della loro reale portata, urtano il comune senso di equità.

Capita poi - e non certo di rado - che determinate clausole, siano dal profilo legale problematiche, tanto che la loro validità deve essere esaminata di caso in caso, anche se invece figurano regolarmente negli atti pubblici e nei contratti modello di molti notai (si vedano i diversi pareri da voi citati dei professori Stöckli nonché Krauskopf/Märki, Rapporto pag. 21).

Condividiamo quindi appieno la proposta di rendere impossibile l'esclusione del diritto alla riparazione quanto meno per le costruzioni ad uso personale o familiare e per la compravendita di nuove costruzioni. Di fatto riteniamo che l'esclusione potrebbe anche essere ampliata a costruzioni più ampie, stabilendo magari un limite anche per edifici a partire da un certo valore.

In ogni caso, visto che troppo spesso vengono utilizzate dai notai clausole problematiche, auspichiamo che si trovi il modo per limitare questi problemi.

Condizioni della garanzia sostitutiva dell'ipoteca legale degli artigiani e imprenditori

Per rendere di fatto applicabile l'art. 839 cpv.3 CC che prevede appunto la possibilità per il proprietario del fondo di evitare l'ipoteca legale fornendo adeguate garanzie, la proposta suggerisce che la garanzia debba coprire l'importo dello scoperto, maggiorato degli interessi di mora per i successivi 10 anni, e non più per un tempo indeterminato; ciò perché proprio questa durata teoricamente illimitata rende impossibile determinare in anticipo l'importo della garanzia sostitutiva, privandola di fatto di ogni portata.

La soluzione proposta trova il nostro pieno sostegno: un lasso di tempo di 10 anni è ampiamente sufficiente nella stragrande maggioranza dei casi ed è nell'interesse di entrambe le parti; in particolare la garanzia finanziaria facilita la procedura ed elimina i costi di realizzazione dell'immobile.

Non va poi dimenticato che l'ipoteca legale è un mezzo che può fare valere anche il subappaltatore che ha magari lavorato all'insaputa del committente che ha invece pagato l'intero importo dovuto e che deve ciò nonostante assumersi anche integralmente il rischio che l'appaltatore principale venga meno ai suoi obblighi. Anche da questo profilo la proposta in oggetto diventa indispensabile per riequilibrare un poco la situazione.

Conclusione

Il progetto è un doveroso passo nella giusta direzione. La normativa attuale non è più adeguata ai tempi. Da un lato negli ultimi decenni la vita è divenuta progressivamente sempre più complessa e difficile, tanto che il comune e normale buon senso e anche una preparazione scolastica medio-alta, non sono spesso sufficienti per fronteggiare "indenni" e senza perdite finanziarie consistenti la costruzione o l'acquisto della propria casa. Anche i ritmi di vita moderni sempre più incalzanti sovente non permettono di dedicarsi nei tempi e nella maniera auspicati alla tutela dei propri interessi.

Pur comprendendo le difficoltà del settore dell'edilizia sempre più in difficoltà per la concorrenza interna ed estera e i costi elevati, ciò non giustifica che i loro committenti - che peraltro si rivolgono correttamente a ditte svizzere sostenendole - debbano subire un'ulteriore riduzione dei loro diritti grazie a clausole sempre più mirate e nell'interesse dello stipulante, e ad un atteggiamento talvolta meno collaborativo di una volta.

Pur non essendo di regola molto propensi a clausole imperative, riteniamo che in considerazione dell'entità dei valori finanziari in gioco, e della notevole differenza di esperienza e forza contrattuale fra le parti (committente o acquirente e appaltatore generale o totale, promotori che si fanno assistere da notai), la parte più debole che ha investito i suoi risparmi per fare il grande passo meriti senza alcun dubbio maggiore protezione rispetto a quella attuale.

Infine siamo del parere che tutte le modifiche legali proposte concernano aspetti di tale importanza da dover essere di diritto imperativo e non dispositivo; ciò perché in caso contrario, v'è il rischio che anche i nuovi principi finirebbero col diventare eccezioni...

Ringraziando per l'attenzione che porterete alle nostre osservazioni, inviamo i sensi della nostra alta considerazione.

Il Presidente Cantonale

Lic. rer. pol. Gianluigi Piazzini

La Segretaria Cantonale

Avv. Renata Galfetti

Département fédéral de justice et police
Palais fédéral ouest
3003 Berne

Par courriel : zz@bj.admin.ch

Petit-Lancy, le 19 novembre 2020

Consultation : révision du code des obligations (défauts de construction)

Madame, Monsieur,

Le Département fédéral de justice et police (DFJP) procède actuellement à une consultation sur le projet mentionné en objet. constructionromande, association membre de constructionsuisse et fédérant une dizaine d'associations romandes de branche et d'associations interprofessionnelles cantonales du Gros œuvre, du Second œuvre, des Métiers techniques du bâtiment, des mandataires et des fournisseurs de la construction, a examiné le projet mis en consultation et arrêté sa position.

1. **Appréciation générale et synthèse de la position de constructionromande**

constructionromande salue le fait que la révision proposée soit ciblée sur des enjeux précis et que le Conseil fédéral ait renoncé à une révision générale du droit contractuel de la construction. constructionromande relève avec satisfaction que le Conseil fédéral considère le droit actuel comme globalement équilibré et fonctionnant à satisfaction.

S'agissant des propositions en consultation, constructionromande les approuve dans les grandes lignes, le détail de notre position étant donné ci-dessous.

En revanche, s'agissant des questions complémentaires énumérées dans la lettre d'accompagnement du 19.08.2020, **constructionromande rejette fermement une révision des dispositions sur l'hypothèque des artisans et entrepreneurs qui irait dans le sens du postulat 19.4638 Caroni « Pour une hypothèque des artisans et entrepreneurs plus juste »**. Le détail de notre position à ce sujet est également donné ci-dessous.

2. **Contenu de l'avant-projet**

2.1 **Prolongation du délai d'avis**

L'avant-projet prévoit un délai de 60 jours pour le signalement des défauts d'un ouvrage immobilier, apparents ou cachés. Ce nouveau délai s'appliquerait aux contrats d'entreprise et aux contrats de vente d'immeubles.

→ **constructionromande ne formule pas d'opposition à cette modification.**

Nous nous interrogeons cependant quant à l'effet de cette modification sur le respect par le maître d'ouvrage et/ou l'acheteur de l'obligation de signaler immédiatement un défaut dont l'ampleur s'aggraverait en cas d'attente.

→ A ce titre, constructionromande suggère que les nouveaux articles proposés mentionnent explicitement cette obligation, le cas échéant en renvoyant à l'article idoine du CO/CC. Il en va d'une lisibilité optimale de la loi.

2.2 Droit à la réfection pour les acquéreurs de nouveaux logements pour leur propre usage

L'avant-projet prévoit une obligation de réparer les défauts découverts pour les bâtiments que le maître d'ouvrage ou l'acheteur destine à son usage personnel ou à l'usage de sa famille.

L'introduction de clauses contractuelles exemptant entièrement le vendeur ou l'entreprise générale de sa responsabilité en cas de défauts et prévoyant la cession à l'acheteur des droits de garantie vis-à-vis des sous-traitants peut se révéler inéquitable à la fois pour l'acheteur et les sous-traitants. Il nous paraît important que les chaînes de responsabilités et les devoirs contractuels des uns et des autres soient clairement posés et respectés en toute transparence.

→ constructionromande soutient donc la modification proposée, mais propose que le cercle des cas de figure soit élargi.

En effet, l'avant-projet limite ce droit aux constructions que le maître d'ouvrage ou l'acheteur destine à son usage personnel ou à l'usage de sa famille. Or, cette limite paraît trop restrictive ; le maître d'ouvrage peut par exemple destiner la construction à sa propre activité commerciale et devrait bénéficier d'une protection similaire.

2.3 Droit à la constitution de sûretés en lieu et place de l'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs

L'avant-projet prévoit que les sûretés fournies pour éviter l'inscription d'une hypothèque légale au registre foncier couvrent les intérêts moratoires pour une durée de dix ans et non plus pour une durée illimitée.

→ constructionromande ne formule pas d'opposition à cette modification mais souligne cependant l'impérieuse nécessité que les intérêts des artisans et entrepreneurs ne s'en retrouvent pas lésés.

En effet, l'inscription d'une hypothèque légale est parfois le seul outil dont les entreprises disposent pour se défendre face à un maître d'ouvrage peu scrupuleux (à ce sujet, voir le chapitre suivant portant sur les questions subsidiaires à la consultation).

3. Questions subsidiaires sur un besoin supplémentaire éventuel de révision des dispositions sur l'hypothèque des artisans et entrepreneurs

Dans le courrier d'ouverture de la procédure de consultation, il est prié de se prononcer sur trois questions portant sur l'hypothèque des artisans et entrepreneurs.

1. *Les sous-traitants ont le droit, indépendamment de l'entreprise générale, de demander l'inscription d'une hypothèque légale sur l'immeuble du maître de l'ouvrage. Ils peuvent exercer ce droit même si le maître a déjà payé l'entreprise générale, ce qui peut l'obliger de fait à payer les prestations deux fois. Comment pourrait-on remodeler l'hypothèque légale des artisans et des entrepreneurs de manière à rééquilibrer la situation ?*

→ constructionromande rejette catégoriquement toute proposition allant dans le sens des éléments proposés dans le courrier d'ouverture de la procédure de consultation.

constructionromande ne partage pas le constat posé par cette question selon lequel la situation légale actuelle serait déséquilibrée, bien au contraire. Le sous-traitant n'a pas de lien contractuel

avec le maître d'ouvrage et est donc passablement démunie en cas de litige. Le recours à l'hypothèque légale est donc un des seuls outils dont il dispose pour faire valoir ses droits.

A l'inverse, le maître d'ouvrage dispose d'une large palette d'outils contractuels à sa disposition pour faire valoir ses droits, à la fois face à l'entreprise générale et aux sous-traitants.

Si le risque existe de voir le maître d'ouvrage payer à double en raison des manquements de l'entreprise générale, il s'agit là avant tout d'un litige potentiel opposant le maître d'ouvrage et l'entreprise générale ; le sous-traitant n'est aucunement responsable de cette situation. Le maître d'ouvrage peut décider de l'attribution des travaux et fixer des règles précises en matière de sous-traitance ; il doit demeurer pleinement responsable de ses décisions en qualité de donneur d'ordres et assumer, le cas échéant, le risque posé par un transfert de responsabilité à une entreprise générale ou à un mandataire.

2. *L'hypothèque ne devrait-elle s'appliquer qu'aux prestations fournies après que le maître a eu - ou aurait pu avoir - connaissance du fait qu'un sous-traitant a été mandaté ?*

→ **constructionromande rejette catégoriquement cette proposition.**

Une telle restriction reporterait le risque sur le sous-traitant alors que la faute incombe soit au maître d'ouvrage (manque de supervision, absence d'exigence d'être informé du recours à un sous-traitant, etc.), soit à l'entreprise générale (manquement d'annonce de sous-traitance, non-paiement des prestations effectuées par le sous-traitant, etc.). A l'inverse, il appartient au maître d'ouvrage d'exiger les garanties contractuelles nécessaires et, en tant que donneur d'ordres, il est en position de force pour ce faire (exigence de garanties bancaires, paiement direct des prestations des sous-traitants par le maître d'ouvrage, retenues de paiements à l'entreprise générale, etc.).

3. *Estimez-vous qu'une révision législative est nécessaire dans ce domaine ?*

→ **constructionromande juge une révision législative dans ce domaine inutile et s'y oppose fermement.**

Vous remerciant de l'attention que vous voudrez bien apporter à ces lignes, nous vous prions d'agréer, Madame, Monsieur, l'expression de nos salutations distinguées.

constructionromande

Le Président



André Buache

Le Directeur



Nicolas Rufener

Par courrier et courriel
Département fédéral de justice et
police (DFJP)
Madame Karin KELLER-SUTTER
Conseillère fédérale
Palais fédéral ouest
3003 Berne

Paudex, le 13 novembre 2020
FD

Révision du code des obligations (défauts de construction) - mise en consultation

Madame la Conseillère fédérale

Nous avons pris connaissance de la consultation relative au projet mentionné sous rubrique. Après avoir étudié les documents mis à disposition, nous sommes en mesure de vous transmettre ci-après notre position.

1. Remarques générales

Dans le domaine de la construction, les dispositions légales du contrat d'entreprise, du contrat de vente d'immeubles et, cas échéant, du droit du mandat s'appliquent en cas de défauts. Dans la pratique, il s'avère qu'elles sont souvent modifiées et complétées par contrat.

Diverses interventions parlementaires exigent l'adaptation des règles de responsabilité pour les défauts de construction. Selon le droit actuel, les maîtres d'ouvrage doivent aviser sans délai l'entrepreneur des défauts, sous peine de voir leurs droits de garantie périmés. Une telle brièveté du délai d'avis des défauts et les conséquences de leurs non-respects posent des problèmes en pratique pour les maîtres d'ouvrage. La jurisprudence admet, en principe, un délai d'avis des défauts de 7 jours. En outre, il est relevé, dans le rapport explicatif, que les clauses contractuelles exemptant entièrement le vendeur ou l'entreprise générale de sa responsabilité en cas de défauts et prévoyant la cession à l'acheteur des droits de garantie vis-à-vis des sous-traitants posent elles aussi de nombreux problèmes. Enfin, des difficultés sont rencontrées s'agissant de la constitution des sûretés à fournir pour éviter l'inscription d'une hypothèque légale au registre foncier. Selon la jurisprudence, ces sûretés doivent couvrir les intérêts moratoires pour une durée illimitée, de sorte qu'il est difficile pour le propriétaire de l'immeuble d'obtenir des sûretés (garanties bancaires par exemple) afin d'éviter l'inscription d'une hypothèque légale.

Le projet de révision prévoit la fixation d'un délai légal de 60 jours pour procéder à l'avis des défauts, que ce soit dans le cadre d'un contrat de vente ou d'un contrat d'entreprise. En outre, il introduit une obligation de réparer les défauts découverts pour les bâtiments que le maître d'ouvrage ou l'acheteur destine à son usage personnel ou à l'usage de sa famille. Enfin, il prévoit que les sûretés à fournir pour éviter une inscription d'une hypothèque légale couvrent les intérêts moratoires pour une durée de dix ans.

S'il est vrai que le non-respect du délai d'avis des défauts a de graves conséquences, sa brièveté garantit une certaine sécurité juridique dans la mesure où l'entrepreneur ou le vendeur sait à quoi s'en tenir et un bref délai d'avis des défauts empêche également une aggravation du dommage. Cela étant dit, le fait de fixer dans la loi un délai garantira aussi une certaine sécurité juridique. En revanche, le délai de 60 jours est trop long et doit être réduit à 30 jours.

L'instauration d'un droit à la réparation n'est pas en soi critiquable, dans la mesure où il est déjà largement pratiqué, mais il ne doit pas exclure les ventes « en l'état » où le prix de vente tient compte de la vétusté du bien.

Enfin, la modification portant sur la constitution des sûretés est opportune afin de permettre au propriétaire d'éviter une inscription d'une hypothèque légale.

Le Centre Patronal peut soutenir ce projet sur certains points, mais il doit être adapté en tenant compte de nos remarques particulières et réserves ci-dessous.

2. Remarques particulières

A. Article 219a al. 1^{er}, 367 al. 1^{er}, et 370 al. 3 du code des obligations (CO) – avis des défauts dans le cadre des contrats de vente et d'entreprise

De par le renvoi de l'article 221 CO à l'article 201 CO, l'acheteur d'un bien immobilier qui découvre des défauts dont le vendeur est garant, doit l'en aviser sans délai après avoir vérifié la chose. Dans le cadre du contrat d'entreprise, le maître d'ouvrage doit vérifier l'état de l'ouvrage aussitôt qu'il le peut, d'après la marche habituelle des affaires, et signaler les défauts à l'entrepreneur (art. 367 CO).

Dans la pratique, ce délai très court peut poser passablement de problèmes et, en cas de non-respect de celui-ci, l'acheteur ou le maître d'ouvrage est privé de ses droits de garantie, sans compter que bien souvent il lui est difficile de déterminer avec précision les défauts. La jurisprudence a fixé le délai d'avis des défauts à 7 jours, sauf cas exceptionnels.

Le projet prévoit de fixer un délai de 60 jours pour signaler les défauts au vendeur, sans préciser le « *dies a quo* », ce qui ne manquera pas de faire l'objet d'interprétations, ce d'autant plus que l'article 201 CO n'est pas modifié. Le « *dies a quo* » doit donc être précisé et, afin de garantir la sécurité juridique, il doit commencer à courir dès le transfert de propriété. D'ailleurs, selon le rapport explicatif (p. 35), le délai de 60 jours pour les défauts apparents commence à courir dès la fin du délai de vérification et pour les immeubles, au moment du transfert de propriété. Par ailleurs, le « *dies a quo* » est expressément prévu s'agissant des défauts cachés, puisque le délai de 60 jours commence à courir dès la découverte des défauts. Il n'y a pas de raison de ne pas préciser le « *dies a quo* » pour les défauts apparents.

En outre, le délai de 60 jours nous paraît trop long et pourrait engendrer une aggravation du dommage qui, bien que l'acheteur ou le maître d'ouvrage ait le devoir de le diminuer, nécessitera des expertises et entraînera des procédures judiciaires. Un délai de 30 jours nous semble approprié. Il donne suffisamment de temps à l'acheteur ou au maître d'ouvrage d'examiner l'immeuble et d'y déceler des défauts apparents, et ne nuit pas excessivement à la sécurité juridique.

Par conséquent, l'article 219a alinéa 1^{er} CO devrait avoir la teneur suivante : « L'acheteur de l'immeuble dispose de 30 jours pour signaler les défauts au vendeur dès le transfert de propriété. S'agissant des défauts qu'il ne pouvait pas découvrir à l'aide des vérifications usuelles, il dispose de 30 jours à compter de leur découverte pour en aviser le vendeur ».

Quant aux articles 367 alinéa 1^{er} et 370 alinéa 3 CO, la deuxième phrase devrait avoir respectivement la teneur suivante, « Dans le cas d'un ouvrage immobilier, il dispose de 30 jours pour lui signaler les défauts » et « Dans le cas d'un ouvrage immobilier, il

dispose d'un délai de 30 jours à compter de leur découverte pour lui signaler les défauts ».

B. Article 219a al. 2 et 368 al. 2bis CO – droit de réparation

Dans le cadre d'un contrat de vente, à la différence d'un contrat d'entreprise, il peut arriver que les parties concluent le contrat sur un objet dont elles savent qu'il présente un défaut, ce qui entraînera une baisse du prix de vente, alors que, dans le cadre d'un contrat d'entreprise, les parties souhaitent réaliser un objet sans défaut. Le fait de ne pas permettre aux parties d'exclure un tel droit à la réparation ne permettra plus les ventes « en l'état », ce qui n'est pas acceptable et porte une atteinte à la liberté contractuelle. Par ailleurs, certains défauts connus des deux parties pourraient être difficilement réparables, ce qui au final débouchera sur une réduction du prix de vente. Le rapport explicatif (p. 38) explique qu'avec ce droit, le vendeur devra mettre la construction dans l'état prescrit par contrat, ce qui signifierait que les contrats de vente immobilière devraient spécifier toutes les caractéristiques attendues du bien immobilier, ce qui serait difficilement praticable.

Par conséquent, nous nous opposons à un droit impératif à la réparation dans le contrat de vente. Il n'y a pas lieu d'imposer des règles parallèles, sur ce point, pour les contrats d'entreprise et de vente. Subsidiairement, il pourrait être introduit, mais en prévoyant que les parties peuvent y déroger par convention.

Ainsi, à titre subsidiaire, l'article 219a al. 2 pourrait avoir la teneur suivante : « L'acheteur d'un immeuble qui comprend une construction devant encore être érigée ou ayant été érigée moins d'un an avant la vente peut de plus exiger, sauf convention contraire, que le vendeur répare les défauts à ses frais. Ce droit est soumis au surplus aux dispositions sur le contrat d'entreprise ».

Quant à l'article 368 al. 2bis qui interdit l'exclusion du droit à la réparation des défauts pour une construction que le maître d'ouvrage destine à un usage personnel ou familial sera peu appliqué, voire difficile d'application. En effet, la plupart des maîtres d'ouvrage construisent à des fins de revente et le maître d'ouvrage pourrait aisément prétendre qu'il s'agit d'une construction à usage personnel ou familial puis le revendre par la suite. Dans ces conditions, cette nouvelle disposition risque de porter atteinte à la sécurité juridique et sera de nature à multiplier les procédures judiciaires. Nous plaillons donc pour sa suppression.

C. Article 839 al. 3 – sûretés pour éviter l'inscription d'une hypothèque légale

C'est à bon droit que le projet prévoit de limiter le montant des sûretés de manière à ce qu'elles couvrent en particulier les intérêts moratoires pour une durée de 10 ans afin de permettre au propriétaire d'éviter l'inscription d'une hypothèque légale.

3. Questions relatives à un besoin supplémentaire de révision des dispositions en matière d'hypothèque des artisans et entrepreneurs

1) Comment pourrait-on remodeler l'hypothèque légale des artisans et des entrepreneurs de manière à rééquilibrer la situation ?

Le fait que le maître d'ouvrage s'expose à devoir payer deux fois les coûts du sous-traitant est problématique. Afin de se prémunir contre ce risque, le propriétaire, maître d'ouvrage, peut insérer, dans le contrat qu'il conclut avec l'entreprise générale, une clause prévoyant que le propriétaire paiera directement les sous-traitants, selon les instructions de l'entrepreneur général. Dans le cadre des crédits de construction, l'établissement bancaire pourrait ne délivrer les fonds que si l'entreprise générale justifie les paiements des sous-traitants.

Des outils actuels existent, mais une modification législative pourrait être opportune et prévoir que, dans le cadre du contrat conclu avec une entreprise générale, le maître d'ouvrage doit payer directement les sous-traitants, selon les instructions de

l'entrepreneur général. La modification législative devrait laisser la possibilité pour le maître d'ouvrage d'y renoncer.

2) L'hypothèque ne devrait-elle s'appliquer qu'aux prestations fournies après que le maître a eu – ou aurait pu avoir – connaissance du fait qu'un sous-traitant a été mandaté ?

Le fait que le maître d'ouvrage ait connaissance ou aurait pu avoir connaissance de l'existence d'un contrat conclu entre l'entrepreneur général et le sous-traitant n'empêchera pas que ce dernier ne soit pas payé par l'entrepreneur général et que le maître d'ouvrage doive payer deux fois le coût de ses travaux. Aussi, cette proposition ne paraît pas opportune.

3) Estimez-vous qu'une révision législative est nécessaire dans ce domaine ?

En l'état, le maître d'ouvrage dispose de certains outils (contractuels, financiers) afin d'éviter de devoir payer à double le coût des sous-traitants. Une révision législative n'est pas indispensable mais ces outils pourraient peut-être être renforcés en prévoyant que le maître d'ouvrage paie directement les sous-traitants, sauf s'il y renonce.

3. Conclusions

Sous réserve de nos remarques ci-dessus, ce projet peut être soutenu sur certains points. Il contribue à améliorer la sécurité juridique en fixant dans la loi un délai d'avis des défauts, mais celui-ci ne saurait être trop long. En outre, le droit impératif à la réparation dans un contrat de vente est excessif et peu approprié pour la vente d'objets dont les parties savent qu'ils sont défectueux et il n'y a pas lieu de rendre impératif l'exclusion du droit à la réparation pour les ouvrages de construction défectueux destinés à l'usage personnel ou familial du maître d'ouvrage.



En vous remerciant de l'attention que vous porterez à notre position, nous vous prions de croire, Madame la Conseillère fédérale, à l'assurance de notre très haute considération.

Centre Patronal

Frédéric Dovat

A handwritten signature in blue ink, overlapping the printed name 'Frédéric Dovat'.

Frau Bundesrätin
Karin Keller-Sutter
Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement EJPD
Bundeshaus West
3003 Bern

Ausschliesslich per E-Mail an: zz@bj.admin.ch

30. November 2020

Stellungnahme zur Revision des Obligationenrechts (Baumängel)

Sehr geehrte Frau Bundesrätin

Im August 2020 haben Sie uns eingeladen, in oben genannter Sache Stellung zu nehmen. Diese Gelegenheit der Meinungsäusserung nehmen wir gerne wahr. economiessuisse nimmt gestützt auf den Input der betroffenen Mitglieder aus einer übergeordneten, gesamtwirtschaftlichen Sicht wie folgt Stellung:

Zusammenfassung

Allgemeines

Bauprojekte und daraus resultierende Mängelbehebungen werden schweizweit regelmässig reibungslos umgesetzt. Die Parteien agieren dabei auf Augenhöhe. Es ist vor diesem Hintergrund nicht zweckdienlich, im Bauwesen konsumentenschutzähnliche Bestimmungen einzuführen. Von nicht zu unterschätzender Bedeutung sind in der Praxis die SIA-Normen, die sich erfolgreich etabliert haben. economiessuisse begrüsst daher ausdrücklich, dass es sich bei den vorgeschlagenen Anpassungen lediglich um eine «kleine Revision» handelt und der Gesetzgeber nicht weitergehend in ein gut funktionierendes System eingreift.

1. Revision des Bauvertragsrechts

- a. **Begrüssung der Verlängerung der Rügefristen:** economiessuisse unterstützt die Festlegung der Rügefrist für Sachmängel im Obligationenrecht auf 60 Tage. Dies führt zu mehr Klarheit im Rügeverfahren. Gleichzeitig bleiben zwischen den Parteien nach wie vor individuelle Vereinbarungen möglich (vgl. bspw. SIA 118).
- b. **Klärung der Abgrenzung beim Nachbesserungsrecht beim Kauf und der Neuerstellung von Wohneigentum:** Bei Bauten mit gemischter Gebrauchsbestimmung (privater und beruflicher Gebrauch) ist im Interesse der Rechtssicherheit gesetzlich zu klären, wo die Abgrenzung vorgenommen werden soll.
- c. **Begrüssung der Konkretisierung einer Ersatzsicherheit anstelle der Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts:** economiessuisse begrüsst die Ergänzung der Ersatzsicherheit um die

Verzugszinsen für die Dauer von zehn Jahren. Dies im Interesse der besseren Erhältlichkeit von Bankgarantien.

2. Kein Revisionsbedarf beim Bauhandwerkerpfandrecht

economiesuisse sieht keinen gesetzgeberischen Handlungsbedarf, die aktuell geltenden Bestimmungen im Zusammenhang mit dem Bauhandwerkerpfandrecht anzupassen. Gerade in diesem Bereich funktioniert die Vertragsautonomie in der Praxis gut.

1 Allgemeines

Bauprojekte und daraus resultierende Mängelbehebungen werden schweizweit regelmässig reibungslos umgesetzt. Es ist vor diesem Hintergrund weder zweckdienlich noch erforderlich, im Bauwesen konsumentenschutzähnliche Bestimmungen einzuführen. Ein Bau ist kein Konsumgut: dies selbst dann nicht, wenn Privatpersonen als Bauherren und Vertragspartner für den Bau ihres Eigenheims auftreten. Es liegt bei Privatpersonen in der Regel ein lebenseinmaliger Vorgang vor, bei welchem von unerfahrenen Bauherren erwartet werden kann, dass sie sich der Bedeutung des Geschäftes entsprechend informieren und zur Not beraten lassen. Dabei spielen auch die in der Schweiz breit etablierten SIA-Normen eine wichtige Rolle. Diese werden durch paritätisch zusammengesetzte Kommissionen erarbeitet und durchlaufen eine Vernehmlassung, weshalb sie ausgewogen und breit anerkannt sind und dadurch Rechtssicherheit garantieren.

Vor diesem Hintergrund sind Eingriffe ins Obligationenrecht – auch im Interesse der Berücksichtigung der gegebenen Systematik – äusserst behutsam vorzunehmen. Die Rechte und Pflichten von Vertragspartnern wurden im Legiferierungsprozess regelmässig aufeinander abgestimmt und auch in der Baubranche anerkannte vertragliche Standards – bspw. genannte SIA-Normen – paritätisch erarbeitet. Dieses feine Gleichgewicht kann durch die vorgeschlagenen Änderungen leicht gestört werden. Dies umso mehr, wenn im parlamentarischen Prozess noch zusätzliche Änderungen und Präzisierungen im Obligationenrecht («OR») verlangt werden sollten. Dadurch besteht die Gefahr, dass im OR je länger je weniger eine (Rechts-)Systematik zu erkennen ist. Daher ist economiesuisse der Auffassung, dass Gesetzesänderungen bei grundsätzlichen Bestimmungen im OR lediglich zurückhaltend vorzunehmen sind und begrüsst entsprechend, dass es sich vorliegend um eine «kleine Revision» handelt und der Gesetzgeber nicht weitergehend in ein gut funktionierendes System eingreifen will.

2 Revision des Bauvertragsrechts

a) Verlängerung der Rügefristen (Art. 219a Abs. 1, Art. 367 Abs. 1 zweiter Satz, Art. 370 Abs. 3 zweiter Satz VE-OR)

Mit den Gesetzesvorschlägen zur Rügefrist von 60 Tagen für Sachmängel soll die ausserordentliche Härte der heutigen «Sofort-Rüge» im Werkvertrags- und Kaufvertragsrecht für Grundstückskäufer und Bauherren relativiert werden (erläuternder Bericht, S. 36).

economiesuisse anerkennt, dass die als Verwirkungsfrist ausgestaltete sofortige Mängelrüge und die vom Bundesgericht aufgestellte Faustregel von sieben Tagen in einzelnen Fällen zu kurz sein kann. Der Vorschlag einer gesetzlichen Rügefrist von 60 Tagen wird von der Mehrheit unserer Mitglieder als Beitrag zu mehr Klarheit im Rügeverfahren qualifiziert (unser Mitglied Swissmem erachtet eine 30-tägige Rügefrist als ausreichend, um offensichtliche Mängel festzustellen). Wesentlich ist, dass die Bestimmung dispositiv ist und damit die Dauer der Rügefrist vertraglich nach wie vor nach Bedarf abgeändert werden kann (siehe v.a. die in der Branche weit verbreitete SIA-Norm 118). Zu bedenken gilt ebenfalls, dass die Rügefrist von 60 Tagen den schutzwürdigen Einmalbauherren eine trügerische Scheinsicherheit geben kann: der Bauherr unterliegt bei Schäden nach wie vor einer allgemeinen Schadenminderungspflicht, wobei er Mängel, die durch Zuwarten zu einem grösseren Schaden führen können, nach wie vor unverzüglich zu rügen hat (vgl. Stellungnahme unseres Mitglieds des Schweizerischen Baumeisterverbandes vom 13. November 2020, S. 2).

b) Nachbesserungsrecht beim Kauf und der Neuerstellung von Wohneigentum (Art. 219a Abs. 2 VE-OR, Art. 368 Abs. 2^{bis} VE-OR)

Die zum Voraus getroffene Wegbedingung oder Einschränkung des Nachbesserungsrechts soll dann für unwirksam erklärt werden, wenn der Mangel eine Baute betrifft, die für den persönlichen oder familiären Gebrauch des Bestellers bestimmt ist. Damit will der Gesetzgeber die bestehende Praxis der Wegbedingung sämtlicher Mängelrechte des Bauherrn gegenüber dem Generalunternehmer im Gegenzug zur Abtretung der Mängelrechte des Generalunternehmers gegenüber seinen Subunternehmen einschränken.

Gemäss Art. 169 der SIA-Norm 118 steht dem Bauherrn grundsätzlich schon heute ein vertragliches Instrument auf Vereinbarung einer unentgeltlichen Nachbesserung zu. Durch Einführung einer solchen gesetzlichen Norm können sich schwierige Abgrenzungsfragen ergeben, was bei Bauten mit gemischten Gebrauchsbestimmungen (privater und beruflicher Gebrauch) zu geschehen habe. Im Interesse der Rechtssicherheit fordert economiesuisse bei Bauten mit gemischter Gebrauchsbestimmung im Gesetz zu klären, wo hier die Abgrenzung vorgenommen werden soll; andernfalls ist die Anpassung abzulehnen. Der guten Ordnung halber sei schliesslich erwähnt, dass im begleitenden Bericht konsequent von «verdeckten» statt von «versteckten» Mängeln die Rede sein sollte.

c) Begrüssung der Konkretisierung des Umfangs der Ersatzsicherheit anstelle der Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts (Art. 839 Abs. 3 VE-ZGB)

Statt der blossen Forderung sollen gemäss Vorentwurf neu auch die Verzugszinsen für die Dauer von zehn Jahren als Ersatzsicherheit geleistet werden, um eine Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts ins Grundbuch abzuwenden. Beim Bauhandwerkerpfandrecht handelt es sich um ein notwendiges Sicherheitsinstrument für Bauunternehmer, um sich nach erfolglosen Zahlungsaufforderungen die unbezahlten Werkforderungen zu sichern. Erfahrungsgemäss verhalten sich die Banken bei der Erteilung von unbefristeten Garantien teilweise zurückhaltend und regelmässig kann dadurch lediglich eine auf ein Jahr befristete Garantie (mit Verlängerungsmöglichkeit) erlangt werden. Entsprechend gehen wir davon aus, dass sich in Bezug auf den Verzugszins gemäss Vorentwurf vorgesehene Bestimmbarkeit der Sicherheitsleistung positiv auf die Stellung einer Bankgarantie als Ersatzsicherheit auswirken wird. Entsprechend unterstützen wir die Bestimmung.

3 Revisionsbedarf beim Bauhandwerkerpfandrecht?

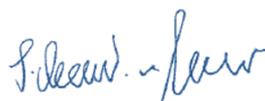
economiesuisse sieht keinen gesetzgeberischen Handlungsbedarf, die aktuell geltenden Bestimmungen im Zusammenhang mit dem Bauhandwerkerpfandrecht anzupassen. Gemäss den erhaltenen Rückmeldungen funktioniert die Vertragsautonomie in der Praxis gut; zudem sind, wie bereits ausgeführt, private Vertragsvereinbarungen besser als ein Gesetz in der Lage, den spezifischen Bedürfnissen beim Bauen angemessen Rechnung zu tragen. Dem Projekteigentümer stehen bestimmte und bewährte Instrumente vertraglicher und finanzieller Natur zur Verfügung, damit er nicht Gefahr läuft, die Kosten der Unterauftragnehmer doppelt bezahlen zu müssen.

Wir danken Ihnen für die Berücksichtigung unserer Anliegen und stehen Ihnen bei Fragen gerne zur Verfügung.

Freundliche Grüsse
economiesuisse



Erich Herzog
Mitglied der Geschäftsleitung



Sandrine Rudolf von Rohr
Stv. Leiterin Wettbewerb & Regulatorisches



EIT.swiss
Limmatstrasse 63
8005 Zürich
044 444 17 17
www.eitsswiss.ch

Bundesamt für Justiz
Fachbereich Zivilrecht und Zivilprozessrecht
Bundesrain 20
3003 Bern

zz@bj.admin.ch

Zürich, 19. November 2020

Revision des Obligationenrechts (Baumängel)

Sehr geehrte Damen und Herren

Im Namen von EIT.swiss danken wir Ihnen für die Möglichkeit, zur Änderung des Obligationenrechts Stellung nehmen zu können.

EIT.swiss ist die Berufsorganisation für rund 2'000 Elektrofirmen mit über 40'000 Mitarbeitenden. Jährlich schliessen ca. 3'000 Lernende ihre Grundbildung in einem der EIT.swiss-Berufe Elektroinstallateur/in, Montage-Elektriker/in, Telematiker/in und Elektroplaner/in ab. Die Ausbildung Elektroinstallateur/in EFZ gehört zu den zehn meist gewählten Grundbildungen. Mehr als 1'300 Personen absolvieren jährlich eine Prüfung auf Niveau Berufsprüfung und höhere Fachprüfung. Damit ist die Branche eine der grössten Ausbilderinnen im Bereich der technischen Berufe in der Schweiz.

EIT.swiss befürwortet die Einführung der 60-tägigen Rügefrist für offene Mängel, lehnt eine solche Frist für verdeckte Mängel aber ab. Diese sollen weiterhin sofort gerügt werden müssen. EIT.swiss spricht sich gegen die Unabdingbarkeit des Nachbesserungsrechts aus. Gleichzeitig begrüsst der Verband die Anpassung des ZGB betreffend des Bauhandwerkerpfandrechts.

Gemäss der einschlägigen SIA-Norm 118 kann die Bauherrschaft offene Mängel in den ersten zwei Jahren jederzeit und verdeckte Mängel in den ersten fünf Jahren sofort nach Entdeckung rügen. Dabei sieht die Norm sogar eine Beweislastumkehr zugunsten der Bauherrschaft vor, wie sie das OR nicht kennt. Grundsätzlich stellt damit die neue Bestimmung für Unternehmen, welche die SIA-Norm 118 verwenden, kein Problem dar.

EIT.swiss stösst sich daran, dass bei verdeckten Mängeln ebenfalls eine Rügefrist von 60 Tagen eingeführt werden soll. Grund für die sofortige Rüge in der SIA-Norm ist die Vermeidung von Folgeschäden. Eine sofortige Meldung ist angezeigt, damit die Unternehmen Reparaturen so schnell wie möglich angehen können um weitere Schäden zu verhindern. Mit der Einführung einer 60 tägigen Rügefrist wird der Bauherrschaft hier ein falsches Signal gesendet.

Betreffend die Unabdingbarkeit des Nachbesserungsrechts sieht EIT.swiss keine Notwendigkeit, diese zusätzlich im OR festzuhalten, wenn sie bereits durch Art. 8 UWG gedeckt ist. Auch ist nicht klar, wieso von gewerblichen Vertragspartnern zu Recht das nötige Fachwissen oder der Zugang zu fachkundiger Beratung angenommen, bei einer privaten Bauherrschaft diese aber in Abrede

gestellt werden. Weiter bietet die SIA-Norm 118 bereits entsprechende Möglichkeiten, Nachbesserung zu verlangen. Für EIT.swiss ist nicht klar, weshalb einer Bauherrschaft die Einsicht dieser Normen nicht möglich sein soll. Gerade bei Werken in der Dimension einer Baute ist es wichtig, alle Vertragsbestandteile ausreichend zu prüfen.

Zuletzt begrüsst EIT.swiss die Anpassungen am Bauhandwerkerpfandrecht. Dass die Sicherheiten für Verzugszinsen auf 10 Jahre beschränkt werden, ist insofern sinnvoll, als dass die bestehende Regelung den Einsatz von Bankgarantien eigentlich verunmöglicht und den Vertragsparteien somit eine Möglichkeit zur Einigung vorenthält. Mit der Beschränkungen werden Bankgarantien somit zu einer valablen Option.

Wir danken Ihnen für die die Berücksichtigung unserer Stellungnahme.

Freundliche Grüsse



Simon Hämmerli
Direktion



Michael Rupp
Öffentlichkeitsarbeit

Prise de position de la Commission fédérale de la consommation

sur la révision du Code des obligations (Défaut de construction),
soumises à consultation jusqu'au 30 novembre 2020

Le 19 août 2020, le Département fédéral de justice et police (DFJP) a mis en consultation une révision du Code des obligations portant, d'une part, sur une révision partielle du droit privé de la construction, principalement en lien avec l'avis relatif au défaut de construction en matière immobilière, et, d'autre part, sur une demande liée à un besoin supplémentaire de révision des dispositions sur l'hypothèque des artisans

La Commission fédérale de la Consommation (**CFC**) se détermine sur la révision du Code des obligations (**CO**) en se limitant toutefois aux questions qui peuvent relever directement ou indirectement du droit de la consommation. Elle renonce cependant à se prononcer sur les éventuels besoins supplémentaires de réforme en matière de dispositions sur l'hypothèque des artisans.

I. L'orientation générale de la réforme

L'avant-projet de modification du Code des obligations (**AP-CO**) entend maintenir l'exigence d'un délai d'avis pour les défauts, tout en portant ce délai d'avis à 60 jours pour « les défauts découverts sur les ouvrages immobiliers » (art. 367 al. 1 2e phr. AP-CO), dans les ventes d'immeubles (art. 219a al. 1 1ère phr. AP-CO) et pour « les défauts découverts hors délai d'avis » (art. 219a al. 1 2e phr. AP-CO et 370 al. 3 2e phr. CO) (cf. la formulation curieuse utilisée par le Rapport p. 25).

En d'autres termes, l'avant-projet propose un délai de 60 jours pour **les défauts « apparents »** au moment de la livraison, sur la base des « vérifications usuelles », tant pour le contrat d'entreprise (art. 367 al. 1 2e phr. AP-CO) que pour le contrat de vente d'immeubles (art. 219a al. 1 1ère phr. AP-CO), ainsi qu'un délai de 60 jours pour **les défauts « cachés »** (art. 219a al. 1 2e phr. AP-CO et 370 al. 3 2e phr. CO), qui n'apparaissent que plus tard, pour autant qu'ils surviennent dans le délai de prescription de cinq ans prévu par l'art. 219a al. 3 CO (« dès le transfert de propriété ») et par l'art. 371 CO (« dès la livraison de l'ouvrage »).

La Commission fédérale de la Consommation tient à souligner **la nécessité de réformer** la question de l'avis des défauts. Elle relève toutefois les problèmes suivants qui affectent l'avant-projet présenté.

1° Une modification à étendre aux constructions mobilières et aux objets mobiliers

Comme l'indique le rapport, l'avis des défauts constitue un piège (p. 22). Cela vaut tant pour le droit de la construction que pour les autres hypothèses de contrats d'entreprise ou de contrats de vente. Même si l'origine de la réforme provient de Motions et d'initiatives parlementaires tendant à réformer le droit privé de la construction, la proposition limitée qui en découle revient à modifier uniquement le délai pour l'avis des défauts dans certains types de contrats d'entreprise et de contrats de vente et non dans d'autres hypothèses de vente ou d'entreprise dans lesquels, pourtant, existent les mêmes difficultés et les mêmes « pièges ». Le résultat produit par l'Avant-projet proposé reviendra ainsi à introduire des différences de traitement qui ne sont pas justifiées et qui vous créer plus de problèmes. En effet, l'achat d'une piscine hors-sol sera soumis à un délai d'avis de cinq jours selon la jurisprudence du

Tribunal fédéral pour les défauts apparents et un même délai d'avis immédiat pour les défauts cachés, alors qu'une intervention mineure de rénovation d'un toit, d'un balcon ou de fenêtres d'une maison bénéficieront d'un délai de 60 jours. Cette différence de traitement ne se justifie aucunement ; l'investissement pour des constructions mobilières (non touchées par le projet) ou des objets mobiliers peut être au moins aussi important, voire plus coûteux, que des interventions réduites sur des immeubles. *L'avant-projet introduit donc une distinction injustifiée.*

D'ailleurs, même dans le domaine de la construction, la solution proposée est trop restrictive. En effet, les « ouvrages mobiliers » au sens de l'art. 371 al. 1 CO ne sont pas couverts par la réforme proposée. Pourtant, ils présentent les mêmes difficultés que les ouvrages immobiliers. Un propriétaire qui doit se faire livrer des fenêtres-types qu'il fera ensuite intégrer dans sa construction ne sera pas mieux protégé que par le passé, puisque l'art. 219a CO ne mentionne que les ventes d' « immeubles » et les art. 367 et 370 CO n'envisagent que les « ouvrages immobiliers ».

Or, les difficultés que présente l'avis des défauts existent aussi pour les consommateurs qui achètent des objets mobiliers ou qui font réaliser des ouvrages mobiliers. Un délai de cinq jours n'est souvent pas suffisant et présente un déséquilibre significatif dans les droits respectifs des parties, puisque le non-respect du délai d'avis fait tomber purement et simplement tous les droits à la garantie.

La Commission fédérale de la consommation insiste dès lors fortement pour que le projet soit modifié afin de régler de manière uniforme la question de l'avis des défauts, en ce sens que tant la vente d'objets que la réalisation d'ouvrages mobiliers et immobiliers soient couverts par les nouvelles dispositions. Il n'y a pas de raison de traiter moins favorablement les consommateurs et les parties contractuelles de contrats portant sur des objets mobiliers, alors que les investissements financiers peuvent être tout aussi importants, voire plus onéreux qu'en matière immobilière.

2° L'abandon pur et simple d'une obligation d'avis des défauts

Lorsqu'un défaut survient, le partenaire contractuel qui découvre le défaut durant la période de prescription va naturellement l'indiquer au vendeur ou à l'entrepreneur. Divers auteurs ont déjà souligné qu'il n'y avait aucune justification à maintenir un délai d'avis « couperet », qui fasse perdre tous les droits de la garantie en cas de non-respect¹. La solution actuellement en usage en matière de construction, à savoir celle de l'art. 173 al. 2 de la Norme SIA-118, paraît plus efficace et plus juste. Elle consiste à faire supporter par le maître d'ouvrage le dommage supplémentaire qui découle du fait que le maître d'ouvrage a tardé à faire l'avis. Cette solution a fait ses preuves en pratique ; elle est aussi en ligne avec la récente jurisprudence du Tribunal fédéral qui reconnaît qu'il n'y a pas vraiment de justification à exiger le respect d'un délai d'avis si le défaut ne s'aggrave pas au cours du temps².

D'ailleurs, ni le droit français (art. 1792 ss CCfr.), ni le droit allemand (§ 634 ss BGB), ni le droit autrichien (§ 922 ss, 1167 ABGB) ne connaissent un devoir d'avis en cas de défauts dans le contrat d'entreprise. Le devoir d'avis est le résultat d'un compromis historique qui ne repose en fait sur aucun fondement convaincant. Partant, **la Commission fédérale de la consommation est d'avis que la solution appropriée serait dès lors de renoncer à un**

¹ A. BIEGER, Die Mangelrüge im Vertragsrecht, th. Fribourg, Zurich 2009 n. 41 ss ; P. PICHONNAZ, Le temps qui passe en droit privé de la construction, Journées du droit de la construction 2013, p. 75.

² Arrêt du TF, 4A_399/2018 du 8 février 2019, consid. 3.2.

devoir d'avis dont le non-respect entraînerait la perte des droits de la garantie, et de le remplacer par un régime qui fasse supporter à l'acheteur ou au maître d'ouvrage l'aggravation du dommage en cas d'avis tardif.

3° Une règle semi-impérative

Si le délai d'avis devait néanmoins être maintenu, contrairement au point 2 ci-dessus qui remporte l'adhésion de la Commission fédérale de la Consommation, il faudrait alors au moins prévoir que le délai de 60 jours soit semi-impératif, en ce sens qu'il ne puisse pas être raccourci par accord des parties. Une suppression pure et simple de l'exigence d'un avis ou un allongement de la durée devrait rester possible. Encore une fois toutefois, la Commission fédérale de la Consommation est convaincue que la suppression d'un délai d'avis « couperet » est la seule solution qui se justifie.

Partant, la Commission fédérale de la consommation est d'avis que, si un délai d'avis « couperet » devait être maintenu, contre toute justification, alors la durée de 60 jours ne devrait pas pouvoir être réduite par les parties, mais uniquement allongée ou purement et simplement supprimée.

4° L'introduction d'un droit à la réparation impératif

La Commission fédérale de la Consommation salue la proposition des art. 219a al. 2 CO et de l'art. 368 al. 2bis CO qui prévoit l'introduction (pour la vente) et le maintien pour le contrat d'entreprise d'un droit à la réparation **de nature impérative** lorsque la vente ou le contrat d'entreprise porte sur un objet ou un ouvrage destiné à un usage « personnel ou familial ».

Néanmoins, la CFC propose trois adaptations :

- a) **L'instauration du droit à la réparation** non pas seulement pour la vente d'immeuble, mais également **pour toute vente d'objet mobilier**, ou à tout le moins pour les constructions mobilières. Un droit de réparation en matière de contrat de vente a été introduit dans le droit des contrats de tous les Etats-membres de l'Union européenne en raison des exigences posées par l'art. 3 al. 2 de la *Directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil, du 25 mai 1999, sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation*³. La réforme actuelle est l'occasion d'introduire ce droit de réparation en droit suisse. Plus de 20 ans de pratique dans les pays qui nous entourent ont montré que ce droit à la réparation favorisait la durabilité et permettait de lutter, en partie, contre l'obsolescence prématurée des biens de consommation. Rien ne s'oppose à l'introduction d'un droit qui, bien souvent, est d'ailleurs octroyé par accord entre vendeur et acheteur dans le commerce.
- b) **Le remplacement du terme « construction »** figurant à l'art. 368 al. 2bis CO **par le terme « ouvrage »**. Cela évitera tout problème de délimitation entre les notions d'ouvrage et de construction, notion qui n'est d'ailleurs pas définie par les règles du droit du contrat d'entreprise. Cela assure aussi une plus large application de la modification, ce qui serait bienvenu.

³ JO L 171 du 7.7.1999, p. 12–16.

- c) **La définition du « contrat de consommation »** devrait plutôt utiliser une définition négative, à savoir envisager un usage d'une personne (physique ou morale) qui « agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale »⁴. L'approche sera ainsi plus inclusive.

La Commission fédérale de la consommation soutient dès lors la proposition d'introduire un droit à la réparation impératif, mais souhaite qu'il soit étendu à tout contrat de vente, ainsi qu'aux contrats d'entreprise portant sur des meubles ou des ouvrages mobiliers.

La Commission fédérale de la consommation espère que les adaptations proposées ne mettront pas à mal la réforme en cours. Elle est toutefois convaincue que les extensions suggérées permettront d'obtenir un projet plus cohérent, qui permette de réduire à l'avenir des procédures sur des questions de délimitations de la portée des règles envisagées.

Pour la Commission fédérale de la Consommation

Prof. Dr. Pascal Pichonnaz



Président de la CFC

Prof. Anne-Christine Fornage



Vice-Présidente de la CFC

⁴ Cf. not. Art. 2 ch. 2 Directive (UE) 2019/771 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2019 relative à certains contrats de vente de biens, modifiant le règlement (UE) 2017/2394 et la directive 2009/22/CE et abrogeant la directive 1999/44/CE.

Per Mail an: 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.² 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^{bis} 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).

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.



Département fédéral de justice et police

zz@bj.admin.ch

A l'attn de
Madame Karin Keller-Sutter,
Conseillère Fédérale

Genève, le 26 novembre 2020
BH/3211 – FER No 38-2020

Révision du code des obligations – défauts de construction

Madame la Conseillère fédérale,

Nous avons pris connaissance avec intérêt de l'objet mis en consultation et vous faisons parvenir notre prise de position.

I. Appréciation générale

La FER relève que la révision proposée est ciblée sur des enjeux précis et salue que le Conseil fédéral ait renoncé à une révision générale du droit contractuel de la construction, considérant que le droit actuel est globalement équilibré et qu'il fonctionne bien en pratique.

II. Commentaire quant au contenu de l'avant-projet

1. Prolongation du délai d'avis

L'avant-projet prévoit un délai de 60 jours pour le signalement des défauts d'un ouvrage immobilier, apparents ou cachés. Ce nouveau délai s'appliquerait aux contrats d'entreprise et aux contrats de vente d'immeubles.

La FER ne formule pas d'opposition à cette modification, sachant que le nouveau délai sera de nature dispositive.

Nous nous interrogeons cependant quant à l'effet de cette modification sur le respect par le maître d'ouvrage et/ou l'acheteur de l'obligation de signaler immédiatement un défaut dont l'ampleur s'aggraverait en cas d'attente. Nous suggérons en conséquence que les nouveaux articles proposés mentionnent explicitement cette obligation.

2. Droit à la réfection pour les acquéreurs de nouveaux logements pour leur propre usage

L'avant-projet prévoit une obligation de réparer les défauts découverts pour les bâtiments que le maître d'ouvrage ou l'acheteur destine à son usage personnel ou à l'usage de sa famille.

Cette limite paraît trop restrictive : le maître d'ouvrage peut par exemple destiner la construction à sa propre activité commerciale. Il devrait alors pouvoir bénéficier d'une protection similaire que s'il destine le bâtiment à son usage personnel.

Pour le surplus, l'introduction de clauses contractuelles exemptant entièrement le vendeur ou l'entreprise générale de sa responsabilité en cas de défauts et prévoyant la cession à l'acheteur des droits de garantie vis-à-vis des sous-traitants peut se révéler inéquitable à la fois pour l'acheteur et pour les sous-traitants. Il nous paraît ainsi important que les chaînes de responsabilité et les devoirs contractuels des uns et des autres soient clairement posés.

La FER soutient donc la modification de l'avant-projet, tout en proposant un élargissement des cas de figure visés.

3. Droit à la **constitution de suretés en lieu et place de l'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs.**

L'avant-projet prévoit que les suretés fournies par le propriétaire d'un immeuble, pour éviter l'inscription d'une hypothèque légale au registre foncier, couvrent les intérêts moratoires pour une durée de 10 ans et non plus une durée illimitée.

Nous ne formulons pas d'opposition à cette modification.

III. Questions subsidiaires sur un besoin supplémentaire de révision des dispositions sur **l'hypothèque des artisans** et entrepreneurs.

1. Les sous-traitants ont le droit, indépendamment de l'entreprise générale, de demander l'inscription d'une hypothèque légale sur l'immeuble du maître de l'ouvrage. Ils peuvent exercer ce droit même si le maître a déjà payé l'entreprise générale, ce qui peut l'obliger de fait à payer les prestations deux fois. Comment pourrait-on remodeler l'hypothèque légale des artisans et des entrepreneurs de manière à rééquilibrer la situation ?

Le sous-traitant n'a pas de lien contractuel avec le maître d'ouvrage, il est donc passablement démuné en cas de litige. Le recours à l'hypothèque légale est dès lors un des seuls outils dont il dispose pour faire valoir ses droits. En revanche, le maître d'ouvrage a à disposition une large palette de moyens contractuels pour faire valoir ses droits tant envers l'entreprise générale, que face aux sous-traitants. La situation actuelle ne nous paraît pas déséquilibrée.

Le risque de voir le maître d'ouvrage payer à double en raison de manquements de l'entreprise générale résulte essentiellement d'un litige opposant le maître d'ouvrage et l'entreprise générale. Le sous-traitant n'est pas responsable de cette situation. Nous relevons que le maître d'ouvrage peut parfaitement décider de fixer des règles précises en matière de sous-traitance et de critères d'attribution des travaux. En sa qualité de donneur d'ordre, il est acceptable que le maître d'ouvrage assume ses responsabilités et donc le risque inhérent à un transfert de responsabilité à une entreprise générale.

Nous pensons qu'il n'y a donc pas lieu de remodeler l'hypothèque légale, ce d'autant plus que ce système est connu et qu'il fonctionne à satisfaction.

2. **L'hypothèque ne devrait-elle s'appliquer qu'aux prestations fournies après que le maître a eu – ou aurait pu avoir – connaissance du fait qu'un sous-traitant a été mandaté ?**

Cela impliquerait de reporter le risque sur le sous-traitant. Il incombe au maître d'ouvrage d'exiger d'être informé du recours à un sous-traitant et de superviser ce qui se passe sur son chantier, comme il est du ressort de l'entreprise générale d'annoncer une sous-traitance au maître.

Le maître d'ouvrage peut exiger des garanties bancaires de l'entreprise générale ou retenir des paiements à cette dernière. Ça se pratique actuellement. Aussi, il n'y a pas lieu de restreindre l'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs qu'aux prestations fournies après que le maître a eu – ou aurait pu avoir – connaissance du fait qu'un sous-traitant a été mandaté.

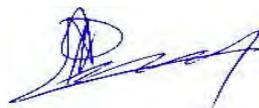
3. Estimez-vous qu'une révision législative est nécessaire en ce domaine ?

La FER juge qu'une révision législative de l'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs est inutile, le système actuel n'étant pas déséquilibré et fonctionnant bien en pratique.

En vous remerciant de l'attention que vous porterez à notre prise de position, nous vous prions de croire, Madame la Conseillère fédérale, à l'expression de notre parfaite considération.



Blaise Matthey
Secrétaire général



Nathalie Bloch
Directrice adjointe Département des associations
FER Genève

La Fédération des Entreprises Romandes en bref

Fondée le 30 juillet 1947 à Morat, son siège est à Genève. Elle réunit six associations patronales interprofessionnelles cantonales (GE, FR, NE, JU, VS), représentant la quasi-totalité des cantons romands. La FER comprend plus de 45'000 membres.

Département fédéral de justice et police
Palais fédéral ouest
3003 Berne

Par courriel : zz@bj.admin.ch

Petit-Lancy, le 19 novembre 2020

Consultation sur une révision du code des obligations (défauts de construction)

Madame, Monsieur,

La Fédération genevoise des métiers du bâtiment (FMB) a pris connaissance du projet de révision du code des obligations en consultation et arrêté sa position.

En substance, la FMB :

- Ne s'oppose pas à une prolongation du délai d'annonce à 60 jours.
- Soutient la proposition d'obligation de réparer les défauts découverts pour les bâtiments que le maître d'ouvrage ou l'acheteur destine à son usage personnel ou à l'usage de sa famille ; la FMB propose que cette obligation soit étendue à d'autres cas de figure, notamment aux constructions que le maître d'ouvrage destine à sa propre activité commerciale.
- Ne s'oppose pas à ce que les sûretés fournies pour éviter l'inscription d'une hypothèque légale au registre foncier couvrent les intérêts moratoires pour une durée de dix ans et non plus pour une durée illimitée.

S'agissant des trois questions complémentaires contenues dans la lettre d'ouverture de la consultation, la FMB s'oppose avec force à une révision des dispositions sur l'hypothèque des artisans et entrepreneurs qui irait dans le sens de ces propositions.

Considérations liées à l'hypothèque des artisans et entrepreneurs

L'hypothèque des artisans et entrepreneurs est un outil indispensable pour permettre aux entreprises sous-traitantes de faire valoir leurs droits en cas de litige.

Il convient de souligner que dans le cadre d'un schéma contractuel classique, le maître d'ouvrage passe contrat avec l'entreprise générale, celle-ci passant ensuite contrat avec les sous-traitants. Ces derniers n'ont donc pas de rapport contractuel direct avec le maître d'ouvrage, ce qui est expressément indiqué dans nombre de conditions générales des contrats d'entreprise (p. ex : Norme SIA 118).

Il s'ensuit que, si le maître d'ouvrage souhaite se prémunir contre le risque de « payer à double », il lui incombe de veiller à ce que les conditions contractuelles qu'il acceptera lui permettent de s'assurer que les prestations du sous-traitant soient rémunérées correctement. Ici aussi, des clauses usuelles existent pour ce faire dans divers modèles de conditions générales. Le maître d'ouvrage peut exiger de connaître à l'avance l'ensemble des sous-traitants ; il peut également subordonner le versement des acomptes à l'entreprise générale pour travaux à la garantie que les sous-traitants soient eux-mêmes rémunérés.

A titre d'exemple, les *Conditions générales du contrat d'entreprise FMB-FAI-Etat de Genève-Ville de Genève* prévoient :

Art. 3.4

L'entrepreneur annonce tous les sous-traitants, ainsi que les fournisseurs importants, lors de la remise de son offre, à tout le moins à la signature du contrat, au plus tard avant le début des travaux les concernant. L'accord du maître d'ouvrage est nécessaire dans tous les cas, y compris en cas de changement de sous-traitant ou de sous-traitance à plusieurs échelons. Le non-respect de cette obligation constitue une violation du contrat.

Art. 3.5

Le maître d'ouvrage peut subordonner le versement d'acomptes sur les travaux à la justification que tous les sous-traitants, ainsi que les fournisseurs importants, sont payés ou à la garantie qu'ils le seront. Il ne peut cependant payer directement le sous-traitant ou le fournisseur, avec effet libératoire, qu'avec l'accord de l'entrepreneur ou en cas de dépôt d'une requête en inscription d'une hypothèque légale par le sous-traitant si l'entrepreneur, dûment avisé, ne fournit pas les sûretés prévues à l'art. 839 al. 3 CC.

Le maître d'ouvrage qui choisit de recourir à une entreprise générale le fait en toute connaissance de cause et doit donc assumer les risques éventuels inhérents à son choix ; il a cependant toute latitude pour exiger des conditions contractuelles lui permettant de se prémunir efficacement contre les risques mentionnés dans le postulat 19.4638 Caroni « Pour une hypothèque des artisans et entrepreneurs plus juste ».

Il convient de souligner que si l'ouvrage concerné n'a pas encore été réceptionné par le maître d'ouvrage, les droits et devoirs y afférents sont de la responsabilité de l'entrepreneur, dans le cas présent l'entreprise générale. Il appartient dès lors au maître d'ouvrage de s'assurer au moment du versement des acomptes en cours de chantiers que les sous-traitants soient rémunérés conformément aux obligations contractuelles ; il lui revient également de s'assurer de l'absence de litige entre l'entreprise générale et les entreprises sous-traitantes en amont de la réception de l'ouvrage et du transfert de responsabilité qu'elle implique.

A l'inverse, les propositions mentionnées dans le cadre de la consultation déséquilibrent totalement ces rapports contractuels en reportant la majeure partie du risque sur l'entreprises sous-traitante.

Le sous-traitant n'est ainsi nullement responsable des relations contractuelles liant l'entreprise générale et le maître d'ouvrage ; de même, il ne peut être tenu pour responsable des agissements de l'entreprise générale. Si le sous-traitant n'est pas rémunéré conformément au contrat, il doit pouvoir continuer à bénéficier de l'outil de l'hypothèque légale.

En conclusion, la FMB rejette fermement une révision des dispositions sur l'hypothèque des artisans et entrepreneurs dans le sens du postulat 19.4638 Caroni « Pour une hypothèque des artisans et entrepreneurs plus juste ».

S'agissant des trois questions individuelles, la FMB prend position de la manière suivante :

- 1. Les sous-traitants ont le droit, indépendamment de l'entreprise générale, de demander l'inscription d'une hypothèque légale sur l'immeuble du maître de l'ouvrage. Ils peuvent exercer ce droit même si le maître a déjà payé l'entreprise générale, ce qui peut l'obliger de fait à payer les prestations deux fois. Comment pourrait-on remodeler l'hypothèque**

légale des artisans et des entrepreneurs de manière à rééquilibrer la situation ?

La FMB juge le régime actuellement applicable à l'hypothèque légale des artisans et des entrepreneurs comme étant à la fois équilibré et équitable ; il n'y a aucun besoin de « rééquilibrer la situation ».

2. L'hypothèque ne devrait-elle s'appliquer qu'aux prestations fournies après que le maître a eu - ou aurait pu avoir - connaissance du fait qu'un sous-traitant a été mandaté ?

La FMB rejette fermement cette possibilité.

3. Estimez-vous qu'une révision législative est nécessaire dans ce domaine ?

La FMB s'oppose à une révision législative dans ce domaine, qui plus est allant dans le sens du postulat 19.4638 Caroni « Pour une hypothèque des artisans et entrepreneurs plus juste ».

Nous vous prions d'agréer, Madame, Monsieur, l'expression de nos salutations distinguées.

Fédération genevoise des métiers du bâtiment

Le Président

Pierre-Alain L'Hôte

Le Secrétaire général adjoint

Marc Rädler

Département fédéral de justice et police
(DFJP)

Par courriel:
zz@bj.admin.ch

Lausanne, le 18 novembre 2020

Procédure de consultation

Révision du Code des obligations (défauts de construction)

Madame la Conseillère fédérale,
Mesdames et Messieurs,

La Fédération romande des consommateurs (FRC) vous remercie de l'opportunité qui lui est donnée de s'exprimer sur l'objet cité sous rubrique. La présente prise de position concerne uniquement le projet de révision du Code des obligations.

Prolongation du délai d'avis

Les délais d'avis sont, à l'heure actuelle, trop courts et irréalistes. Il n'est en effet pas rare que le maître d'ouvrage ou l'acheteur se retrouve déchu de ses droits pour avoir fait un avis des défauts trop tardivement. Cette situation n'est pas satisfaisante, d'autant plus que la brièveté de ces délais n'est pas justifiée.

Bien que la prolongation du délai d'avis soit une bonne chose, la FRC estime que le Conseil fédéral pourrait aller plus loin et abandonner l'obligation d'avis des défauts. Cette obligation limite grandement l'exercice des droits du maître d'ouvrage ou de l'acheteur sans que cela ne soit justifié. En effet, ces derniers ont déjà le devoir de minimiser le dommage et donc de signaler au plus vite un défaut dont l'ampleur pourrait s'aggraver.

Subsidiairement, la prolongation de ces délais à 60 jours semble adaptée. Cela permettra au maître de l'ouvrage ou à l'acheteur de prendre pleinement conscience de l'ampleur d'un défaut lorsqu'il en découvre un et lui laissera le temps de requérir un conseil juridique si nécessaire.

La FRC est d'avis que ces nouveaux délais doivent être semi-impératifs pour éviter toute clause contractuelle qui en diminuerait largement la portée dans un domaine où les contrats dévient souvent de la loi. Ceci permettrait de mieux protéger les maîtres d'ouvrage et les acheteurs face à des situations choquantes.

Droit à la réfection en cas d'achat d'un logement ou de construction d'un logement

La FRC salue l'introduction d'un droit à la réfection en cas de vente d'immeuble pour les constructions devant être érigées ou ayant été érigées moins d'un an avant la vente, ce qui permettra de mettre ces acheteurs sur un même pied d'égalité que les maîtres d'ouvrage.

Notre association soutient que le droit à la réparation ne devrait pas concerner uniquement les objets immobiliers mais devrait s'étendre aux biens mobiliers, à l'exemple de ce que prévoit la Directive 1999/44/CE du 25 mai 1999 sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation. Un tel droit à la réparation favoriserait l'allongement de la durée de vie des biens et donc le développement de l'économie circulaire puisqu'il encouragerait les fabricants à rendre leurs produits plus facilement réparables (démontabilité des appareils, mise à disposition de pièces de rechange, etc.).

La FRC est également favorable à l'introduction de l'art. 368, al. 2bis AP-CO qui interdira toute clause restreignant ou excluant le droit à la réparation des défauts pour des constructions et les ventes visées à l'art. 219a, al. 2 AP-CO.

Nous estimons toutefois que les droits à la résolution du contrat et à la réduction du prix doivent être également impératifs lorsque le maître d'ouvrage ou l'acheteur destinent la construction à un usage privé. Comme le souligne le Conseil fédéral, les accords contractuels qui désavantagent fortement les maîtres d'ouvrage ou les acheteurs sont fréquents en pratique en raison du caractère essentiellement dispositifs du droit en la matière et il est par conséquent essentiel d'aller plus loin pour mieux les protéger. En effet, le maître d'ouvrage ou l'acheteur privé n'est pas rompu à ce type de contrat et n'aura pas conscience, au moment de sa conclusion de combien une clause d'exclusion de garantie peut lui être défavorable. Dans la majorité des cas, il ne disposera pas non plus d'une force de négociation suffisante pour qu'un équilibre entre les parties aux contrats soit garanti. La FRC propose donc que le droit de la garantie devienne impératif lorsque le maître de l'ouvrage ou l'acheteur n'agit pas à titre professionnel.

Enfin, la FRC s'interroge sur la portée de la notion de « construction » des articles 219a, al. 2 AP-CO et 368, al. 2bis AP-CO. Nous proposons que le terme « ouvrage » lui soit substitué, pour assurer une plus large application à ces dispositions et afin de reprendre une notion qui existe déjà dans le droit de la construction.

Fourniture de sûreté en lieu et place de l'inscription d'une hypothèque légale

La FRC reçoit des témoignages de consommateurs mal pris face au non-paiement des sous-traitants, alors que des acomptes très onéreux ont déjà été payés à l'entreprise générale. En raison de la jurisprudence actuelle du Tribunal fédéral qui rend quasiment impossible la fourniture de sûretés au sens de l'art. 839, al. 3 CC, les maîtres d'ouvrage n'ont souvent d'autres choix que celui de payer une deuxième fois, directement en mains des sous-traitants, pour éviter l'inscription d'une hypothèque légale alors même qu'ils contestent leur qualité de débiteur.

Cette situation est insatisfaisante et porte préjudice au maître d'ouvrage, d'autant plus que certains établissements de crédits incluent dans leurs contrats la possibilité de dénoncer le prêt lorsqu'un gage immobilier est inscrit.

Le nouvel art. 839, al. 3 AP-CC devrait permettre de palier aux problèmes identifiés et dénoncés.

Autres mesures

La FRC est d'opinion que le délai de prescription actuel de 5 ans est trop court. Les défauts peuvent être prescrits avant même qu'ils ne soient découverts. Pour cette raison, nous estimons qu'il convient de le prolonger à 10 ans afin d'offrir une meilleure protection au maître de l'ouvrage ainsi qu'à l'acheteur d'un immeuble qui comprend une construction devant encore être érigée ou ayant été érigée moins d'un an avant la vente.

* * * * *

Nous vous remercions de nous avoir consultés ainsi que de l'attention que vous porterez à notre prise de position et restons à votre disposition pour toute demande complémentaire.

Avec nos meilleures salutations,


Sophie Michaud Gigon
Secrétaire générale


Marine Stücklin
Responsable Droit et Politique



FÉDÉRATION ROMANDE
IMMOBILIÈRE
ASSOCIATION ROMANDE
DES PROPRIÉTAIRES



rue du Midi 15
case postale 5607
1002 Lausanne

téléphone 021 341 41 42
téléfax 021 341 41 46

site internet <http://www.fri.ch>
E-mail mail@fri.ch

Madame la Conseillère fédérale
Karin Keller-Sutter
Cheffe du Département fédéral
de justice et police
Palais fédéral ouest
3003 Berne

Lausanne, le 19 novembre 2020 OF/cd

Consultation fédérale relative à une révision du code des obligations en matière de défauts de construction

Madame la Conseillère fédérale,

Vous avez consulté la Fédération romande immobilière (FRI) concernant l'objet cité en titre, ce dont nous vous remercions vivement. Nous vous prions de trouver notre prise de position ci-dessous.

1. Appréciation générale de la FRI

La FRI est favorable à l'avant-projet de révision du droit contractuel de la construction que le Conseil fédéral a mis en consultation le 19 août 2020. En effet, cet avant-projet cherche manifestement à renforcer sur certains aspects les droits du maître d'ouvrage et de l'acheteur que le droit en vigueur protège de manière insuffisante notamment au regard des pratiques contractuelles qui se sont largement développées dans ce domaine ces dernières années.

L'avant-projet vise à régler spécifiquement trois points problématiques qui sont l'avis des défauts, le droit à la réfection en cas d'achat ou de construction de logement et les sûretés que le propriétaire est en droit de fournir.

Or, un renforcement plus global des droits du maître d'ouvrage et de l'acheteur serait assurément souhaitable afin d'assurer un équilibre plus juste entre les intérêts des différentes parties en présence compte tenu notamment des enjeux financiers importants qu'impliquent en général les contrats immobiliers.

2. Prolongation du délai d'avis des défauts

2.1. Enjeux

Selon le droit en vigueur, le maître d'ouvrage ou l'acheteur doit signaler sans délai l'existence de défauts. Selon la jurisprudence en matière de contrat de vente et de contrat d'entreprise, l'avis des défauts respecte la condition d'immédiateté s'il est donné dans un délai de sept jours après la découverte des défauts, mais pourrait même être plus court selon les circonstances.

Dans la pratique, il est fréquent de constater que les maîtres d'ouvrage et acheteurs, en particulier quand ils sont profanes dans ce domaine, sont insuffisamment informés de l'obligation d'avis immédiat et du contenu que doit avoir cet avis. Or, le non-respect de ces obligations peut avoir de très lourdes conséquences en les privant de tous leurs droits à la garantie, alors même que l'existence d'un défaut, même important, est démontrée.

Le régime actuel ne protège à l'évidence pas suffisamment les droits des maîtres d'ouvrages immobiliers et des acheteurs d'immeubles, en particulier quand ils n'ont pas de connaissances particulières dans ce domaine. Leurs droits méritent ainsi d'être renforcés de manière satisfaisante.

Dès lors, l'introduction d'un délai d'avis des défauts dans la loi, aussi bien pour le contrat de vente d'immeubles que pour le contrat d'entreprise portant sur un ouvrage immobilier, est souhaitable, voire même indispensable. La durée fixée à 60 jours dans l'avant-projet paraît raisonnable s'agissant de contrats portant sur des objets immobiliers avec des enjeux financiers potentiellement importants. En effet, ce délai devrait permettre aux parties concernées de disposer du temps suffisant pour rassembler les informations techniques et juridiques nécessaires et établir un avis des défauts dont le contenu répondra aux exigences strictes développées en la matière par la jurisprudence.

Les critiques qui pourraient être émises sur la durée trop élevée de ce délai peuvent aisément être écartées, sachant que le maître d'ouvrage et l'acheteur continueront en tout état de cause de répondre d'une éventuelle aggravation du défaut due à un avis tardif. A cet égard, il est également intéressant de relever que la norme SIA 118 contient un délai beaucoup plus long de deux ans et que la pratique en lien avec cette norme n'a démontré aucun problème particulier ou supplémentaire en lien avec ce délai, bien au contraire.

2.2. Appréciation et proposition de la FRI

En revanche, le caractère dispositif de ce nouveau délai est critiquable. En effet, il est à craindre que les entrepreneurs et vendeurs cherchent à limiter contractuellement ce délai, avec le risque encore une fois que les maîtres d'ouvrage et acheteurs ne soient pas en mesure de mesurer la portée de leur engagement à ce titre. Afin de leur assurer une protection suffisante et de ne pas vider de sa portée ce délai d'avis légal, il devrait assurément être de nature impérative ou semi-impérative.

Le rapport explicatif justifie cette position en indiquant que cette modification de la loi ne vise pas à corriger une pratique contractuelle abusive, mais plutôt à corriger une disposition légale inéquitable. Toutefois, le caractère impératif ou semi-impératif de ce délai s'impose précisément pour éviter qu'une pratique contractuelle abusive se généralise suite à l'introduction d'un délai de nature dispositive.

Dès lors, la proposition contenue dans l'avant-projet tendant à introduire un délai de 60 jours pour signaler les défauts est manifestement équitable, sachant qu'elle renforce efficacement les droits des maîtres d'ouvrage et acheteurs, sans pour autant péjorer significativement les intérêts des entrepreneurs et vendeurs par rapport au droit actuel. Toutefois, pour assurer l'efficacité de cette nouvelle réglementation, le délai de 60 jours devrait être de nature impérative ou semi-impérative, et non pas dispositive.

3. Droit irrévocable à la réfection en cas d'achat et construction d'un logement

3.1. Droit à la réfection dans les contrats de vente d'immeuble

3.1.1. Enjeux

Selon le droit en vigueur, en cas de défauts de l'ouvrage, le maître dispose à l'égard de l'entrepreneur du droit à la résolution du contrat, à la réfection de l'ouvrage ou à la réduction du prix, alors que l'acheteur n'a le choix qu'entre la résolution du contrat et la réduction du prix.

Ainsi, les règles de garantie applicables diffèrent selon la qualification qui est donnée au contrat conclu entre les parties. Cette situation est manifestement inéquitable pour l'acheteur d'un immeuble neuf qui ne bénéficie aujourd'hui pas d'un droit à la réparation en cas de défauts de construction, alors qu'il occupe une position similaire à celle d'un maître d'ouvrage. Or, en pratique, on constate que la réfection est souvent la solution la plus appropriée et la plus raisonnable.

Dès lors, une modification de la loi octroyant à l'acheteur, en sus des autres droits à la garantie existants, un droit à la réfection paraît s'imposer.

Dans son avant-projet, le Conseil fédéral propose d'étendre le droit à la réfection sans frais, de nature dispositive, aux contrats de vente d'immeubles portant sur une construction érigée moins d'un an avant la vente ou restant à ériger.

3.1.2 Appréciation et proposition de la FRI

La solution que propose le Conseil fédéral paraît équilibrée, sachant que c'est avant tout dans l'hypothèse d'immeubles neufs que la solution de la réparation du défaut est envisagée et appropriée.

Toutefois, la notion de « *construction ayant été érigée moins d'un an avant la vente* » semble être insuffisamment précise et est ainsi propre à créer une insécurité juridique préjudiciable aux deux parties au contrat. Elle sera d'autant plus floue pour un acheteur d'un immeuble qui n'est intervenu à aucun moment dans la réalisation du chantier et ignorera parfaitement la date à laquelle il s'est achevé. Il convient dès lors de déterminer avec précision le *dies à quo*. Le rapport explicatif indique que le délai d'un an commencera à courir lorsque les travaux seront terminés et que l'ouvrage aura atteint pour l'essentiel l'état qui est promis. Là encore, cette explication supplémentaire n'est pas suffisamment précise. Une solution pourrait être de prévoir que le délai commence à courir dès la levée du chantier, soit l'évacuation de tout le matériel et des baraques de construction.

3.2. Droit irrévocable à la réfection appliqué aux contrats portant sur la construction ou l'achat d'un logement destiné à l'usage personnel ou familial

3.2.1. Enjeux

Les droits de garantie sont de nature purement dispositive. Les parties peuvent ainsi parfaitement convenir de les limiter au détriment du maître d'ouvrage ou de l'acheteur, voire même de les exclure entièrement même pour des constructions neuves, sous quelques limites légales quand même.

Dans le cadre de contrats portant sur des constructions neuves ou récentes, une pratique s'est très largement répandue tendant à introduire des clauses prévoyant une exclusion des droits de garantie à l'égard de l'entrepreneur ou du vendeur qui, en contrepartie, cèdent les droits à la garantie dont ils disposent eux-mêmes à l'égard de leurs sous-traitants. Cette pratique est non seulement critiquable juridiquement, mais surtout désavantage à tous points de vue les maîtres d'ouvrage et acheteurs. De telles clauses libérant l'entrepreneur ou le vendeur de toute responsabilité paraissent manifestement abusives. Il convient à tout le moins de limiter leur portée dans la pratique.

A cet effet, dans son avant-projet, le Conseil fédéral propose que le droit du maître d'ouvrage à la réfection sans frais soit irrévocable en cas de défauts concernant « *une construction que le maître destine à son usage personnel ou à l'usage de la famille* ».

Il propose également d'étendre ce droit irrévocable à la réfection aux contrats de vente portant sur un immeuble que l'acheteur destine à son usage personnel ou à un usage familial.

3.2.2. Appréciation et proposition de la FRI

La solution proposée dans l'avant-projet paraît là encore équitable, partant effectivement du postulat que les maîtres d'ouvrage ou acheteur agissant à titre professionnel disposent de connaissances suffisantes dans ce domaine ou à tout le moins peuvent aisément se faire conseiller.

Toutefois, là encore, la notion d'usage personnel ou familial mérite d'être précisée, voire élargie. Se pose par exemple la question d'un particulier, sans connaissances particulières dans le domaine de l'immobilier, qui entend investir ses économies dans un immeuble de rendement, une part de propriété par étages par exemple, afin de financer sa retraite. Il mériterait de toute évidence de bénéficier de ce droit irrévocable à la réfection.

4. Droit à la constitution de sûretés en lieu et place de l'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs

4.1. Proposition contenue dans l'avant-projet

4.1.1. Enjeux

Le droit en vigueur permet aux artisans et entrepreneurs de requérir l'inscription d'une hypothèque légale sur l'immeuble sur lequel ils ont fourni des matériaux et du travail ou du travail uniquement.

Le maître d'ouvrage qui a régulièrement réglé le coût des travaux auprès de son partenaire contractuel, risque ainsi de voir son immeuble mis en gage, avec le risque de devoir payer une deuxième fois les travaux qu'il a déjà intégralement réglés. Afin de permettre au maître d'ouvrage d'éviter l'inscription d'une hypothèque légale, le législateur a prévu de lui octroyer la possibilité de fournir des sûretés suffisantes, qui peuvent être de nature réelle ou personnelle, au créancier.

Toutefois, cette possibilité offerte au propriétaire de fournir des sûretés s'est avérée en pratique impossible à mettre en œuvre de manière satisfaisante, notamment au regard de la jurisprudence qui a été rendue en la matière. En effet, ces sûretés doivent garantir la créance en capital, les frais et les intérêts moratoires dus de manière illimitée. Or, le montant des sûretés étant difficile, voire impossible à chiffrer, les maîtres d'ouvrages se voient ainsi privés de bénéficier d'un droit que la loi leur offre.

Afin d'améliorer la situation des propriétaires, l'avant-projet propose de limiter le montant des intérêts moratoires pour une durée de dix ans en plus du montant de la créance.

4.1.2 Appréciation de la FRI

La solution proposée par le Conseil fédéral est manifestement adaptée et équilibrée, sachant que les droits des artisans et entrepreneurs n'en seront pas affectés et ceux des propriétaires en seront facilités.

4.2. Besoin supplémentaire de révision des dispositions sur l'hypothèque des artisans et entrepreneurs

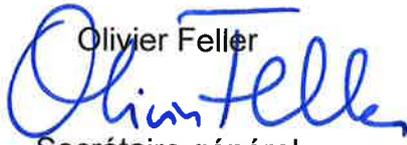
Aux trois questions auxquelles nous sommes encore priés de répondre (comment remodeler l'hypothèque légale des artisans et des entrepreneurs de manière à rééquilibrer la situation, l'hypothèque légale ne devrait-elle s'appliquer qu'aux prestations fournies après que le maître a eu - ou aurait pu avoir - connaissance du fait qu'un sous-traitant a été mandaté, estimez-vous qu'une révision législative est nécessaire dans ce domaine), nous répondons comme suit :

La révision envisagée dans l'avant-projet du Conseil fédéral tendant à limiter le montant des intérêts moratoires est aujourd'hui nécessaire. En revanche, pour le surplus, le droit de l'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs paraît globalement équilibré.

Toutefois, il serait assurément souhaitable d'améliorer les droits du propriétaire en rapport avec le choix que fait l'entreprise générale de ses sous-traitants et des travaux qui leur sont confiés.

En effet, le propriétaire n'a aucune connaissance, ni maîtrise sur les choix des sous-traitants faits par l'entrepreneur, alors qu'il encourt le risque de devoir à la fin des travaux régler leurs travaux. Cette situation paraît discutable. Dès lors, un droit de regard mériterait peut-être d'être octroyé au propriétaire portant sur les sous-traitants qui vont travailler sur son chantier et sur les factures qu'ils émettent. A cet égard, une obligation pourrait être imposée aux sous-traitants de transmettre au propriétaire de l'ouvrage une copie de la facture qui est adressée à l'entrepreneur pour pouvoir prétendre ensuite à l'inscription d'une hypothèque légale.

Tout en vous remerciant de l'attention portée aux lignes qui précèdent, nous vous prions d'agréer, Madame la Conseillère fédérale, l'expression de notre haute considération.

Olivier Feller

Secrétaire général

Axelle Sonderegger

Avocate

Envoyé également par courriel, en format word et en format pdf, à :

zz@bj.admin.ch

zz@bj.admin.ch

Eidg. Justiz- und Polizeidepartement EJPD
Frau Bundesrätin Karin Keller-Suter
3000 Bern

Bern, 30. November 2020 MW/mz

Vernehmlassung zu Revision des Obligationenrechts (Baumängel) vom 19.08.2020

Sehr geehrte Frau Bundesrätin

Wir danken für die Gelegenheit, zu dem obgenannten Entwurf unsere Vernehmlassung einzureichen.

Summary:

Der FSKB begrüsst und unterstützt die vorgeschlagenen Punkte der Revision des Bauvertragsrechts.

Der FSKB lehnt hingegen die von SR Andrea Caroni angedachte Revision des Bauhandwerkerpfandrechts kategorisch ab, nachdem sich dieses Instrument gut etabliert und hervorragend bewährt hat.

A Revision des Bauvertragsrechts

- *Verlängerung der Rügefrist*

Der FSKB unterstützt den Vorschlag, anstelle einer «sofortigen» Rügefrist für Baumängel eine Rügefrist von 60 Tagen einzuführen.

- *Nachbesserung beim Kauf und der Neuerstellung von Wohneigentum*

Der FSKB unterstützt den Vorschlag, ein unabdingbares Nachbesserungsrecht einzuführen für Verträge über die Erstellung oder den Kauf einer Baute, welche für den persönlichen oder familiären Gebrauch bestimmt ist.

- *Ersatzsicherheit anstelle der Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts*

Der FSKB unterstützt auch die dritte Neuerung, indem neu neben der Ersatzsicherheit die Sicherstellung der Verzugszinsen für maximal 10 Jahre vorgeschlagen wird. Mit dieser neuen Regelung wird es möglich, entsprechende Sicherheiten (Bankgarantien oder Bürgschaften inkl. Zinsen für maximal 10 Jahre) zur Abwendung der Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts zu stellen. Diese neue Regelung ist notwendig, weil die bundesgerichtliche Praxis bei den gestellten Sicherheiten bekanntlicherweise eine zeitlich nach oben nicht limitierte Belastung der Zinsen vorsah, was sich als praxisuntauglich herausstellte.

B Weiterer Revisionsbedarf beim Bauhandwerkerpfandrecht?

(Wie könnte das Bauhandwerkerpfandrecht angepasst werden, um das Verhältnis zwischen Bauherren und Subunternehmer ausgewogener zu regeln?)

Diese von SR Caroni angedachte Revision wird vom FSKB kategorisch abgelehnt.

1. Der drohende Eintrag eines Bauhandwerkerpfandrechts schafft beim Bauherrn den Anreiz, sich richtig zu verhalten und das Bauhandwerkerpfandrecht zu vermeiden. Er weiss, dass er den beauftragten Unternehmer prüfen muss, ob dieser in der Lage ist, seine Subunternehmer bzw. Lieferanten auch zu bezahlen. In diesem Sinne wirkt das Gesetz in erster Linie präventiv.
2. Das Bauhandwerkerpfandrecht schützt die Forderung der Subunternehmer bzw. Lieferanten für geliefertes Material verbunden mit entsprechender Arbeitsleistung, die er für ein Bauwerk erbracht hat. Der Subunternehmer schafft den Mehrwert, der unmittelbar mit Boden verbunden ist und der damit dem Grundeigentümer gehört. Diese bisherige Regelung ist notwendig und sinnvoll, weil alles, was mit dem Boden eines Grundstücks dauernd und fest verbunden ist, automatisch dem Grundeigentümer zufällt bzw. ihm gehört, ob das gelieferte und gefertigte Material und die geleistete Arbeit dem Subunternehmer bezahlt worden ist oder nicht.
3. Der Subunternehmer kann das Eingebaute bzw. den von ihm geschaffenen Mehrwert nicht zurückfordern, wenn er für seine Leistung nicht entschädigt worden ist, da das Eingebaute durch die feste Verbindung mit dem Grundstück dem Grundeigentümer gehört.

Damit ergibt sich unter Umständen für den Bauherrn ein Doppelrisiko, wenn er den Bauunternehmer bereits bezahlt hat, der Bauunternehmer den Subunternehmer jedoch nicht bezahlen kann (oder will).

4. Mit der Ankündigung des Bauhandwerkerpfandrechts beim Bauherrn durch den Subunternehmer wird der Bauherr auf den Bauunternehmer Druck aufsetzen, dass der Bauunternehmer den Subunternehmer bezahlt. – **Dieses Frühwarnsystem hilft in den meisten Fällen, den Eintrag des Bauhandwerkerpfandrechts beim Bauherrn zu vermeiden.**
5. **Es ist dem Bauherrn zudem mit verschiedenen Massnahmen möglich, sich gegen die Gefahr einer Doppelzahlung abzusichern:**
 - a) Er kann sich vertraglich die direkte Bezahlung des Subunternehmers ausbedingen (bei entsprechender Kürzung der Zahlung an den Bauunternehmer oder an den GU),
 - b) Er baut vertraglich eine Ablöseklausel ein, in der sich der Bauunternehmer / GU verpflichtet, alle angemeldeten Bauhandwerkerpfandrechte durch

entsprechende Sicherheitsleistung (Bankgarantie oder Bürgschaft) abzulösen,

- c) Er kann vom Bauunternehmer / GU einen Rückbehalt der Vertragssumme bis zum Fristablauf der Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts durch den Subunternehmer vereinbaren.

6. Kurzer Rückblick:

- a) Bereits mit der Teilrevision des ZGB (Immobilien- und Grundbuchrecht) wurde 2004 versucht, das Bauhandwerkerpfandrecht einzuschränken bzw. auszuhöhlen. Es sollten nur noch diejenigen Subunternehmer ein Recht zur Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts haben, mit denen der Bauherr eine vertragliche Beziehung hat. Die Revision liess ausseracht, dass der Subunternehmer (u.a. der Materiallieferant) und nicht der GU die Arbeit erbracht und damit den Mehrwert am Grundstück erarbeitet hat.

Nach intensiven Diskussionen und Interventionen aus dem Bauhauptgewerbe (Baumeister) blieb das Bauhandwerkerpfandrecht des Subunternehmers erhalten.

- b) 2009 stand ein Antrag von NR Philipp Müller zur Debatte: «Der Anspruch auf Errichtung eines Grundpfandrechts zugunsten von Subunternehmer ist nur möglich, wenn der Subunternehmer bei Auftragsübernahme den Grundstückeigentümer oder Bauherrn schriftlich darüber informiert, und der Grundstückeigentümer oder der Bauherr die Auftragsübernahme durch den Subunternehmer nicht ausdrücklich ablehnt»

In der Praxis hätte das zu **schwerwiegenden Unsicherheiten** geführt:

- eine fehlende Zustimmung des Bauherrn hätte zu kurzfristigen Bauverzögerungen oder gar zu Baustopps geführt,
- das System hätte schwerfälligen und völlig unnötigen administrativen Aufwand gebracht,
- eine Ablehnung des Subunternehmers durch den Bauherrn hätte bei einigen Arbeiten (z.B. Transportbeton-Lieferungen) zu nicht lösbaren Problemen auf der Baustelle geführt.

Eine Revision gemäss Antrag NR Philipp Müller hätte faktisch die Aushebelung des Bauhandwerkerpfandrechts zugunsten des Subunternehmers gebracht. – Es war folgerichtig, dass der Antrag Philipp Müller abgelehnt wurde.

7. Zum Vorstoss von SR Andrea Caroni:

- a) «Der Bundesrat wird beauftragt, in einem Bericht darzulegen, wie das Bauhandwerkerpfandrecht (Art. 837ff ZGB) angepasst werden könnte, um das Verhältnis zwischen Bauherren und Subunternehmern ausgewogener zu regeln. Zu prüfen ist insbesondere eine «Transparenzlösung», wonach das Pfandrecht nur für Leistungen greift, die erbracht wurden, nachdem der Bauherr vom Subunternehmer Kenntnis haben konnte».

Damit könnte – so SR Andrea Caroni – das Risiko von Doppelzahlungen durch den Bauherrn verhindert werden.

- b) **Der FSKB lehnt jede Aufweichung der bestens bewährten Regelung des Bauhandwerkerpfandrechts strikte ab.** Das Bauhandwerkerpfandrecht schützt gerade in einer Zeit, in welcher zu erwarten ist, dass auch das Baugewerbe durch die Massnahmen wegen Covid-19 stark leiden wird, eine ganze Reihe von KMU. Dass den GU sowie den TU das Bauhandwerkerpfandrecht seit jeher ein Dorn im Auge ist, ist längst bekannt. Es geht aber darum, weiterhin diejenigen KMU zu schützen, die durch ihre Arbeit und ihre Materiallieferung einen Mehrwert für den Grundeigentümer geschaffen haben.
- c) Mit einer sog. «Transparenzlösung» wird die Gefahr von Doppelzahlungen durch den Bauherrn in keinsten Weise gelöst. Dass nur diejenigen Subunternehmer beim Bauherrn das Bauhandwerkerpfandrecht anmelden dürfen, welche vom Bauunternehmer dem Bauherrn gemeldet wurde, ist willkürlich.
- d) Tatsache ist, dass der Subunternehmer vom Bauunternehmer bzw. vom GU für geleistete Arbeit nicht bezahlt wird, die dem Bauherrn einen unmittelbaren Mehrwert an seinem Grundstück bringt. Es kann nicht sein, dass ein Subunternehmer, der vom GU bzw. vom Bauunternehmer nicht auf die Liste der dem Bauherrn gemeldeten Subunternehmer genommen wird, das Bauhandwerkerpfandrecht nicht geltend machen kann! – Sehr oft kommt es ja vor, dass im Laufe des Bauprojekts Arbeiten unvorhergesehenerweise an Subunternehmer weitergegeben werden.
- e) **Die «Transparenzlösung» bringt im Zusammenhang mit der Vermeidung von Doppelzahlungen durch den Bauherrn / Grundeigentümer nichts!** Das Recht auf Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts der Subunternehmer würde willkürlich eingeschränkt, je nachdem ob der Bauherr / Grundeigentümer von den Leistungen des Subunternehmers Kenntnis gehabt hatte oder Kenntnis gehabt haben könnte. Eine Umsetzung wäre nicht nur unpraktikabel und administrativ aufwändig, sondern es kann beim Baumeister bzw. Hauptunternehmer ein nicht zu unterschätzender Interessenkonflikt entstehen, indem dieser überhaupt kein Interesse daran haben kann, dem Bauherrn die von ihm beigezogenen Subunternehmer bekannt zu geben. Denn der Bauherr könnte von ihm die unten aufgeführten Massnahmen verlangen, was zu Mehrkosten und Mehraufwand führen würde.
- f) Durch verschiedene (oben ausgeführte) Massnahmen ist es dem Bauherrn / Grundeigentümer möglich, sich gegen Doppelzahlungen zu schützen:
- Direktzahlung des Subunternehmers
 - Bankgarantien oder Bürgschaften
 - Rückhalt eines Teils der Vertragssumme.



Fachverband der Schweizerischen Kies- und Betonindustrie

Wir bitten Sie, unsere Bemerkungen zu berücksichtigen. Bei Fragen steht Ihnen unser Martin Weder zur Verfügung.

Freundliche Grüsse

FSKB

Lionel Lathion
Präsident

Martin Weder
Direktor

Von: [Urs Hanselmann - Gebäudehülle Schweiz](#)
An: [_BJ-ZZ](#)
Cc: haas@fassadenconsulting.ch; [David Stichelberger](#); "Heinz Sigrist"; "Hinter Stefan"; leitung@sguv.ch; melanie.saner@pavidensa.ch; [Andre Schreyer - Gebäudehülle Schweiz](#); [Marco Röthlisberger - Gebäudehülle Schweiz](#); [Jérôme Egli](#); [Andreas Eigenmann](#); [Athina Joannidis - Gebäudehülle Schweiz](#); [Karin Gamma - Gebäudehülle Schweiz](#); [Chantal Huser - BZ Polybau](#); [Isabel Morollón - Gebäudehülle Schweiz](#)
Betreff: STN Gebäudehülle Schweiz 27.11.2020 VNL Bauvertragsrecht
Datum: Freitag, 27. November 2020 17:34:35
Anlagen: [image001.png](#)
[Stellungnahme zur Vernehmlassung OR 2020.docx](#)
[Stellungnahme zur Vernehmlassung OR 2020.pdf](#)
Dringlichkeit: Hoch

Sehr geehrte Bunderätin Karin Keller Sutter, sehr geehrte Damen und Herren

Vorab möchten wir uns bedanken, dass Sie unsere Stellungnahme zur Revision des Obligationenrechts entgegennehmen.

Gebäudehülle Schweiz sowie die mitunterzeichnenden Verbände begrüßen grundsätzlich jegliche Änderungen, welche der Vereinfachung des geschäftlichen Alltags dienen. So auch hinsichtlich einer klaren Regelung von Rügefristen, wie sie die Revision des Obligationenrechts vorsieht.

Diesbezüglich erlauben sich Gebäudehülle Schweiz und die in der Stellungnahme genannten Verbände, die im Mailanhang angefügte Stellungnahme zu verfassen.

Wir danken für die Gelegenheit dafür und bitten Sie um Berücksichtigung unserer Anregungen.

Freundliche Grüsse

Urs Hanselmann
Projektleiter Technik

Gebäudehülle Schweiz
Lindenstrasse 4 • 9240 Uzwil
T 071 955 70 47 • F 071 955 70 40
Urs.Hanselmann@gh-schweiz.ch
gebäudehülle.swiss



Bundesamt für Justiz
Bundesrätin
Karin Keller-Sutter
3003 Bern
zz@bj.admin.ch

Uzwil, 27. November 2020

Stellungnahme zur Vernehmlassung Obligationenrecht 2020

Sehr geehrte Frau Bundesrätin
Sehr geehrte Damen und Herren

Vorab möchten wir uns bedanken, dass Sie unsere Stellungnahme zur Revision des Obligationenrechts entgegennehmen und entsprechend berücksichtigen.

Die nachstehenden Verbände begrüssen grundsätzlich jegliche Änderungen, welche der Vereinfachung des geschäftlichen Alltags dienen. So auch hinsichtlich einer klaren Regelung von Rügefristen, wie sie die Revision des Obligationenrechts vorsieht. Diesbezüglich erlauben sich die genannten Verbände jedoch folgende Stellungnahme zu verfassen.

Vorabbemerkungen

Die Verjährungsfrist bei Baumängeln beginnt nach Ablieferung des Werkes und beträgt fünf Jahre (Art. 371 OR). Die gleiche Verjährungsfrist gilt für Baumängel zu einem Werkvertrag, welcher unter SIA-Norm 118 (Art. 180) vereinbart wurde. Im Werkvertragsrecht nach Obligationenrecht beträgt die geltende Rügefrist für offensichtliche Mängel gemäss Bundesgericht sieben Tage. Danach ist eine allfällig verwirkte Rügefrist nur noch schwer wiederherzustellen. Sind die Bestimmungen der SIA-Norm 118 für den Vertrag massgebend, so kann der Bauherr in Abweichung zu Art. 367 und 370 OR jegliche Mängel jederzeit rügen – und zwar während zwei Jahren. Diesbezüglich besteht heute bereits ein markanter Unterschied in Bezug auf die Rügefristen. Wichtig ist diesbezüglich jedoch, dass die SIA-Norm 118 klar darlegt, dass der Bauherr den durch eine verspätete Rüge entstandenen Schaden selbst tragen muss, sofern es sich um einen Mangel handelt, welcher unverzüglich behoben werden muss, um weiteren Schaden zu verhindern (Art. 173). Das heisst, dass der Bauherr verpflichtet wird einen Mangel, welcher zu weiterem Schaden führen kann, sofort zu rügen hat, und zwar innerhalb von sieben Tagen. Die Schadenminderungspflicht des Bauherrn wird hier somit ausdrücklich geregelt.

Nach Ablauf der zweijährigen Rügefrist können offene Mängel nicht mehr gerügt werden. Sie gelten als unwiderleglich entdeckt (Art. 178 SIA-Norm 118). Verdeckte Mängel hingegen können unter Einhaltung der Verjährungsfrist auch nach Ablauf der Frist von zwei Jahren gerügt werden. Voraussetzung hierzu ist jedoch, gleich wie bei den offenen Mängeln, welche sofortigen Handlungsbedarf bedürfen, dass diese sofort gerügt werden. Hinsichtlich der «sofortigen Rüge» gilt somit ebenfalls eine Frist von sieben Tagen.

Bemerkungen zu den neuen gesetzlichen Regelungen

Wird also eine 60-tägige Rügefrist in das Gesetz aufgenommen, so ist dementsprechend eine Schadenminderungspflicht für Mängel, welche einer unverzüglichen Behebung bedürfen, einzuführen. Das heisst, dass in solch einem Fall, sowohl bei offenen Mängeln wie auch bei verdeckten Mängeln, ein sofortiges Handeln angezeigt wäre. Andere Mängel, welche keine Folgeschäden verursachen können, sind während der 60-tägigen Rügefrist beim Unternehmer anzuzeigen. In Bezug auf verdeckte Mängel muss zudem die vertragliche Abänderbarkeit der Rügefrist gewährleistet sein, da diese ansonsten im Widerspruch zu der SIA-Norm 118 (Art 179) stehen.

In Bezug auf das Verbot die Gewährleistungsrechte (soweit sie bis heute gemäss BGR überhaupt wegbedingt werden konnten) für persönliche und familiäre Nutzung wegzubedingen (Art. 368 eOR), ist dem Unternehmer ein primäres Recht auf Nachbesserung (analog SIA) gegenüberzustellen. Das heisst, eine vertragliche Wegbedingung der Gewährleistung ist nur ungültig, wenn dem Unternehmer gleichzeitig das primäre Recht auf Nachbesserung zusteht, sollte ein entsprechender Baumangel auftreten.

Addendum – Verband PAVIDENSA

Der Verband PAVIDENSA hält in Abweichung zu den anderen Verbänden fest, dass eine 60-tägige Rügefrist generell zu lange ist. PAVIDENSA schlägt eine 14-tägige ordentliche Rügefrist vor, zumal keine technischen und administrativen Aspekte eine Erhöhung der Frist rechtfertigen würden. 14 Tage sind genug, um die entsprechenden Mängelrügen beim Unternehmer anzuzeigen. Dies rechtfertigt sich ferner damit, als dass die Fristen abänderbar sind und der Bauherr in den Vertragsverhandlungen oftmals eine wesentlich stärkere Position innehat als der Unternehmer. Ansonsten schliesst sich PAVIDENSA den Vorschlägen der Verbände an.

Die entsprechenden Ergänzungen wurden in der Tabelle im Anhang «rot» eingefügt.

Wir danken für die Berücksichtigung unserer Stellungnahme. Für weitere Fragen steht Ihnen Urs Hanselmann, unter urs.hanselmann@gh-schweiz.ch, sehr gerne zur Verfügung.

Freundliche Grüsse

Gebäudehülle Schweiz
Verband Schweizer Gebäudehülle-Unternehmungen

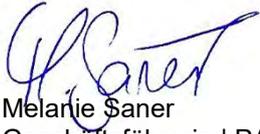


Dr. André Schreyer
Geschäftsführer

Anhang:

Vorgeschlagene Änderungen

Mitunterzeichnende Verbände (in alphabetischer Reihenfolge)



Melanie Saner
Geschäftsführerin | PAVIDENSA





Erich Steiner
Geschäftsführer | SFG



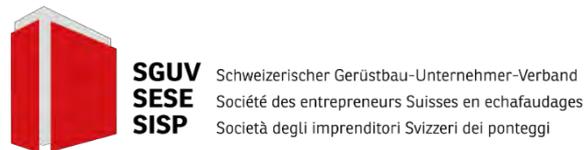


Christoph Haas | SFHF
Obmann Technische Kommission





Cédric Cagnazzo | SGUV
Präsident





David Stickelberger | SWISSOLAR
Geschäftsführer



Anhang – Vorgeschlagenen Änderungen

Gesetzesbestimmung	Neue Bestimmung	Stellungnahme	Vorgeschlagene Änderung
Art. 219 OR Gewährleistung	<p>¹ Der Verkäufer eines Grundstückes hat unter Vorbehalt anderweitiger Abrede dem Käufer Ersatz zu leisten, wenn das Grundstück nicht das Mass besitzt, das im Kaufvertrag angegeben ist.</p> <p>² Besitzt ein Grundstück nicht das im Grundbuch auf Grund amtlicher Vermessung angegebene Mass, so hat der Verkäufer dem Käufer nur dann Ersatz zu leisten, wenn er die Gewährleistung hierfür ausdrücklich übernommen hat.</p>	Keine Einwände	Keine
Art. 219a OR Mängelrüge, unentgeltliche Verbesserung und Verjährung	<p>¹ Die Frist für die Mängelrüge beträgt beim Grundstückkauf 60 Tage. Mängel, die bei der übungsgemässen Untersuchung nicht erkennbar waren, sind innert 60 Tagen nach ihrer Entdeckung zu rügen.</p> <p>² Der Käufer eines Grundstücks mit einer Baute, die noch zu errichten ist oder weniger als ein Jahr vor dem Verkauf neu errichtet wurde, kann auch unentgeltliche Verbesserung verlangen. Dieser Anspruch untersteht den Bestimmungen über den Werkvertrag.</p> <p>³ Die Ansprüche des Käufers wegen Mängel des Grundstücks verjähren mit Ablauf von fünf Jahren nach dem Erwerb des Eigentums.</p>	<p>Terminologische Anpassungen.</p> <p>Die Kürzung oder Ausschluss der 60tägigen Frist für persönlichen und familiären Gebrauch sollte nicht wegbedungen werden können.</p> <p>PAVIDENSA: Empfiehlt eine 14-tägige ordentliche Rügefrist.</p>	<p>² Der Käufer eines Grundstücks, auf dem ein unbewegliches Werk noch zu errichten ist oder weniger als ein Jahr vor dem Verkauf neu errichtet wurde, kann auch unentgeltliche Verbesserung verlangen. Dieser Anspruch untersteht den Bestimmungen über den Werkvertrag.</p>
Art. 367 OR Haftung für Mängel	<p>¹ [...] Die Frist für die Mängelrüge beträgt bei einem unbeweglichen Werk 60 Tage.</p>	<p>Es ist zwingend eine Schadenminderungspflicht für Mängel, welche einer unverzüglichen Behebung bedürfen, einzuführen.</p> <p>Es ist ein Artikel 1^{bis} einzufügen.</p> <p>PAVIDENSA: Empfiehlt eine 14-tägige ordentliche Rügefrist.</p>	<p>^{1bis} Mängel, welche zur Verhinderung von weiterem Schaden unverzüglich behoben werden müssen, sind sofort nach dessen Entdeckung zu rügen.</p>

Art. 368 OR Recht des Bestellers bei Mängel	^{2bis} Eine zum Voraus getroffene Verabredung, wonach der Anspruch auf unentgeltliche Verbesserung eingeschränkt oder ausgeschlossen wird, ist ungültig, wenn der Mangel eine Baute betrifft, die für den persönlichen oder familiären Gebrauch des Bestellers bestimmt ist.	Soll der Ausschluss der Gewährleistung (Schadenersatz, Nachbesserung usw.) eingeschränkt werden, so ist dem Unternehmer im Gegenzug ein primäres Nachbesserungsrecht einzuräumen.	^{2bis} Eine zum Voraus getroffene Verabredung, wonach der Anspruch auf unentgeltliche Verbesserung eingeschränkt oder ausgeschlossen wird, ist ungültig, wenn der Mangel eine Baute betrifft, die für den persönlichen oder familiären Gebrauch des Bestellers bestimmt ist und dem Unternehmer ein vorrangiges Recht zur unentgeltlichen Verbesserung eingeräumt wird.
Art. 370 OR Genehmigung des Werkes	³ ...Die Frist für die Mängelrüge beträgt bei einem unbeweglichen Werk 60 Tage ab ihrer Entdeckung.	Die Frist muss vertraglich abänderbar bleiben. In einem Absatz 4 (oder ergänzend) ist zwingend eine Schadenminderungspflicht für Mängel, welche einer unverzüglichen Behebung bedürfen, einzuführen. PAVIDENSA: Empfiehlt eine 14-tägige ordentliche Rügefrist.	⁴ Mängel, welche zur Verhinderung von weiterem Schaden unverzüglich behoben werden müssen, sind sofort nach dessen Entdeckung zu rügen.
Art. 839 ZGB Bauhandwerkerpfandrecht	³ Sie darf nur erfolgen, wenn die Pfandsomme vom Eigentümer anerkannt oder gerichtlich festgestellt ist, und kann nicht verlangt werden, wenn der Eigentümer für die angemeldete Forderung zuzüglich Verzugszinse für die Dauer von zehn Jahren hinreichende Sicherheit leistet.	Keine Ergänzungen.	Keine

Von: [Röthlisberger, Rolf](#)
An: [_BJ-ZZ](#)
Cc: [Mettler, Markus](#)
Betreff: STN Halter AG 30.11.2020 VNL Bauvertragsrecht
Datum: Montag, 30. November 2020 17:20:33
Anlagen: [20201130_VI-Antwort_Baurechtsrevisioin_HalterAG.pdf](#)
[20201130_VI-Antwort_Baurechtsrevisioin_HalterAG.docx](#)

Sehr geehrter Herr Oppliger

Wir erlauben uns, Ihnen im Anhang die Vernehmlassungsantwort der Halter AG in vorgenannter Sache zuzustellen.

Für Ihre geschätzten Bemühungen danken wir Ihnen bestens.

Mit freundlichen Grüssen

Rolf Röthlisberger
Leiter Rechtsdienst

Direkt +41 44 434 24 33
Mobile +41 79 793 49 37
rolf.roethlisberger@halter.ch

Halter AG, Hardturmstrasse 134, 8005 Zürich
www.halter.ch

Per email (zz@bj.admin.ch)

Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement EJPD
Bundesamt für Justiz BJ
Fachbereich Zivilrecht und Zivilprozessrecht
Herrn David Oppliger
Bundesrain 20
3003 Bern

Zürich, 30. November 2020

Vernehmlassungsantwort zur Revision des Obligationenrechts (Baumängel)

Sehr geehrte Frau Bundesrätin Karin Keller-Sutter
Sehr geehrter Herr Oppliger
Sehr geehrte Damen und Herren

Gerne nehmen wir mit der vorliegenden Stellungnahme die Gelegenheit wahr, uns zur vorgesehenen Revision des Obligationenrechts (Baumängel) vernehmen zu lassen.

Die Halter AG ist eine führende Unternehmensgruppe der Bau- und Immobilienindustrie in der Schweiz und damit direkt betroffen von der vorgenannten Revision.

In den Funktionen als Immobilienentwicklerin, als Total- und Generalunternehmung sowie als Bauherrin von mittleren und grossen Bauprojekten sieht sich die Halter AG mit den Themen, welche die Revision behandelt, in ihrem geschäftlichen Alltag konfrontiert. Die Halter AG begrüsst die vorgesehene Revision des Obligationenrechts vollumfänglich.

Stellungnahme zu den einzelnen Themenbereichen

I. Verlängerung der Rügefristen

Die heute geltende Regelung, wonach (offene oder verdeckte) Mängel unverzüglich, d.h. spätestens innert 7 Tagen seit deren Entdeckung gerügt werden müssen, wirkt prohibitiv, ist wenig praktikabel und den vielen privaten, d.h. nicht professionellen Vertragsparteien gar nicht erst bekannt.

Mit einer einheitlichen Regelung im Obligationenrecht, wonach Mängel innert 60 Tagen seit deren Entdecken zu rügen sind, wird ein praktikables, konsumentenfreundliches System geschaffen, das gleichzeitig auch den Realitäten der Immobilienbranche angemessen Rechnung trägt.

Die dispositive Natur der vorgesehenen Regelung ist zwar grundsätzlich zu befürworten, jedoch schlagen wir hier darüber hinaus vor, die Rügefrist von 60 Tagen als *Mindestfrist* auszugestalten, d.h. dass die Verkürzung dieser Frist durch Abrede zwischen den Parteien ungültig ist. Ansonsten ist zu erwarten, dass vorab professionelle Anbieter diese Frist in ihren standardisierten Kauf-, Werk- oder gemischten Verträgen wiederum zuungunsten der (privaten) Käuferschaft abändern.

Wir befürworten die Verlängerung der Rügefrist auf 60 Tage, schlagen jedoch vor, diese Frist als zwingenden Minimalstandard auszugestalten.

II. Nachbesserungsrecht beim Kauf und der Neuerstellung von Wohneigentum

Die Einführung des Nachbesserungsrechts auch des Erwerbers einer Liegenschaft erachten wir als überfällig, entspricht doch dieser Anspruch in aller Regel einerseits den primären Bedürfnissen der Käuferschaft. Andererseits wird diese Regelung gerade vonseiten professioneller Anbieter in der Praxis bereits seit geraumer Zeit effektiv gelebt.

Die Einführung eines unabdingbaren Nachbesserungsrechts für die Erwerber von Liegenschaften, welche dem persönlichen oder familiären Gebrauch des Bestellers dienen, wird ausdrücklich befürwortet. Damit wird die vorab von gewissen professionellen Anbietern gelebte Praxis, solchen Ansprüchen mittels Abtretung der Gewährleistungsrechte bei gleichzeitiger Freizeichnung zu entgehen, wirkungsvoll unterbunden.

Wir erachten die Beschränkung dieser zwingenden Regelung auf Liegenschaften, welche dem persönlichen oder familiären Gebrauch dienen, indessen nicht als angemessen. Eine Ausdehnung dieser Bestimmung auf sämtliche Liegenschaften entspricht vielmehr einem Bedürfnis des gesamten Marktes, weshalb diese entsprechend auszudehnen ist.

Wir begrüßen die gesetzliche Verankerung des Nachbesserungsrechts beim Kauf und der Neuerstellung von Wohneigentum und regen darüber hinaus an, dieses nicht nur auf Wohnliegenschaften zu beschränken, sondern in genereller Weise für sämtliche Liegenschaften und damit auch für Geschäftliegenschaften festzulegen.

III. Anforderungen an die hinreichende Sicherheit (Bauhandwerkerpfandrecht)

Die Konkretisierung der Anforderungen an eine sogenannt «hinreichende Sicherheit» zur Ablösung respektive Verhinderung der Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts entspricht einem dringenden Bedürfnis der Praxis und wird endlich auch in diesem Bereich Rechtssicherheit und Praktikabilität schaffen.

Die vom Vorentwurf vorgesehene Lösung, wonach die «hinreichende Sicherheit» die (beantragte) Pfandsumme zuzüglich Zins zu 5% für 10 Jahre zu umfassen hat, erachten wir als eine den Interessen aller beteiligten Parteien angemessene Lösung.

Wir begrüßen die Konkretisierung der Sicherstellung zur Ablösung/Löschung von Bauhandwerkerpfandrechten im Sinne der Vorlage

IV. **Zusätzlicher Revisionsbedarf beim Bauhandwerkerpfandrecht**

Der (Sub-)Unternehmer schafft mit seiner Arbeit und Lieferung an der betreffenden Liegenschaft einen Mehrwert. Für diesen Mehrwert wird der Unternehmer im Regelfall erst im Nachhinein entschädigt.

Das Bauhandwerkerpfandrecht dient dem Unternehmer einerseits als Sicherheit, dass er für seine Arbeit und sein Material auch effektiv bezahlt wird. Andererseits ermöglicht dieses System praxisnahe Lösungen, indem der Besteller den Unternehmer nicht bereits vor Leistungserbringung bezahlen oder dessen Leistungen nicht vorgängig mittels Bankgarantien sicherstellen muss. Durch dieses System können somit nicht unerhebliche Risiken und Kosten verhindert werden, welche schliesslich vom Käufer getragen werden müssten.

Damit ist gesagt, dass sowohl Besteller als auch Unternehmer und Erwerber ein substantielles Interesse am aktuellen Bestand der Regelungen über das Bauhandwerkerpfandrecht haben. Wir sehen deshalb keinen Bedarf für Anpassungen dieses Systems. Mehr noch, wir warnen davor, die Wirksamkeit d.h. die Sicherheit des Bauhandwerkerpfandrechts mit neuen Regelungen zu beeinträchtigen.

Die Problematik von Doppelzahlungen ist in Einzelfällen tatsächlich gegeben. Die Erwerber von Bauten ab Plan haben nicht zuletzt auch deshalb die Auswahl ihres Vertragspartners mit der gebotenen Vorsicht und Umsicht zu treffen.

Wir sehen keinen zusätzlichen Handlungsbedarf beim Bauhandwerkerpfandrecht

Für allfällige Fragen stehen wir gerne zur Verfügung.

Freundliche Grüsse



Markus Mettler



Rolf Rötliberger



Hauseigentümerversand
Schweiz

Seefeldstrasse 60
Postfach 8032 Zürich

Tel. 044 254 90 20 info@hev-schweiz.ch
Fax. 044 254 90 21 www.hev-schweiz.ch

Frau
Bundesrätin Karin Keller-Sutter
Vorsteherin des Eidg. Justiz- und Poli-
zeidepartements EJPD
3003 Bern

Zürich, 13. November 2020

Stellungnahme des HEV Schweiz

Vernehmlassung Revision des Obligationenrechts (Baumängel)

Sehr geehrte Frau Bundesrätin Keller-Sutter
Sehr geehrte Damen und Herren

Wir danken für die Einladung zur Teilnahme an der Vernehmlassung.

Der Hauseigentümerversand Schweiz (HEV Schweiz) ist mit seinen über 340'000 Mitgliedern der grösste Vertreter der Interessen der Haus-, Grund- und Stockwerkeigentümer in der Schweiz. Seine Mitglieder sind als Immobilieneigentümer und Bauherren von Regelungen betreffend Baumängel und Bauhandwerkerpfandrecht in besonderem Masse betroffen. Der HEV Schweiz nimmt in seiner Funktion als deren Interessenvertreter daher zum Revisionsentwurf *Revision des Obligationenrechts (Baumängel)* sowie der Fragen *zum weiteren Revisionsbedarf beim Bauhandwerkerrecht* wie folgt Stellung.

I. Einleitende Bemerkung

Auslöser für die vorliegende Vernehmlassung sind verschiedene im Parlament hängige Vorstösse, die eine Überprüfung resp. Anpassung des Bauherrenrechts verlangen. Nach Ansicht des Bundesrates hat sich das heutige Recht als praxistauglich und ausgewogen erwiesen. Aus diesem Grund beschränkt sich die Revisionsvorlage auf die drei Einzelpunkte der *Verlängerung der Rügefristen*, der *Einführung eines Nachbesserungsrechts beim Kauf und der Neuerstellung von Wohneigentum* und der *Konkretisierung der Anforderungen an eine Ersatzsicherheit zur Vermeidung der Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts*. Aus der Praxis aber weiss der HEV Schweiz, dass insbesondere für private, geschäftsunkundige Laien-Käufer und Einmal-Bauherren nebst den eben genannten Punkten noch weitere Problemkreise bestehen. So zum Beispiel die Verwirkungsfolge nicht rechtskonformer Mängelrügen, zu kurze Verjährungsfristen für fundamentale Bauteile, unbefriedigende Regelung bezüglich der Verjährungs-Unterbrechungsgründe, Ungültigkeit der Abtretung der Mängelrechte Wandelung und Minderung, Durchsetzung der Gewährleistungsansprüche namentlich bei Mängeln an gemeinschaftlichen Teilen des Mit-/Stockwerkeigentums sowie fragwürdige Freizeichnungsklauseln bei Neubauten und bisweilen ruinöse Folgen des Bauhandwerkerpfandrechts insbesondere von Subunternehmern für geschäftsunkundige Laien-Käufer und Einmal-Bauherren.

Durch die in der Praxis bei Neubauten übliche Wegbedingung der Mängelrechte des Bauherrn oder Käufers durch den (General)Unternehmer oder Verkäufer und im Gegenzug die Abtretung der Mängelrechte des Unternehmers oder Verkäufers gegen seine Subunternehmer an den Bauherrn oder Käufer, insbesondere beim Erwerb von Stockwerkeigentum, hat in der Praxis eine eigentliche «Vermischung» von Kaufrecht und Werkvertragsrecht bei Grundstücken stattgefunden.

Laien-Käufer und Einmal-Bauherren sind der stärkeren geschäftskundigen Partei, dem geschäftserfahrenen Unternehmer/Bauherren, beim Bau und Erwerb von Wohneigentum durch das unüberschaubare, dispositiv Gewährleistungsrecht und dessen Umsetzungsschwierigkeiten in der Praxis schutzlos ausgeliefert. Gleiches gilt mit Bezug auf das Bauhandwerkerpfandrecht. Der HEV Schweiz hätte zur Behebung der geltenden Praxisprobleme eine umfassende Neuregelung des Bauvertragsrechts unter Einbezug des Kaufrechts bei Bau und Kauf von Neubauten vorgezogen. Der HEV Schweiz bedauert es daher, dass der Revisionsentwurf lediglich punktuelle Änderungen vorsieht und sich auf das absolute Minimum beschränkt. Der Verband ist sich jedoch bewusst, dass eine Gesamtrevision durch ein neues Bauvertrags-/Kaufrecht von Neubauten politisch wohl kaum Realisierungschancen hätte.

Gänzlich unverständlich ist für den HEV Schweiz allerdings, dass selbst die kleinen punktuellen Verbesserungen als dispositiv ausgestaltet werden sollen. Wenn die Verlängerung der Rügefristen sowie auch die Verjährungsfristen durch die stärkere geschäftskundige Partei einfach abgeändert oder gar wegebedungen werden können, wird die angestrebte Verbesserung für den privaten Laien-Käufer und Einmal-Bauherren als geschäftsunerfahrene schwächere Partei ihrer Wirkung beraubt. Der HEV Schweiz fordert daher, dass die Gewährleistungsrechte, die gesetzliche Rügefrist bei Mängeln sowie die Verjährungsfrist der Gewährleistungsrechte zumindest beim Werkvertragsrecht und beim Grundstückskauf von Neubauten nicht zulasten der schwächeren Partei, dem Laien-Käufer und Einmal-Bauherren, abgeändert werden können.

II. Zur Vorlage A

Grundstückskauf

Art. 219a OR (neu)

Frist zur Mängelrüge Artikel 219a Absatz 1 nOR

Der HEV Schweiz erachtet das Ansetzen bei der Mängelrüge als entscheidend, da mit relativ wenig Aufwand eine erhebliche Verbesserung der heutigen Situation für Immobilienkäufer erzielt werden kann. Die Mängelrüge stellt insbesondere für private geschäftsunerfahrene Laien-Käufer in der Praxis ein sehr grosses Problem dar. Nach geltendem Recht verirken die Mängelrechte, wenn der Käufer einen Mangel nicht sofort rügt, indem er eine Rüge unterlässt, sie nicht genügend substantiiert oder einen Mangel verspätet rügt. Die Rechtslage wird durch die langjährige und unnötig strenge Praxis des Bundesgerichts verschärft, die für die Rüge (und nicht etwas für die Prüfung der Sache/des Werks) eine Maximalfrist von 7 Tagen vorsieht (BGer 4A_82/2008 vom 29. April 2009, E. 7.1). Die heute Rechtslage ist stossend und unbefriedigend.

Vielen privaten geschäftsunkundigen Laien-Käufern eines Eigenheims oder Lokals ist diese enorm kurze Frist gar nicht bekannt. Sie sind mit der Rügepflicht oft überfordert. Sie verpassen diese sehr kurze Frist, noch bevor sie sich rechtskundig beraten lassen können, und verlieren damit sämtliche Mängelrechte. Die Mängelrüge wird deshalb auch als „Verwirkungsfalle“ bezeichnet. Eine derart strenge Regelung wie sie die Schweiz kennt, ist international völlig unüblich und ist weder fair noch zeitgemäss. Die Soforrüge gilt gemeinhin als unangemessen. Auch im internationalen Vergleich ist eine derartig kurze Rügefrist – insbesondere verbunden mit der Verwirkungsfolge – wie in der Schweiz einmalig.

Die Gewährleistungsansprüche der Immobilienkäufer werden zum Schutz des Verkäufers zeitlich durch die Verjährungsfrist von 5 Jahren beschränkt (Art. 219 Abs. 3 OR). Die Gewährleistungsrechte bei Mängeln an der Immobile darüber hinaus auch noch von einem Rügezwang mit einer anforderungsreichen praxisfeindlichen Rügepflicht innert einer absurd kurzen Rügefrist abhängig zu machen, lässt sich nicht rechtfertigen. Auch das internationale Recht unserer Nachbarstaaten Deutschland, Österreich und Frankreich kennt keine Rügefrist für innerhalb der Verjährung auftretende Mängel (vgl. erläuternder Bericht des Bundesrates S. 26).

Der HEV Schweiz erachtet eine Rügefrist für Mängel mit Verwirkungsfolge der Gewährleistungsrechte des Immobilienkäufers für praxisfeindlich und schikanös. Sie benachteiligt die schwächere geschäftsunerfahrene Partei (privaten Käufer) ungebührlich. Der Verband beantragt daher, beim Grundstückskauf auf eine Rügefrist zu verzichten, so dass die Mängel an der Kaufsache innerhalb der Verjährungsfrist stets gerügt werden können.

Wir sind uns allerdings bewusst, dass dieser Antrag politisch kaum mehrheitsfähig wäre. Eventualiter kann sich der Verband im Sinne einer minimalen Kompromisslösung mit der vorgeschlagenen gesetzlichen Rügefrist von 60 Tagen gemäss Art. 219a Abs. 1 nOR einverstanden erklären.

Eine gesetzlich klar definierte einheitliche Rügefrist von generell 60 Tagen für alle Mängel (offene wie auch versteckte Mängel), wie es die Vorlage vorsieht, verbessert zumindest die problematische Rechtslage und schafft zugleich Rechtssicherheit.

Vorrang des unentgeltlichen Nachbesserungsrechtes
Artikel 219a Absatz 2 nOR

Es ist mittlerweile Praxis, dass in Verträgen zum Erwerb neuerrichteten Wohneinheiten im Stockwerkeigentum (aber auch Miteigentum) die Haftung des Veräusserers wegbedungen wird und an die Stelle dieser Haftung eine Abtretung der Mängelrechte des Veräusserers gegen die beteiligten Planer, Unternehmer und Lieferanten tritt. Da der geschäftsunerfahrene Laien-Käufer die Gewährleistungsansprüche des Verkäufers gegenüber den einzelnen am Bau beteiligten Handwerkern und Lieferanten erhält, wiegt er sich in Sicherheit. Doch diese Annahme ist trügerisch. Denn der Haftungsausschluss ihres Vertragspartners (Ersteller der Baute/Verkäufer) kann trotz Abtretung der Mängelrechte weitreichende Konsequenzen haben: Da die Mängelhaftung vertraglich ausgeschlossen wurde, ist es im Schadenfall Sache des Käufers, die Abklärungen vorzunehmen, die rechtlichen Fristen zu wahren und sich gegenüber dem Verursacher durchzusetzen. Dies gelingt aber nur in seltenen Fällen ohne Beizug eines Experten oder eines spezialisierten Baurechtsanwalts. Die Ursachenermittlung ist oft sehr aufwendig und kostspielig. Solange aber diese nicht bekannt ist, kann auch keiner dafür verantwortlich gemacht werden. Meistens resigniert der Eigentümer einer Liegenschaft in solchen Fällen und repariert auf eigene Kosten. Zudem ist die rechtliche Zulässigkeit und Wirkung der Abtretung von Mängelrechten umstritten (vgl. BGE 118 II 145, Erw. 1b). Die heutige Vertragspraxis (Kombination von Freizeichnung und Abtretung von Gewährleistungsansprüchen) ist für die Betroffenen unbillig und völlig intransparent. Käufer haben meist gar keine andere Wahl, als den Kaufvertrag mit einer solchen Klausel zu unterschreiben. Die Angebotsknappheit an Wohneigentum und vorformulierte Standardverträge für ganze Überbauungen hebeln die Vertragsfreiheit in diesem für Eigentümer so wichtigen Bereich komplett aus.

Mit der gängigen Praxis der Freizeichnung des Verkäufers von den Gewährleistungspflichten unter Abtretung der «Mängelgarantien» des Erstellers/Verkäufers, namentlich des Rechts auf kostenlose Nachbesserung, an die Käufer von Wohneigentum vermengen sich in der

Praxis die Gewährleistungsrechte aus Kauf- und Werkvertragsrecht, ohne dem Käufer angemessen Schutz zu bieten. Die damit verbundenen rechtlichen teils ruinösen finanziellen Risiken für geschäftsunerfahrene Laien-Käufer, insbesondere von neu erstelltem Wohneigentum, muss aus Sicht des HEV Schweiz zum Schutz der schwächeren Partei durch den Gesetzgeber behoben werden.

Diesem Zweck dient die gesetzliche Verankerung des Anspruchs auf unentgeltliche Nachbesserungsrecht im Kaufvertragsrechts für Käufer von Neubauten, so wie es auch der von den Ratskommissionen unterstützte der Vorstoss von NR Petra Gössi fordert.

Die vorgeschlagene Einführung des Nachbesserungsanspruchs beim Kauf von Neubauten wird vom HEV Schweiz unterstützt.

Allerdings ist der vorgeschlagene Anwendungsbereich von neu erstellten Bauten mit einem Jahr zu eng bemessen. Namentlich bei neu erstellten Stockwerkeigentumsbauten dauert es häufig länger als ein Jahr ab Erstellung bis alle Wohnungen verkauft sind. In solchen Fällen käme das vorgeschlagene Nachbesserungsrecht für den Wohnungskäufer nicht mehr zum Tragen, obwohl er faktisch eine neue erstellte Wohnung kauft (Erstbezug). Als Neubauten im Sinne der vorgeschlagenen Regelung von Abs. 2 sollen daher innert der letzten zwei Jahre vor dem Kauf errichtete Bauten zu gelten.

Forderung HEV Schweiz zu Art. 219a Abs. 2 nOR:

«...oder weniger als zwei Jahre vor dem Verkauf neu errichtet wurde,...».

Verbot der Einschränkung oder Freizeichnung bei Neubauten gegenüber der schwächeren Partei (private Laien-Käufer)

Die Schutzfunktion dieser Regelung kann ihre Wirkung nur entfalten, wenn sie durch die stärkere Partei (Verkäufer/Unternehmer) nicht zu ihren Gunsten abgeändert oder wegbedungen werden kann. Zum Schutz der schwächeren geschäftsunerfahrenen Partei (Bauherren) ist sie daher als relativ zwingend/unabänderlich zu erklären. Eine dispositive Ausgestaltung der Neuregelung würde die Umsetzung der verabschiedeten **Parlamentarischen Initiative Hutter (12.502)** und der **parlamentarischen Initiative Gössi (14.453)** ihrer Wirkung berauben. Die Verbesserung wäre ein blosser Papiertiger und an der geltenden stossenden Rechtslage würde sich nichts ändern.

Für den HEV Schweiz entscheidend ist, dass die Bestimmungen zur Mängelrügefrist, unentgeltlichen Verbesserung und Verjährung gemäss der Abs. 1 - 3 von Art. 219a nOR relativ zwingender Natur sind und vertraglich nicht zu Lasten der schwächeren geschäftsunerfahrenen Partei (privater Laien-Käufer) abgeändert werden dürfen.

Forderung HEV Schweiz: Art. 219a nOR ist durch einen Abs. 4 zu ergänzen:

Art. 219a Abs. 4 nOR

Eine Vereinbarung, wonach die Regelungen zur Mängelrüge, unentgeltlichen Verbesserung oder Verjährung gemäss der Absätze 1 bis 3 eingeschränkt oder ausgeschlossen wird, ist nichtig beim Kauf einer Baute, die noch zu errichten ist oder weniger als zwei Jahre vor dem Verkauf überwiegend neu errichtet wurde und die für den persönlichen oder familiären Gebrauch des Käufers dient.

Werkvertragsrecht bei unbeweglichen Bauten
Art. 367 Abs. 1 zweiter Satz und 370 Abs. 3 zweiter Satz OR (neu)

Frist zur Mängelrüge
Artikel 367 Absatz 1 / Artikel 370 Abs. 3 nOR

Der HEV Schweiz erachtet das Ansetzen bei der Mängelrüge als entscheidend, da mit relativ wenig Aufwand eine erhebliche Verbesserung der heutigen Situation für Bauherren erzielt werden kann. Die Mängelrüge stellt insbesondere für private Bauherren und Immobilienkäufer in der Praxis ein sehr grosses Problem dar. In der Praxis überfordert diese die Pflicht zur Rüge innert nur sieben Tagen. Nach geltendem Recht verwirken die Mängelrechte, wenn der Besteller/Immobilienkäufer einen Mangel nicht sofort rügt, indem er eine Rüge unterlässt, sie nicht genügend substantiiert oder einen Mangel verspätet rügt. Die Rechtslage wird durch die langjährige und unnötig strenge Praxis des Bundesgerichts verschärft, die für die Rüge (und nicht etwas für die Prüfung der Sache/des Werks) eine Maximalfrist von 7 Tagen vorsieht (BGer 4A_82/2008 vom 29. April 2009, E. 7.1). Die heute Rechtslage ist stossend und unbefriedigend.

Vielen Bauherren und Immobilienkäufern ist diese enorm kurze Frist gar nicht bekannt. Namentlich private Bauherren und Immobilienkäufern sind mit der Rügepflicht oft überfordert. Sie verpassen diese sehr kurze Frist, noch bevor sie sich rechtskundig beraten lassen können, und verlieren damit sämtliche Mängelrechte. Die Mängelrüge wird deshalb auch als „Verwirkungsfalle“ bezeichnet. Eine derart strenge Regelung wie sie die Schweiz kennt, ist international völlig unüblich und ist weder fair noch zeitgemäss. Die Sofortrüge gilt auch in der Bauwirtschaft als unangemessen. Vereinbaren die Parteien die SIA Norm 118 als Vertragsbestandteil, können Mängel zumindest in den ersten zwei Jahren nach erfolgter Abnahme jederzeit gerügt werden. Die SIA Norm 118 ist jedoch eine allgemeine Geschäftsbedingung eines Vereins und gilt daher nur, wenn sie vereinbart wurde.

Der HEV Schweiz erachtet eine Rügefrist für Mängel mit Verwirkungsfolge der Gewährleistungsrechte des Bauherrn für praxisfeindlich und schikanös. Sie benachteiligt die schwächere geschäftsunerfahrene Partei (private Einmal-Bauherren) ungebührlich. Der Verband beantragt daher, bei Werkverträgen für unbewegliche Sachen (Grundstücke) auf eine Rügefrist zu verzichten, so dass die Mängel am unbeweglichen Werk (Baute) innerhalb der Verjährungsfrist stets gerügt werden können.

Der Verband ist sich allerdings bewusst, dass dieser Antrag politisch kaum mehrheitsfähig wäre. Eventualiter kann sich der HEV Schweiz im Sinne einer minimalen Kompromisslösung mit der vorgeschlagenen gesetzlichen Rügefrist von 60 Tagen von Art. 367 Abs. 1 / 370 Abs. 3 nOR einverstanden erklären.

Eine gesetzlich klar definierte einheitliche Rügefrist von generell 60 Tagen für alle Mängel (offene wie auch versteckte Mängel), wie es die Vorlage vorsieht, verbessert zumindest die problematische Rechtslage und schafft zugleich Rechtssicherheit.

Verbot der Einschränkung oder Freizeichnung bei Neubauten gegenüber der schwächeren Partei (private Laien-Bauherren)

Die Schutzfunktion der gesetzlichen Gewährleistungsrechte kann ihre Wirkung nur entfalten, wenn sie durch die stärkere Partei (geschäftserfahrener Unternehmer) nicht abgeändert oder gar wegbedungen werden können. Zumindest zum Schutz der schwächeren Partei (geschäftsunkundige Laien-Bauherren) ist sie daher als relativ zwingend zu erklären. Bei einer dispositiven Ausgestaltung der Norm bleibt alles beim Alten und Gewährleistungsrechte bleiben der Willkür der marktmächtigeren, stärkeren Partei unterworfen. Die Verbesserungen mit der vorgeschlagenen Revision wäre ein blosser Papiertiger und an der geltenden stossen-

den Rechtslage würde sich nichts ändern. Eine dispositive Ausgestaltung entspricht zudem nicht dem Willen der parlamentarischen Initiative Hutter.

Für den HEV Schweiz entscheidend ist, dass die Bestimmungen zur Mängelrügefrist, unentgeltlichen Verbesserung und Verjährung relativ zwingender Natur sind und vertraglich nicht zu Lasten der schwächeren geschäftsunerfahrenen Partei (privater Einmal-Bauherren) abgeändert werden können.

Art. 371^{bis} nOR

Eine Vereinbarung, wonach die Rechte des Bestellers bei Mängeln oder deren Verjährung gemäss der Art. 367 bis 370 OR eingeschränkt oder ausgeschlossen wird, ist ungültig, wenn der Werkvertrag eine unbewegliche Baute betrifft, die für den persönlichen oder familiären Gebrauch des Bestellers dient.

Beweislastumkehr bei Mängeln

Art. 368 Abs. 3 nOR

In der Praxis zeigt sich, dass die Gewährleistungsrechte des Bauherrn häufig durch faktische Beweisschwierigkeiten ausgehebelt werden. Diese ungebührliche Benachteiligung kann durch eine Beweislastumkehr behoben werden. Eine solche rechtfertigt sich, da der Unternehmer bis zur Werkablieferung gegenüber dem Besteller einen erheblichen projektspezifischen Wissensvorsprung hat. Dies ergibt sich daraus, dass das Werk, dessen Mangelhaftigkeit zur Debatte steht, von ihm hergestellt wird. Dieser Vorsprung kombiniert mit dem bereits vorhandenen Fachwissen des Unternehmers rechtfertigen eine Umkehr der Beweislast für das Vorliegen eines Mangels. Der Unternehmer wird dadurch nicht ungebührlich belastet und für den Bauherrn ist das Beweiserbringen mangels Kenntnis schlicht illusorisch. Die geforderte Beweislastumkehr ist denn auch in der SIA-Norm 118 in Art. 174 Abs. 3 vorgesehen. Im Übrigen entspricht diese Forderung auch der Forderung der Motion Masshardt (19.4598), die eine Beweislastumkehr beim Kauf von Produkten fordert. Der Bundestat empfahl die Motion im Februar 2020 zur Annahme.

Forderung HEV Schweiz: Art. 368 nOR ist durch einen neuen Absatz zu ergänzen, wonach der Unternehmer die Vertragskonformität seines Werkes zu beweisen hat:

³Wird streitig, ob ein behaupteter Mangel eine Vertragsabweichung und daher einen Mangel im Sinne des Gesetzes darstellt, so liegt die Beweislast für die Vertragskonformität beim Unternehmer.

Bauhandwerkerpfandrecht – genügende Sicherheit

Art. 839 Abs. 3 ZGB (neu)

Durch das Urteil vom Bundesgericht vom 5. Oktober 2016 (BGer 5A_838/2015) verschärfte sich in der Praxis die Problematik der Ablösung von Bauhandwerkerpfandrechten durch Bankgarantien und Realsicherheiten. Gemäss Bundesgericht müssen auch die Verzugszinsen zeitlich unlimitiert sichergestellt werden. Stellt die Bankgarantie zwar den Kapitalbetrag aber nicht zeitlich unlimitiert die Verzugszinsen sicher, genügt sie den Anforderungen an eine „hinreichende Sicherheit“ nicht. Die geltende Rechtsprechung führt dazu, dass Hauseigentümern und Bauherren die gängigsten Formen der Ersatzleistung nicht mehr zur Verfügung stehen – dies kann nicht im Sinne des Gesetzgebers sein. Mit der vorgeschlagenen Änderung wird die Motion Burkart (17.4079) umgesetzt und die Anforderungen an die Ersatzsicherheit für ein Bauhandwerkerpfandrecht in quantitativer Hinsicht definiert.

Der HEV Schweiz unterstützt aus diesen Gründen den vorgeschlagenen Art. 839 Abs. 3 nZGB.

Zur Behebung der geltenden Problematik wäre zusätzlich ein Recht des Bauherren zur Direktzahlung an den Subunternehmer in der Praxis sinnvoll. Bauherren sollen unter Anrechnung an den Werkpreis (Forderungen des Unternehmers) die Werkvertragsforderungen der Subunternehmer direkt an diese Handwerker zahlen können, wenn die Forderung ausgewiesen ist und durch den Unternehmer nicht bezahlt wird.

Forderung HEV Schweiz:

Art. 839 ZGB ist um einen neuen Absatz zu ergänzen:

⁴ Dem Bauherren kann unter Anrechnung auf den Werkpreis (Forderung des Unternehmers) die Werklöhne direkt an die Handwerker (Subunternehmer) zahlen unter der Voraussetzung, dass die Forderung ausgewiesen, fällig und durch den Unternehmer nicht bezahlt wird.

(Vergleiche zudem weitere Ausführungen und Forderungen bezüglich Bauhandwerkerpfandrecht unter II. Zu B. Weiterer Revisionsbedarf beim Bauhandwerkerpfandrechte)

Weitere Revisionsforderungen des HEV Schweiz

Verjährungsfrist

Der Eintritt der Verjährung bedeutet für den Bauherrn, dass dem Unternehmer die Einrede der Verjährung gegen die Mängelrechte des Bauherrn zusteht. Die Mängelrechte erlöschen nicht von selbst, sondern der Unternehmer muss die Einrede der Verjährung erheben, wenn der Bauherr seine Mängelrechte geltend macht. Diverse «fundamentale» Bauteile haben eine durchschnittliche Lebensdauer von mehreren Jahrzehnten. Eine lediglich 5-jährige gesetzliche Gewährleistung für solche Bauteile ist nicht sachgerecht. Baumängel treten regelmässig erst (kurz) nach Ablauf der Verjährungsfrist zutage. Obwohl mangelfreie gleichartige Bauteile noch viele Jahre bzw. Jahrzehnte einwandfrei sind, muss der Unternehmer für seine mangelhafte Erstellung nach 5 Jahren nicht mehr haften. Dies ist unbefriedigend. **Deshalb fordert der HEV Schweiz eine verlängerte Verjährungsfrist von 10 Jahren für gewisse Bauteile.**

Art. 371 OR ist wie folgt zu ändern:

³ Die Ansprüche des Bestellers eines unbeweglichen Werkes wegen allfälliger Mängel nachfolgend aufgeführter Bauteile des Werkes verjähren gegen den Unternehmer sowie gegen den Architekten oder den Ingenieur, die zum Zwecke der Erstellung Dienste geleistet haben, mit Ablauf von zehn Jahren seit der Abnahme des Werkes.

- a. Gebäudehülle (Fassade inkl. Fenster und hinterlüftete Fassadenkonstruktion)
- b. Dächer
- c. Abdichtungen (inkl. Wasserdichtigkeit des Untergeschosses)
- d. Leitungen aller Art
- e. Heizungssysteme
- f. Solaranlagen

^{3 4} Im Übrigen kommen die Regeln für die Verjährung der entsprechenden Ansprüche des Käufers sinngemäss zur Anwendung.

Verjährungsunterbruch:

Die Regelung der Verjährungsunterbrechungsgründe ist ein weiterer sehr wichtiger Punkt für Gelegenheitsbauherren und –immobilienkäufer. Diese gehen in der Praxis oft davon aus, dass mit der Mängelrüge die Verjährung unterbrochen wird. Die Unternehmer nutzen dies immer wieder aus, indem sie die Nachbesserung hinauszögern, um die Bauherren/Eigentümer in die Verjährungsfalle tappen zu lassen. Um diesem Missstand entgegen zu wirken, erachtet der HEV Schweiz es als zielführend, wenn die Verjährung z.B. durch schriftliche Mängelrüge unterbrochen werden kann. Der in Art. 135 OR enthaltene Katalog ist als

nicht abschliessend zu betrachten. Der HEV Schweiz fordert, dass weitere verjährungsunterbrechende Handlungen gesetzlich verankert werden.

Art. 135 OR ist wie folgt zu ändern:

Die Verjährung wird unterbrochen:

1 durch Anerkennung der Forderung von Seiten des Schuldners, namentlich auch durch Zins- und Abschlagszahlungen, Pfand und Bürgschaftsbestellung; durch schriftliche Rüge eines Mangels gemäss Art. 201 und 367 OR.

III. Zu B. Weiterer Revisionsbedarf beim Bauhandwerkerpfandrecht

1. (...) **Wie könnte das Bauhandwerkerpfandrecht angepasst werden, um das Verhältnis zwischen Bauherrn und Subunternehmer ausgewogener zu regeln?**

1.1 *Einleitende Bemerkungen*

In der Praxis ziehen viele Bauunternehmer zur Erledigung einzelner Arbeitsgattungen Subunternehmer hinzu. Dies selbst dann, wenn der Vertrag mit dem Bauherrn dies ausdrücklich ausschliesst. Für den Fall, dass der Bauherr mit dem Beizug von Subunternehmer einverstanden ist, geht dieser davon aus, dass der Bauunternehmer den Bau koordiniert, die nötigen Aufträge an Handwerker vergibt und diese auch bezahlt. Gibt aber der Bauunternehmer die vom Bauherrn geleisteten Zahlungen nicht an die von ihm mandatierten Subunternehmer weiter, so haftet der Bauherr (Grundeigentümer) für die Schuld mit, obwohl er in keinerlei vertraglicher Beziehung zum Subunternehmer steht. Der Subunternehmer kann für seine Forderung gegenüber dem Bauunternehmer ein gesetzliches Grundpfandrecht auf dem Grundstück des Bauherrn (Grundeigentümer) eintragen lassen. Will der Grundeigentümer die Eintragung abwenden, so muss er die offenen Handwerkerrechnungen begleichen, auch wenn er sie nicht selbst in Auftrag gegeben hat und in keiner vertraglichen Beziehung zum Subunternehmer steht. Im Vergleich dazu ist die Position des Eigentümers, dessen Mieter ein Bauunternehmen bezieht, viel stärker, denn das Pfandrecht greift dort nur, sofern der Vermieter dem Bauvorhaben zugestimmt hat (Art. 837Abs. 2 ZGB).

Nach der geltenden Rechtslage muss der Grundeigentümer im schlimmsten Fall Rechnungen doppelt bezahlen. Nämlich einmal an den Bauunternehmer und einmal an den Subunternehmer. Beahlt der Eigentümer die offenen Rechnungen nicht, läuft er Gefahr, dass der Subunternehmer ein Bauhandwerkerpfand auf seinem Grundstück eintragen lässt – schlimmstenfalls droht eine Versteigerung des Grundstücks. Dieses Risiko kann der Grundeigentümer nach heutigem Recht zudem nicht griffig absichern. Der Eigentümer kann sich auch nicht schützen, indem er beweist, dass er die Werklohnforderung seinem Vertragspartner, dem Bauunternehmer, bereits bezahlt hat: Denn das Pfandrecht gibt dem Subunternehmer ein direktes „Durchgriffsrecht“ auf den Eigentümer. Streitigkeiten zwischen dem Bauunternehmer und den Subunternehmern werden so auf dem Rücken des Grundeigentümers ausgetragen. Es kann und darf nicht sein, dass der Grundeigentümer für das Fehlverhalten des Bauunternehmers einstehen muss. Die Problematik wurde mit der Sachenrechtsrevision (in Kraft seit dem 1.1.2012) sogar noch verschärft. Damals wurde die Eintragungsfrist für die Eintragung von Bauhandwerkerpfandrechten um einen Monat verlängert, wodurch das Damoklesschwert des Doppelzahlungsrisikos noch länger über dem Eigentümer schwebt. Der HEV Schweiz hat auf diesen gesetzlichen Missstand wiederholt hingewiesen, leider ohne Erfolg.

1.2 Vorschlag HEV Schweiz

Anspruch der Errichtung eines gesetzlichen Pfandrechts zu Gunsten eines Subunternehmers nur bei ausdrücklicher und schriftlicher Zustimmung des Grundeigentümers

Das Risiko der Doppelzahlung stellt ein enormes finanzielles Risiko für den Grundeigentümer/Bauherrn dar. Es ist daher sachgerecht, den Beizug eines konkreten Subunternehmers zur Erfüllung einer Arbeitsgattung und damit dessen Anspruch auf Errichtung eines gesetzlichen Pfandrechts von der **ausdrücklichen und schriftlichen Zustimmung des Grundeigentümers** (und nicht nur oder alternativ des Bauherrn; für den Fall, wenn Grundeigentümer und Bauherrn nicht dieselben sind) abhängig zu machen. Dadurch wird gewährleistet, dass der Grundeigentümer um den Beizug der Subunternehmer weiss und damit auch die Möglichkeit hat, seine Zustimmung zu deren Beizug von entsprechenden vertraglichen Sicherungsvereinbarungen mit seinem Vertragspartner – dem Unternehmer - abhängig zu machen.

Sicherheitsleistung durch den Generalunternehmer und Direktzahlungsrecht des Grundeigentümers

Als weitere Sicherheitsmassnahme soll der Bauunternehmer durch den Grundeigentümer vertraglich verpflichtet werden können, dem Bauherrn zu garantieren, dass er im Falle der Anmeldung von Bauhandwerkerpfandrechten durch Subunternehmer umgehend eine hinreichende Sicherheit (im Sinne von Art. 839 Abs. 3 ZGB) in der Höhe der angemeldeten Forderung leistet. Kommt der Bauunternehmer seiner Pflicht zur Sicherstellung der Forderung der Subunternehmer nicht nach, so ist der Grundeigentümer/Bauherr berechtigt, den Subunternehmer mit befreiender Wirkung gegenüber dem Bauunternehmer direkt zu bezahlen, wenn die Forderung ausgewiesen und durch den Bauunternehmer nicht bezahlt wird.

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

Vergleiche Begründung oben unter lit. a.

Für den HEV Schweiz entscheidend ist, dass der Beizug eines Subunternehmers zur Erfüllung einer Arbeitsgattung und damit dessen Anspruch auf Errichtung eines gesetzlichen Pfandrechts von der ausdrücklichen und schriftlichen Zustimmung des Grundeigentümers (und nicht nur oder alternativ vom Bauherrn) abhängig gemacht wird.

3. Sehen Sie in diesem Bereich gesetzgeberischen Handlungsbedarf?

Es besteht dringender gesetzgeberischer Handlungsbedarf und zwar aus den unter Ziffer 1-2 ausgeführten Gründen.

Die geltende gesetzliche Regelung ist stossend, da sie die schwächere Vertragspartei (private Immobilienkäufer und Einmalbauherren) gegenüber den professionellen Verkäufern/Unternehmern benachteiligt. Dies führt in der Praxis zu tragischen mitunter ruinösen Fällen für private Haus- und Stockwerkeigentümer.

Deshalb fordert der HEV Schweiz:

1. Der Anspruch auf Errichtung eines gesetzlichen Pfandrechts zu Gunsten eines Subunternehmers besteht nur bei ausdrücklicher und schriftlicher Zustimmung des Grundeigentümers zu dessen Beizug.
2. Möglichkeit der vertraglichen Verpflichtung des Bauunternehmers zur Leistung einer hinreichenden Sicherheit im Sinne von Art. 839 Abs. 3 ZGB in der Höhe der vom Subunternehmer angemeldeten Forderung.
3. Direktzahlungsrecht des Grundeigentümers/Bauherrn.

Sehr geehrte Frau Bundesrätin, sehr geehrte Damen und Herren, wir danken Ihnen für die Berücksichtigung unserer Stellungnahme.

Freundliche Grüsse

Hauseigentümerverband Schweiz



aNR Hans Egloff
Präsident



Monika Sommer
Stv. Direktorin

Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement
(EJPD)
Bundeamt für Justiz
3003 Bern

Bianca Neubauer
Bereichsleiterin Recht & Soziales
Mitglied der Geschäftsleitung
Direktwahl +41 44 511 02 11
b.neubauer@holzbau-schweiz.ch

Per Email an: zz@bj.admin.ch

Zürich | 30. November 2020

Stellungnahme zur Revision des Obligationenrechts (Baumängel)

Sehr geehrte Damen und Herren

Gerne nehmen wir die Gelegenheit zur Stellungnahme in obgenannter Angelegenheit wahr.

1. Einleitung

Der Branchenverband Holzbau Schweiz vertritt die Interessen von rund 1200 Mitgliedbetrieben in der Holzbaubranche, **welche ca. 13'600 Mitarbeiter beschäftigen**. Holzbau Schweiz setzt sich für faire und konkurrenzfähige Rahmenbedingungen für die KMU in der Holzbaubranche ein.

2. Stellungnahme

Holzbau Schweiz begrüsst es, dass auf eine Totalrevision des Werkvertragsrechtes und die Schaffung eines speziellen Bauwerkvertragsrechtes verzichtet wird. Eine umfassende Gesetzesrevision wäre weder notwendig noch sinnvoll. Holzbau Schweiz ist der Ansicht, dass die Vertragsautonomie funktioniert und rege genutzt wird und dass die Vertragsautonomie erlaubt, auf die spezifischen Situationen im Rahmen eines Bauwerksverhältnis einzugehen. So besteht beispielsweise bereits heute das Vertragswerk der SIA-Norm 118, welche häufig in Werkverträge - ganz oder teilweise - integriert wird.

Die bisherigen gesetzgeberischen Regelungen sind aus Sicht der Holzbaubranche ausreichend. Die Neuregelungen im nun vorliegenden Vorentwurf sind zwar punktuell. Sie berücksichtigen jedoch nicht, dass heute in diversen Fällen die Inhalte der Werkverträge von den Bauherren bzw. deren Vertreter bestimmt werden. In der Regel wird von üblichen Vertragsbestimmungen abgewichen und Inhalte werden durchaus in vielen Fällen zu Ungunsten von kleinen Unternehmen festgelegt. Dies geschieht auch regelmässig mit den Bestimmungen der SIA-Norm 118. Hier werden häufig Bestimmungen zu Ungunsten der Unternehmer gestrichen oder abgeändert und oftmals auch in

einer Art und Weise, welche aus Sicht von kleinen und mittleren Unternehmen nicht mehr als fair und ausgeglichen angesehen werden können. Dies geht in der vorliegenden Fassung der Revision vergessen. Auch unberücksichtigt bleibt, dass es sich bei vielen Unternehmern um kleine Betriebe handelt. In der Holzbaubranche beispielsweise beschäftigt ein Betrieb durchschnittlich 10 bis 12 Mitarbeiter. Mit einer Revision sollte nicht eine Ungleichheit zuungunsten dieser Kleinbetriebe geschaffen werden.

2.1 Zur Verlängerung der Rügefrist auf 60 Tage

Bereits zum heutigen Zeitpunkt haben die Vertragsparteien von Bauverträgen die Möglichkeit, über die gesetzlichen Fristen hinauszugehen und längere Mängelrügefristen zu vereinbaren oder die SIA-Norm 118 – mit einer Rügefrist von zwei Jahren – als Vertragsbestandteil aufzunehmen. Dies wird auch rege von den Bauherren bzw. deren Vertreter genutzt.

Eine längere Rügefrist führt zur Problematik, dass Mängel, welche erkennbar sind und nicht rasch behoben werden, zu weiteren Schäden führen können. Diese Schäden wären andernfalls nicht entstanden. Eine rasche Prüfung und zeitnahe Mitteilung an den Unternehmer sind somit auch im Interesse des Bauherrn. Andernfalls entsteht eine Rechtsunsicherheit hinsichtlich der weiteren Schäden, welche vermeidbar wäre. Soll mit der Verlängerung der fachlich nicht versierte Bauherr geschützt werden, welcher einmal in seinem Leben ein Eigenheim baut, so kann eine solche Verlängerung für diesen folglich trügerisch sein.

Eine Verlängerung der Rügefrist hat ausserdem zur Folge, dass sich die Fristen für die Zahlung an den Unternehmer verlängern. Für kleine und mittlere Unternehmen kann es zu finanziellen Engpässen und existentiellen Problemen führen, wenn die Zahlungen für die geleisteten Arbeiten weiter hinausgeschoben werden. Auch können verzögerte Mängelrügen die Eintragung von Bauhandwerkerpfandrechten erschweren.

2.2 Zum Nachbesserungsrecht

Holzbauschweiz lehnt die in der Revisionsvorlage vorgesehene Aufnahme des Nachbesserungsrechts als zwingendes Recht bei Bauten mit persönlicher oder familiärer Gebrauchsbestimmung ab. Einerseits kann bereits heute ein Nachbesserungsrecht vertraglich vorgesehen werden. Die SIA-Norm sieht ein solches Recht auf unentgeltliche Nachbesserung beispielsweise vor. Andererseits lässt die Begriffsbestimmung betreffend persönlicher oder familiärer Gebrauchsbestimmung Abgrenzungsfragen offen. Dies insbesondere dann, wenn der Gebrauch nicht ganz klar oder gemischt ist – also privat und beruflich. Auch ist nicht klar, wie dies in zweifelhaften Fällen festgestellt werden kann.

2.3 Ersatzsicherheit anstelle Bauhandwerkerpfandrecht

Holzbauschweiz unterstützt den Vorschlag in der Revision, dass die Sicherheitsleistung auf den Verzugszins für die Dauer von 10 Jahren bestimmt werden soll. Diese Neuerung ist praxistauglich und schafft Rechtssicherheit. Sie dürfte ebenfalls dazu beitragen, dass sich die Bestimmbarkeit der Sicherheitsleistung positiv auf die Möglichkeit der Bankgarantie auswirkt.

3. Weiterer Revisionsbedarf beim Bauhandwerkerpfandrecht?

Das Bauhandwerkerpfandrecht schützt die Forderung des Unternehmers für geliefertes Material und Arbeitsleistung für ein Bauwerk. Es ermöglicht dem Unternehmer, den Mehrwert, welchen er auf einem Grundstück erschaffen hat und somit sein Entgelt abzusichern. Es ist für den Unternehmer ein unabdingbarer Schutz. Dabei spielt es keine Rolle, ob der Unternehmer den Mehrwert auf dem Grundstück als Hauptunternehmer oder als Subunternehmer geleistet hat. Massgebend ist, dass er mit seiner Arbeit und seinem Material tatsächlich einen Mehrwert geschaffen und Anspruch auf ein entsprechendes Entgelt hat, welches er nicht erhalten hat. Eine solche Regelung ist notwendig, da das gefertigte und gelieferte Material mit der Arbeitsleistung auf dem Grundstück verbaut wird und damit automatisch in das Eigentum des Grundeigentümers übergeht.

3.1 Frage zur Regelung des Verhältnisses zwischen Bauherrn und Subunternehmer

Holzbauschweiz lehnt eine Anpassung des Verhältnisses in dieser Hinsicht ab. Auch ein Subunternehmer erbringt mit seiner Leistung einen Mehrwert auf dem Grundstück und benötigt das Bauhandwerkerpfandrecht, um seinen Anspruch auf ein entsprechendes Entgelt abzusichern. Hat der Bauherr den Hauptunternehmer bereits bezahlt, so ist dies für den Subunternehmer selbst unerheblich, wenn er sein Entgelt nicht erhält. Der Mehrwert auf dem Grundstück wurde erbracht und wurde mit dem Verbauen Eigentum des Grundeigentümers. Für den Unternehmer ist das Bauhandwerkerpfandrecht in einer solchen Situation die einzige Möglichkeit, um ein Druckmittel zu haben und eine allenfalls existentielle Notlage – was insbesondere bei kleinen Unternehmen der Fall sein kann – abzuwehren.

Zudem hat der Bauherr bereits heute Möglichkeiten, um eine allfällige Doppelzahlung zu vermeiden. So kann er sich vertraglich absichern, er kann die Zahlungen direkt an Subunternehmer leisten oder er kann Sicherheitsleistungen verlangen.

3.2 Frage zur Einschränkung des Pfandrechts auf Leistungen eines Subunternehmers in Kenntnis des Bauherrn

Dies würde zu einer unverhältnismässigen Schwächung des Subunternehmers führen. In der Regel handelt es sich in diesen Konstellationen um grosse Hauptunternehmer und kleine Subunternehmer.

Diese müssen darauf vertrauen, dass ihre Leistung und ihr erbrachter Mehrwert abgezahlt wird und dass sie notfalls auf das Bauhandwerkerpfandrecht zurückgreifen können. Der Subunternehmer muss in der Regel davon ausgehen, dass der Bauherr von seiner Leistung Kenntnis hat und vom Hauptunternehmer entsprechend informiert wurde. Andernfalls wäre der Subunternehmer jeweils gezwungen, den Bauherrn um eine schriftliche Bestätigung seiner Kenntnis zu bitten, weil er ohne eine solche keine Arbeiten ausführen sollte.

3.3 Frage zum gesetzgeberischen Handlungsbedarf

Holzbauschweiz sieht in diesem Bereich keinen gesetzgeberischen Handlungsbedarf.

Wir danken Ihnen für die Aufmerksamkeit und bitten Sie, unsere Ausführungen zu berücksichtigen.

Freundliche Grüsse



Gabriela Schlumpf
Direktorin



Bianca Neubauer
Bereichsleiterin Recht & Soziales
Mitglied der Geschäftsleitung

Eidgenössisches Departement für
Justiz und Polizei
Frau Bundesrätin Karin Keller-Sutter
3003 Bern

Martina Hilker, Leiterin Kommunikation / Politik
Telefon direkt 044 388 53 50
m.hilker@jardinsuisse.ch

30. November 2020

Vernehmlassung «Revision des Obligationenrechts (Baumängel)»

Sehr geehrte Frau Bundespräsidentin
Sehr geehrte Damen und Herren

Mit Ihrem Schreiben vom 19. August haben Sie das Vernehmlassungsverfahren zur «Revision des Obligationenrechts (Baumängel)» eröffnet. Für die uns gebotene Möglichkeit zur Stellungnahme danken wir Ihnen bestens.

JardinSuisse, der Unternehmerverband Gärtner Schweiz, bündelt die Interessen von mehr als 1'700 Betrieben des Garten- und Landschaftsbaus, der Baumschulen, der Gartencenter und der Produktions- und Verkaufsgärtnereien der Schweiz. Der Verband setzt sich für die Verbesserung des Marktzugangs für seine Mitglieder, für einen nachhaltigen und ökologischen Umgang mit der Umwelt und für einen hohen Standard in der Berufsbildung ein. Die Branche beschäftigt über 24'000 Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter.

Die Zielsetzung der Revision wird grundsätzlich begrüsst. Allerdings bedürfen verschiedene Bestimmungen der Änderung.

Zu Art. 219a Abs. 1

Die Bestimmung einer Frist von 60 Tagen wird begrüsst, wobei dafür gesorgt werden muss, dass diese Frist von den Parteien nicht verkürzt werden kann.

Daher beantragen wir, dass am Ende des ersten Absatzes angefügt wird: «Diese Frist darf nicht verkürzt werden».

Zu Art. 219a Abs. 2

In Absatz 2 wird der Begriff «einer Baute» verwendet.

Wir beantragen, dass der Begriff der «Baute» durch den Begriff «unbewegliches Werk» ersetzt wird.

Begründung

Das OR verwendet in Art. 370 den Begriff des «unbeweglichen Werks». Wenn in Art. 219a Abs. 2 nun von Baute und in Art. 370 Abs. 3 von einem unbeweglichen Werk gesprochen wird, stellt sich die Frage, ob ein Teil der unbeweglichen Werke keine Bauten seien und daher nicht unter diese Bestimmung fallen würden. Um diese Schwierigkeit zu umgehen, kann der Begriff der «Baute» durch den Begriff eines «unbeweglichen Werks» ersetzt werden.

Dies insbesondere auch, weil in Art. 219a Abs. 2 ausdrücklich auf die Bestimmungen des Werkvertrages verwiesen wird.

Zu Art. 367 Abs. 1, 2. Satz OR

Wie in Art. 219a Abs. 1 beantragen wir hier, dass diese Frist nicht verkürzt werden darf. In Artikel 367 Abs. 1, 2. Satz ist am Ende nachzutragen: «Diese Frist darf nicht verkürzt werden».

Ergänzung zu Art. 367

Im Art. 367 sei eine Ergänzung anzufügen:

«Mängel, welche zur Verhinderung von weiterem Schaden unverzüglich behoben werden müssen, sind sofort nach deren Entdeckung zu rügen».

Begründung

Mit dieser Ergänzung wird die Schadenminderungspflicht des Bestellers verdeutlicht.

Zu Art. 368 Abs. 2bis

Die Formulierung «... wonach der Anspruch auf unentgeltliche Verbesserung eingeschränkt oder ausgeschlossen wird» ist zu ersetzen «... wonach die Gewährleistung eingeschränkt oder ausgeschlossen wird».

Begründung

Gemäss Art. 368 Abs. 2 OR hat der Besteller bei unbeweglichen Werken das Recht auf Nachbesserung oder Minderung. Mit der Formulierung des Vernehmlassungs-entwurfs wird einzig die Möglichkeit, Nachbesserung (*unentgeltliche Verbesserung*) einzuschränken oder ganz darauf zu verzichten, ausgeschlossen. Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung kann das Wandlungs- oder Minderungsrecht schon heute nicht abgetreten werden. Mit Art. 368 Abs. 2bis wird zusätzlich festgehalten, dass auch das Nachbesserungsrecht nicht abgetreten werden kann. Dies führt dazu, dass generell die

Gewährleistungsrechte des Käufers nicht mehr abtretbar sind. Unter diesen Umständen genügt es, wenn man festhält, dass die Gewährleistungsrechte nicht abtretbar sind. Damit übernimmt man auch die Rechtsprechung des Bundesgerichtes.

Die Formulierung des Schlussteils des Satzes «... ist ungültig, wenn der Mangel eine Baute betrifft, die für den persönlichen oder familiären Gebrauch des Bestellers bestimmt ist» sei ersatzlos zu streichen.

Begründung

Es ist unbestritten, dass unter anderem Einzelpersonen und Familien beim Kauf von Werkverträgen gegenüber professionellen Bauherren eines zusätzlichen Schutzes bedürfen. Diese Bestimmung bezweckt den Schutz der wirtschaftlich schwächeren, wobei der Schutz auf Einzelpersonen und Familien beschränkt wird. Die Beschränkung auf Einzelpersonen und Familien berücksichtigt aber nicht, dass auch Selbstständigerwerbende, Kleingewerbler, KMU's ev. wenig erfahrene öffentliche Bauherren gegenüber professionellen Bauherren genauso dieses Schutzes bedürfen wie Einzelpersonen und Familien.

Mit der Beschränkung des Schutzes auf Einzelpersonen und Familien schliesst man einen grossen Kreis von ebenfalls schutzwürdigen Personen vom Schutz dieser Bestimmung aus.

Wenn man den Schlussteil des Satzes streicht, wird der Schutz auf alle Käufer und Besteller von Werkverträgen ausgedehnt. Es wird sich die Frage stellen, ob man den Schutz damit nicht zu stark ausweitet und Käufer und Werkvertragsnehmer schützt, die dieses Schutzes nicht bedürfen. Die Aussage in den Erläuterungen des Entwurfs, dass gewerbliche Bauherren dieses Schutzes nicht bedürfen, ist in dieser allgemeinen Form nicht richtig. Es muss zwischen den professionellen Bestellern und professionellen Käufern und den vielen Selbstständigerwerbenden, KMU's, Kleingewerblern usw. unterschieden werden. Professionelle Besteller / professionelle Käufer bedürfen dieses Schutzes nicht. Erfahrungsgemäss verlangen aber professionelle Besteller / professionelle Käufer von den Verkäufern sehr viel weiterreichende Gewährleistungsrechte als die minimal hier in Artikel 368 Abs. 2bis des Obligationenrechts vorgesehenen. Diese verlangen erfahrungsgemäss schon jetzt Rügefristen von 5 Jahren und für gewisse Bauteile Gewährleistungsfristen von 10 Jahren. Das heisst Rechte, die weit über das gesetzlich vorgesehene Mass hinausgehen. Mit dem Verzicht auf den Schlussteil des Satzes wird der Schutz des professionellen Bestellers / professionellen Käufers faktisch nicht erhöht, aber auf Selbstständigerwerbende, Kleingewerbler, KMU's ausgedehnt.

Es ist daher nicht sinnvoll, dass die Liste aller möglicherweise schutzbedürftigen Personen hier mitaufgenommen wird. Es reicht, wenn man diesen Schlussteil «... wenn der Mangel eine Baute betrifft, die für den persönlichen oder familiären Gebrauch des Bestellers bestimmt ist» ersatzlos streicht.

Ergänzung des Artikels mit einem Nachbesserungsrecht des Unternehmers

Der Artikel 368bis sei am Ende zu ergänzen:

«... und dem Unternehmer ein einmaliges Recht zur unentgeltlichen Verbesserung eingeräumt wird».

Begründung

Die unentgeltliche Verbesserung (Nachbesserung) ist auch für den Unternehmer meist die günstigste Lösung zum Beheben eines Baumangels. Die Stellung des Unternehmers wird durch den Vorschlag der Revision «Baumängel» erschwert. Damit, dass man dem Unternehmer ein Recht zur unentgeltlichen Verbesserung einräumt, gleicht man die Schlechterstellung aus ohne dabei die Stellung des Bestellers zu erschweren.

Zu Art. 370 Abs. 3, 2. Satz OR

Hier ist in Analogie zu Artikel 367 Abs. 1, 2. Satz am Ende nachzutragen: «Diese Frist darf nicht verkürzt werden».

Zusätzlich ist anzufügen: «*Mängel, welche zur Verhinderung von weiterem Schaden unverzüglich behoben werden müssen, sind sofort nach deren Entdeckung zu rügen*».

Begründung wie bei Art. 367.

Zur Revision des Zivilgesetzbuches Art. 839 Abs. 3

Hier ist der Jardin Suisse einverstanden.

Wir hoffen, dass Sie unsere Anliegen berücksichtigen werden. Für allfällige Rückfragen kontaktieren Sie bitte direkt :

Hans Stoller, dipl. Architekt ETH / SIA; lic. iur.
Zelglistrasse 11, 5600 Lenzburg
Tel. 062 521 38 86, E-Mail sekretariat@hans-stoller.ch

Freundliche Grüsse



Olivier Mark
Präsident



Carlo Vercelli
Geschäftsführer



Martina Hilker
Leiterin Kommunikation und Politik



Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

Forum PME

KMU-Forum

Forum PMI

CH-3003 Berne, Forum PME

Par courriel

zz@bj.admin.ch

Office fédéral de la justice
Bundesrain 20
3003 Berne

Spécialiste: mup
Berne, 30.11.2020

Projet de révision du code des obligations (défauts de construction)

Madame, Monsieur,

Notre commission extraparlamentaire s'est penchée, lors de sa séance du 2 septembre 2020, sur le projet de modification du code des obligations (défauts de construction), actuellement en cours de consultation. Nous remercions M. David Rüetschi et M. David Oppliger de votre office d'avoir participé à cette séance et de nous avoir présenté les principaux éléments de ce projet.

Les membres du Forum PME soutiennent les mesures proposées car elles sont compatibles avec les normes SIA, qui font référence dans la pratique, et permettront d'améliorer la réglementation pour les propriétaires et maîtres d'ouvrage sans que les entrepreneurs et artisans de la construction n'aient à en subir d'inconvénients notables.

Les dispositions relatives à l'avis des défauts sont actuellement problématiques pour les maîtres d'ouvrage qui doivent aviser l'entrepreneur sans délai, c'est-à-dire dans les quelques jours qui suivent la découverte des défauts, au risque de voir leurs droits de garantie périmés. Les délais courts et les conséquences de leur non-respect posent des problèmes en pratique pour les maîtres d'ouvrage, qu'ils soient des particuliers ou des professionnels, et ne se justifient pas matériellement. Notre commission est pour cette raison favorable au nouveau délai de 60 jours proposé, car il permettra aux maîtres d'ouvrage de bénéficier d'une situation plus favorable et d'éviter nombre de différends inutiles.

En ce qui concerne les nouvelles dispositions relatives au droit à la réfection, le projet prévoit de limiter leur application aux bâtiments que les maîtres d'ouvrage ou acheteurs destinent à leur usage personnel. Les maîtres d'ouvrage qui font construire des immeubles dans le cadre d'une activité commerciale ne seront par contre, quant à eux, pas couverts. Plusieurs membres de notre commission demandent que ces dispositions soient également applicables à des maîtres d'ouvrage ou acheteurs dans le cadre d'une activité commerciale. Ils estiment qu'il n'est pas possible de présumer, comme indiqué dans le rapport explicatif, que les indépendants et propriétaires de PME disposent de toutes les connaissances juridiques et techniques nécessaires en matière de construction et qu'il n'est pour cette raison pas nécessaire de les inclure dans le champ d'application des nouvelles dispositions.

Forum PME

Holzikofenweg 36, 3003 Berne
Tél. +41 58 464 72 32
kmu-forum-pme@seco.admin.ch
www.forum-pme.ch

L'avant-projet prévoit que les sûretés fournies pour éviter l'inscription d'une hypothèque légale au registre foncier couvrent les intérêts moratoires pour une durée de dix ans et non plus pour une durée illimitée comme actuellement. Les propriétaires d'immeubles pourront de la sorte fournir plus facilement des garanties réelles, et avant tout des garanties bancaires, au lieu de devoir inscrire une hypothèque légale au registre foncier. Faciliter l'obtention de garanties bancaires profitera non seulement aux propriétaires d'immeubles, mais également aux artisans et entrepreneurs créanciers concernés. Les membres du Forum PME sont pour cette raison également favorables à cette modification.

En ce qui concerne enfin les dispositions sur l'hypothèque des artisans et entrepreneurs, nos membres n'ont pas de proposition ou remarque particulière à formuler à ce stade. Notre commission prendra position sur d'éventuelles propositions d'adaptations y-relatives lorsqu'un projet réglementaire sera mis en consultation par l'administration.

Espérant que nos recommandations seront prises en compte, nous vous prions d'agréer, Madame, Monsieur, nos meilleures salutations.



Jean-François Rime
Co-Président du Forum PME
Industriel, représentant de l'Union
suisse des arts et métiers



Dr. Eric Jakob
Co-Président du Forum PME
Ambassadeur, Chef de la promotion
économique du Secrétariat d'Etat à l'économie

Copie à: Commissions des affaires juridiques du Parlement

zz@bj.admin.ch
Eidg. Justiz- und Polizeidepartement EJPD
Frau Bundesrätin Karin Keller-Suter
3000 Bern

Bern, 30. November 2020 MW/mz

Vernehmlassung zu Revision des Obligationenrechts (Baumängel) vom 19.08.2020

Sehr geehrte Frau Bundesrätin

Wir danken für die Gelegenheit, zu dem obgenannten Entwurf unsere Vernehmlassung einzureichen.

Summary:

Die KSE begrüsst und unterstützt die vorgeschlagenen Punkte der Revision des Bauvertragsrechts.

Die KSE lehnt hingegen die von SR Andrea Caroni angedachte Revision des Bauhandwerkerpfandrechts kategorisch ab, nachdem sich dieses Instrument gut etabliert und hervorragend bewährt hat.

A Revision des Bauvertragsrechts

- *Verlängerung der Rügefrist*

Die KSE unterstützt den Vorschlag, anstelle einer «sofortigen» Rügefrist für Baumängel eine Rügefrist von 60 Tagen einzuführen.

- *Nachbesserung beim Kauf und der Neuerstellung von Wohneigentum*

Die KSE unterstützt den Vorschlag, ein unabdingbares Nachbesserungsrecht einzuführen für Verträge über die Erstellung oder den Kauf einer Baute, welche für den persönlichen oder familiären Gebrauch bestimmt ist.

- *Ersatzsicherheit anstelle der Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts*

Die KSE unterstützt auch die dritte Neuerung, indem neu neben der Ersatzsicherheit die Sicherstellung der Verzugszinsen für maximal 10 Jahre vorgeschlagen wird. Mit dieser neuen Regelung wird es möglich, entsprechende Sicherheiten (Bankgarantien oder Bürgschaften inkl. Zinsen für maximal 10 Jahre) zur Abwendung der Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts zu stellen. Diese neue Regelung ist notwendig, weil die bundesgerichtliche Praxis bei den gestellten Sicherheiten bekanntlicherweise eine zeitlich nach oben nicht limitierte Belastung der Zinsen vorsah, was sich als praxisuntauglich herausstellte.

B Weiterer Revisionsbedarf beim Bauhandwerkerpfandrecht?

(Wie könnte das Bauhandwerkerpfandrecht angepasst werden, um das Verhältnis zwischen Bauherren und Subunternehmer ausgewogener zu regeln?)

Diese von SR Caroni angedachte Revision wird von der KSE kategorisch abgelehnt.

1. Der drohende Eintrag eines Bauhandwerkerpfandrechts schafft beim Bauherrn den Anreiz, sich richtig zu verhalten und das Bauhandwerkerpfandrecht zu vermeiden. Er weiss, dass er den beauftragten Unternehmer prüfen muss, ob dieser in der Lage ist, seine Subunternehmer bzw. Lieferanten auch zu bezahlen. In diesem Sinne wirkt das Gesetz in erster Linie präventiv.
2. Das Bauhandwerkerpfandrecht schützt die Forderung der Subunternehmer bzw. Lieferanten für geliefertes Material verbunden mit entsprechender Arbeitsleistung, die er für ein Bauwerk erbracht hat. Der Subunternehmer schafft den Mehrwert, der unmittelbar mit Boden verbunden ist und der damit dem Grundeigentümer gehört. Diese bisherige Regelung ist notwendig und sinnvoll, weil alles, was mit dem Boden eines Grundstücks dauernd und fest verbunden ist, automatisch dem Grundeigentümer zufällt bzw. ihm gehört, ob das gelieferte und gefertigte Material und die geleistete Arbeit dem Subunternehmer bezahlt worden ist oder nicht.
3. Der Subunternehmer kann das Eingebaute bzw. den von ihm geschaffenen Mehrwert nicht zurückfordern, wenn er für seine Leistung nicht entschädigt worden ist, da das Eingebaute durch die feste Verbindung mit dem Grundstück dem Grundeigentümer gehört.

Damit ergibt sich unter Umständen für den Bauherrn ein Doppelrisiko, wenn er den Bauunternehmer bereits bezahlt hat, der Bauunternehmer den Subunternehmer jedoch nicht bezahlen kann (oder will).

4. Mit der Ankündigung des Bauhandwerkerpfandrechts beim Bauherrn durch den Subunternehmer wird der Bauherr auf den Bauunternehmer Druck aufsetzen, dass der Bauunternehmer den Subunternehmer bezahlt. – **Dieses Frühwarnsystem hilft in den meisten Fällen, den Eintrag des Bauhandwerkerpfandrechts beim Bauherrn zu vermeiden.**
5. **Es ist dem Bauherrn zudem mit verschiedenen Massnahmen möglich, sich gegen die Gefahr einer Doppelzahlung abzusichern:**
 - a) Er kann sich vertraglich die direkte Bezahlung des Subunternehmers ausbedingen (bei entsprechender Kürzung der Zahlung an den Bauunternehmer oder an den GU),

- b) Er baut vertraglich eine Ablöseklause ein, in der sich der Bauunternehmer / GU verpflichtet, alle angemeldeten Bauhandwerkerpfandrechte durch entsprechende Sicherheitsleistung (Bankgarantie oder Bürgschaft) abzulösen,
- c) Er kann vom Bauunternehmer / GU einen Rückbehalt der Vertragssumme bis zum Fristablauf der Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts durch den Subunternehmer vereinbaren.

6. Kurzer Rückblick:

- a) Bereits mit der Teilrevision des ZGB (Immobilien- und Grundbuchrecht) wurde 2004 versucht, das Bauhandwerkerpfandrecht einzuschränken bzw. auszuhöhlen. Es sollten nur noch diejenigen Subunternehmer ein Recht zur Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts haben, mit denen der Bauherr eine vertragliche Beziehung hat. Die Revision liess ausseracht, dass der Subunternehmer (u.a. der Materiallieferant) und nicht der GU die Arbeit erbracht und damit den Mehrwert am Grundstück erarbeitet hat.

Nach intensiven Diskussionen und Interventionen aus dem Bauhauptgewerbe (Baumeister) blieb das Bauhandwerkerpfandrecht des Subunternehmers erhalten.

- b) 2009 stand ein Antrag von NR Philipp Müller zur Debatte: «Der Anspruch auf Errichtung eines Grundpfandrechts zugunsten von Subunternehmer ist nur möglich, wenn der Subunternehmer bei Auftragsübernahme den Grundstückeigentümer oder Bauherrn schriftlich darüber informiert, und der Grundstückeigentümer oder der Bauherr die Auftragsübernahme durch den Subunternehmer nicht ausdrücklich ablehnt»

In der Praxis hätte das zu **schwerwiegenden Unsicherheiten** geführt:

- eine fehlende Zustimmung des Bauherrn hätte zu kurzfristigen Bauverzögerungen oder gar zu Baustopps geführt,
- das System hätte schwerfälligen und völlig unnötigen administrativen Aufwand gebracht,
- eine Ablehnung des Subunternehmers durch den Bauherrn hätte bei einigen Arbeiten (z.B. Transportbeton-Lieferungen) zu nicht lösbaren Problemen auf der Baustelle geführt.

Eine Revision gemäss Antrag NR Philipp Müller hätte faktisch die Aushebelung des Bauhandwerkerpfandrechts zugunsten des Subunternehmers gebracht. – Es war folgerichtig, dass der Antrag Philipp Müller abgelehnt wurde.

7. Zum Vorstoss von SR Andrea Caroni:

- a) «Der Bundesrat wird beauftragt, in einem Bericht darzulegen, wie das Bauhandwerkerpfandrecht (Art. 837ff ZGB) angepasst werden könnte, um das Verhältnis zwischen Bauherren und Subunternehmern ausgewogener zu regeln. Zu prüfen ist insbesondere eine «Transparenzlösung», wonach

das Pfandrecht nur für Leistungen greift, die erbracht wurden, nachdem der Bauherr vom Subunternehmer Kenntnis haben konnte».

Damit könnte – so SR Andrea Caroni – das Risiko von Doppelzahlungen durch den Bauherrn verhindert werden.

- b) **Die KSE lehnt jede Aufweichung der bestens bewährten Regelung des Bauhandwerkerpfandrechts strikte ab.** Das Bauhandwerkerpfandrecht schützt gerade in einer Zeit, in welcher zu erwarten ist, dass auch das Baugewerbe durch die Massnahmen wegen Covid-19 stark leiden wird, eine ganze Reihe von KMU. Dass den GU sowie den TU das Bauhandwerkerpfandrecht seit jeher ein Dorn im Auge ist, ist längst bekannt. Es geht aber darum, weiterhin diejenigen KMU zu schützen, die durch ihre Arbeit und ihre Materiallieferung einen Mehrwert für den Grundeigentümer geschaffen haben.
- c) Mit einer sog. «Transparenzlösung» wird die Gefahr von Doppelzahlungen durch den Bauherrn in keinsten Weise gelöst. Dass nur diejenigen Subunternehmer beim Bauherrn das Bauhandwerkerpfandrecht anmelden dürfen, welche vom Bauunternehmer dem Bauherrn gemeldet wurde, ist willkürlich.
- d) Tatsache ist, dass der Subunternehmer vom Bauunternehmer bzw. vom GU für geleistete Arbeit nicht bezahlt wird, die dem Bauherrn einen unmittelbaren Mehrwert an seinem Grundstück bringt. Es kann nicht sein, dass ein Subunternehmer, der vom GU bzw. vom Bauunternehmer nicht auf die Liste der dem Bauherrn gemeldeten Subunternehmer genommen wird, das Bauhandwerkerpfandrecht nicht geltend machen kann! – Sehr oft kommt es ja vor, dass im Laufe des Bauprojekts Arbeiten unvorhergesehenerweise an Subunternehmer weitergegeben werden.
- e) **Die «Transparenzlösung» bringt im Zusammenhang mit der Vermeidung von Doppelzahlungen durch den Bauherrn / Grundeigentümer nichts!** Das Recht auf Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts der Subunternehmer würde willkürlich eingeschränkt, je nachdem ob der Bauherr / Grundeigentümer von den Leistungen des Subunternehmers Kenntnis gehabt hatte oder Kenntnis gehabt haben könnte. Eine Umsetzung wäre nicht nur unpraktikabel und administrativ aufwändig, sondern es kann beim Baumeister bzw. Hauptunternehmer ein nicht zu unterschätzender Interessenkonflikt entstehen, indem dieser überhaupt kein Interesse daran haben kann, dem Bauherrn die von ihm beigezogenen Subunternehmer bekannt zu geben. Denn der Bauherr könnte von ihm die unten aufgeführten Massnahmen verlangen, was zu Mehrkosten und Mehraufwand führen würde.
- f) Durch verschiedene (oben ausgeführte) Massnahmen ist es dem Bauherrn / Grundeigentümer möglich, sich gegen Doppelzahlungen zu schützen:
- Direktzahlung des Subunternehmers
 - Bankgarantien oder Bürgschaften
 - Rückhalt eines Teils der Vertragssumme.



Schwanengasse 12
CH-3011 Bern
Tel. 031 326 26 37
E-Mail info@kse-cpt.ch
www.kse-cpt.ch

Wir bitten Sie, unsere Bemerkungen zu berücksichtigen. Bei Fragen steht Ihnen unser Martin Weder zur Verfügung.

Freundliche Grüsse

KSE

Lionel Lathion
Präsident

Martin Weder
Geschäftsführer

Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement
(EJPD)
Bundesamt für Justiz
3003 Bern

Per Email: zz@bj.admin.ch

17. November 2020

Revision Obligationenrecht

Sehr geehrte Frau Bundesrätin
Sehr geehrte Damen und Herren

Wir beziehen uns auf die Vernehmlassung des Vorentwurfs Obligationenrecht und danken Ihnen für die Möglichkeit zur Stellungnahme zu den Anpassungen im Bauvertragsrecht.

Der Dachverband metal.suisse fördert die Stahl-, Metall- und Fassadenbauweise in der Schweiz und setzt sich für den Materialkreislauf der metallischen Werkstoffe ein. Wir sind überzeugt mit unserer Bauweise und unseren Materialien einen zentralen Beitrag zur Erreichung der Klimaziele der Schweiz beitragen zu können. Recyclingmaterialien sind in unserer Bauweise heute Standard. Unsere Bauweise ist wie keine zweite geeignet, die Konzepte der Weiter- und Wiederverwendung von Gebäuden und Bauteilen umzusetzen und zu fördern.

metal.suisse begrüsst die moderaten Anpassungen des Bauvertragsrechts. Eine umfassende Revision des Bauvertragsrechts wird von uns dezidiert abgelehnt. Leider wird häufig von einem weit verbreiteten Pfusch am Bau und vom Missbrauch durch Bauunternehmen ausgegangen. Die Entsprechende mediale Berichterstattung im Vorabendprogramm hat die Diskussionen entsprechend befeuert. metal.suisse lehnt die Verankerung eines «Konsumentenschutz» im Bauvertragsrecht von Grund auf ab. Wir sehen keinen gesetzgeberischen Handlungsbedarf beim Bauhandwerkerpfandrecht.

Die grosse Mehrheit der Bauprojekte wird reibungslos umgesetzt. Die subsidiär zum Zug kommenden SIA-Normen berücksichtigen weitgehend die Bauherreninteressen. Die Ausarbeitung dieser Normen erfolgt in paritätischen Kommissionen. Entsprechende Anerkennung geniessen die Normen. In der Praxis haben sie sich bewährt.

Ein Bauwerk ist kein Konsumgut. Dies gilt auch beim Eigenheimbau. Entsprechend unterscheiden sich die Regelungen im Bauvertragsrecht vom Kaufvertrag. Das Schutzbedürfnis unterscheidet sich erheblich vom Konsumentenschutz.

Die vorgeschlagenen Anpassungen werden von uns unterstützt.

1. Verlängerung der Rügefrist auf 60 Tage: Bereits heute wird in der Regel vertraglich von der «sofortigen» Rügefrist zugunsten der Bauherren abgewichen.
2. Nachbesserungsrecht: metal.suisse unterstützt ein unabdingbares Nachbesserungsrecht für Verträge über die Erstellung oder den Kauf eines Bauwerks, welche für den persönlichen oder familiären Gebrauch bestimmt ist.
3. Ersatzsicherheit für die Sicherstellung von Verzugszinsen für maximal 10 Jahre: Mit der Ersatzsicherheit kann der Eintrag eines Bauhandwerkerpfandrechts verhindert werden. In der Praxis war die Stellung einer Bankgarantie nicht möglich, da die Sicherheit den Verzugszins für eine unbegrenzte Zeit decken mussten. Neu muss der Verzugszins nur für 10 Jahre gedeckt sein. Dadurch wird die Höhe der Sicherheit kalkulierbar und eine Bankgarantie möglich.

Weiterer Revisionsbedarf beim Bauhandwerkerpfandrecht

Im Begleitschreiben zur Vernehmlassung wird die Frage gestellt, ob es einen weiteren Revisionsbedarf beim Bauhandwerkerpfandrecht gibt.

metal.suisse sieht keinen Handlungsbedarf beim Bauhandwerkerpfandrecht; die Anliegen des Postulats Caroni (19.4638) lehnen wir kategorisch ab. Das Bauhandwerkerpfandrecht funktioniert in der Praxis und schützt die Forderung der Subunternehmer und Lieferanten für Arbeitsleistungen und Lieferungen, die an ein Grundstück gebunden sind. Die Vorschläge im Postulat Caroni schwächen insbesondere Subunternehmer und viele Schweizer KMU. Heute reicht häufig die Drohung mit der Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts aus, um eine Forderung durchzusetzen. Dies reduziert für beide Seiten die Kosten.

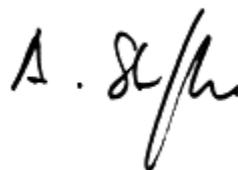
Es besteht zwar ein Problem für Doppelzahlungen, wenn ein Subunternehmer das eingebaute Material durch ein Bauhandwerkerpfandrecht absichert. Diese Regelung ist sachgerecht, da der Ausbau des Materials unmöglich ist (Eigentumsübergang mit Einbau). Der Bauherr hat zudem vertragliche Möglichkeiten, sich gegen eine Doppelzahlung abzusichern. Des Weiteren kann er Gelder bis zum Fristablauf für die Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts zurückbehalten.

Wir danken Ihnen für die Berücksichtigung unserer Anliegen und stehen für Rückfragen gerne zur Verfügung.

Freundliche Grüsse



Diana Gutjahr
Präsidentin



Andreas Steffes
Geschäftsführer

Office fédéral de la justice
Unité Droit civil et procédure civile
Bundesrain 20
3003 Berne

Par email uniquement à :
zz@bj.admin.ch

Vevey, le 30 novembre 2020

Prise de position **relative à la révision du code des obligations (Défauts de construction)**

Madame, Monsieur,

Faisant référence à la procédure de consultation citée en titre, ouverte le 19 août 2020 et courant jusqu'à ce jour, notre étude a le privilège de vous faire part de la présente prise de position en la matière.

La présente prise de position reviendra tour à tour sur (A) la prolongation du délai d'avis des défauts, (B) le droit à la réfection en cas d'achat d'un logement ou de construction d'un logement et (C) le droit transitoire. La précision des sûretés que le propriétaire est en droit de fournir au lieu d'inscrire une hypothèque légale n'appelle en revanche aucun commentaire particulier et doit être saluée.

A. **Prolongation du délai d'avis des défauts**

A titre introductif, il faut saluer la volonté du Conseil fédéral de réviser l'incombance d'avis immédiat des défauts. En effet, cette exigence représente un obstacle significatif à la mise en œuvre des droits des acheteurs (s'agissant de l'art. 201 al. 1 CO) et des maîtres d'ouvrage (s'agissant de l'art. 367 al. 1 CO), sans nécessité réelle des vendeurs ou des entrepreneurs. En pratique, il est d'ailleurs fréquent que des acheteurs / maîtres d'ouvrage se voient privés de leurs droits de garantie pour ne pas avoir satisfait à leur incombance d'avis des défauts (notamment par ignorance de cette obligation légale), alors même qu'il s'agit des personnes que la loi cherche à protéger.

Cela étant, la présente prise de position suggère une modification matérielle quant à la révision envisagée (cf. proposition A-1 *infra*), une proposition alternative si la première proposition devait ne

NEXUS Avocats

Aurélie Cornamusaz et Théo Meylan, avocats au barreau

Membres de la Fédération suisse des avocats (FSA) et de l'Ordre des avocats vaudois (OAV)

Rue des Communaux 14, 1800 Vevey

T +41 21 922 21 52 | contact@nexus-avocats.ch | www.nexus-avocats.ch

pas être envisagée (cf. proposition A-2 *infra*) et une retouche rédactionnelle à envisager dans tous les cas (cf. proposition A-3 *infra*).

Proposition A-1 : modifier les **conséquences de la tardiveté de l'avis des défauts**

Le rapport explicatif relève à juste titre que la déchéance des droits de garantie lorsque l'acheteur / le maître d'ouvrage n'a pas donné d'avis des défauts à temps est « *incontestablement sévère pour les maîtres d'ouvrages et les acheteurs* » et qu'elle « *trouve difficilement une justification objective* » (cf. ch. 2.2.3 du rapport explicatif).

A cet égard, la prolongation du délai d'avis des défauts proposée (de l'exigence d'avis immédiat à un délai de 60 jours) réduira certes le nombre de cas dans lesquels la problématique se posera, mais n'en amoindra pas moins les conséquences pour les acheteurs et maîtres d'ouvrage qui auraient tardé à donner un avis des défauts. Un tel cas de figure est pourtant courant en pratique, notamment s'agissant d'acheteurs / de maîtres d'ouvrages agissant à titre privé, par exemple lorsque des discussions informelles ont lieu sur le défaut – ce qui rassure alors l'acheteur / le maître d'ouvrage sur la prise en charge du défaut par le vendeur / l'entrepreneur – et que ce n'est qu'ultérieurement que le vendeur / l'entrepreneur conteste avoir eu connaissance du défaut. Dans de tels cas de figure, l'acheteur / le maître d'ouvrage n'aura généralement pas de preuve de l'avis oral donné à son co-contractant et perdra donc ses droits de garantie, alors même qu'aucun intérêt digne de protection du vendeur / de l'entrepreneur ne le justifie. Le délai de 60 jours peut certes être perçu comme important, mais il arrive fréquemment que des discussions informelles (sans moyens de preuve suffisants) s'étirent sur une aussi longue période, le plus souvent à la demande du vendeur / de l'entrepreneur pour différents motifs.

Dans ce contexte, il est regrettable que le Conseil fédéral ne saisisse pas l'opportunité de la révision envisagée pour revoir les conséquences de la tardiveté de l'avis des défauts, ce d'autant plus que peu d'acteurs de la branche s'opposent apparemment à une telle révision.

Pour ces motifs, les soussignés recommandent de saisir l'occasion de la révision des dispositions topiques pour modifier les conséquences de la tardiveté de l'avis des défauts, en ceci que les acheteurs / maîtres d'ouvrages ne soient plus déchus de leurs droits de garantie – comme ils le sont actuellement – mais devraient seulement répondre de toute aggravation du défaut consécutive à la tardiveté de l'avis immédiat.

Proposition A-2 : régler la question des défauts évolutifs dans la loi (proposition alternative)

Si la proposition A-1 susmentionnée devait ne pas être retenue, il faudrait en toute hypothèse envisager une réglementation spécifique pour les défauts dits *évolutifs*, qui sont d'ailleurs évoqués dans le commentaire de l'art. 219a al. 1 AP-CO du rapport explicatif.

Par défauts *évolutifs*, on entend les défauts dont l'ampleur ou les conséquences augmentent au fur et à mesure que le temps passe. On pense par exemple à des défauts d'étanchéité (dont l'absence de correction immédiate peut causer des dégâts à d'autres parties de l'ouvrage), des infiltrations d'eau (également de nature à causer des dommages plus importants si elles ne sont pas traitées rapidement) ou des faiblesses structurelles d'une partie de l'ouvrage (susceptibles de menacer la sécurité de l'ouvrage).

En cas de défaut évolutif, si l'acheteur / le maître d'ouvrage dispose de 60 jours pour faire l'avis des défauts au vendeur / à l'entrepreneur (cf. art. 219a al. 1 et art. 367 al. 1 AP-CO), il ne doit pas moins – en vertu de son obligation générale de réduire le dommage – veiller à signaler immédiatement de tels défauts évolutifs, sans attendre l'échéance du délai de 60 jours. Retenir le contraire exposerait le vendeur / l'entrepreneur à devoir répondre des manquements de son co-contractant, ce qui ne peut être l'intention du législateur. Le rapport explicatif rappelle d'ailleurs à juste titre la jurisprudence topique en la matière.

Si l'on peut s'attendre à ce que la jurisprudence précise les nouveaux art. 219a al. 1 et art. 367 al. 1 AP-CO en ce sens que le délai de 60 jours ne dispense pas l'acheteur / le maître d'ouvrage d'aviser immédiatement les défauts évolutifs, il serait plus sûr (dans une optique de sécurité juridique) et transparent de préciser cette restriction dans les dispositions légales, afin de rendre le régime juridique applicable facilement compréhensible et accessible aux acteurs de la branche, en particulier aux acheteurs et maîtres d'ouvrages agissant à titre privé. En effet, des précisions jurisprudentielles sont rarement connues des personnes ne disposant pas d'une formation juridique, pour qui la consultation de la loi représente déjà une mesure de prudence à saluer.

D'ailleurs, le projet de révision part du constat que le régime légal actuel d'avis des défauts immédiat peut représenter un « *piège en pratique* » (cf. ch. 1.4 du rapport explicatif) ; il faut donc veiller à ce que la révision des dispositions légales ne crée pas un nouveau piège de la même nature, en donnant l'impression erronée aux acheteurs et maîtres d'ouvrage qu'ils peuvent attendre l'échéance du délai 60 jours pour signaler des défauts évolutifs.

S'agissant de la conséquence juridique d'absence d'avis immédiat en cas de défaut évolutif, prévoir une déchéance des droits de garantie serait trop strict et ne reposerait sur aucun intérêt digne de protection des vendeurs et entrepreneurs. En revanche, il faut prévoir que l'acheteur / le maître

d'ouvrage réponde du dommage supplémentaire causé par l'absence d'avis immédiat, ainsi que le retient déjà la jurisprudence.

Au vu de ce qui précède, les soussignés suggèrent que les précisions suivantes (en vert et en italique dans le texte) soit ajoutées aux art. 219a al. 1, 367 al. 1 et 370 al. 3 AP-CO :

* * *

Art. 219a

¹L'acheteur de l'immeuble dispose de 60 jours pour signaler les défauts au vendeur. S'agissant des défauts qu'il ne pouvait découvrir à l'aide des vérifications usuelles, il dispose de 60 jours à compter de leur découverte pour en aviser le vendeur ; *en cas de défauts évolutifs, l'acheteur doit toutefois signaler les défauts immédiatement, sous peine d'avoir à répondre de l'augmentation du dommage.*

Art. 367, al. 1, 2e phrase

¹... Dans le cas d'un ouvrage immobilier, il dispose de 60 jours pour lui signaler les défauts ; *en cas de défauts évolutifs, il doit toutefois signaler les défauts immédiatement, sous peine d'avoir à répondre de l'augmentation du dommage.*

Art. 370, al. 3, 2e phrase

³... Dans le cas d'un ouvrage immobilier, il dispose de 60 jours à compter de leur découverte pour lui signaler les défauts ; *en cas de défauts évolutifs, il doit toutefois signaler les défauts immédiatement, sous peine d'avoir à répondre de l'augmentation du dommage.*

* * *

Proposition A-3 : harmoniser la rédaction des art. 219a al. 1 et 367 al. 1 AP-CO (modification rédactionnelle)

Une retouche rédactionnelle s'impose afin d'harmoniser les textes des art. 219a al. 1 et 367 al. 1 AP-CO : alors que l'art. 219a al. 1 AP-CO envisagé spécifie le point de départ du délai de 60 jours (« à compter de leur découverte »), l'art. 367 al. 1 AP-CO se limite à évoquer le délai de 60 jours, sans spécifier le point de départ de ce délai. On constate d'ailleurs que l'art. 367 al. 3 AP-CO envisagé reprend, à juste titre, le même point de départ que l'art. 219a al. 1 AP-CO (« à compter de leur découverte »).

La même précision s'impose dans les versions allemandes et italiennes.

Les soussignés suggèrent donc l'ajout du complément suivant (en violet et en italique dans le texte, la proposition A-1 demeurant en vert et en italique) à l'art. 367 al. 1 AP-CO :

* * *

Art. 367, al. 1, 2e phrase

¹... Dans le cas d'un ouvrage immobilier, il dispose de 60 jours *à compter de leur découverte* pour lui signaler les défauts ; *en cas de défauts évolutifs, il doit toutefois signaler les défauts immédiatement, sous peine d'avoir à répondre de l'augmentation du dommage.*

* * *

B. Droit à la réfection en cas d'achat d'un logement ou de construction d'un logement

Les soussignés partagent le constat des différentes contraintes identifiées par le rapport explicatif quant à la cession et/ou à l'exclusion des droits de garantie pour des nouveaux logements (cf. ch. 2.1.2 du rapport explicatif).

Des considérations économiques appellent toutefois à renoncer à rendre le droit à la réparation des défauts impératif (cf. proposition B-1 *infra*) ; si ce choix politique devait être maintenu, il faudrait à tout le moins rendre ses conséquences prévisibles pour les acteurs de la branche (cf. proposition B-2 *infra*).

Proposition B-1 : renoncer au caractère impératif du droit à la réparation des défauts

Le fait que toute garantie soit exclue ou cédée n'est pas nécessairement défavorable aux acheteurs et maîtres d'ouvrage, car cela permet au vendeur / à l'entrepreneur de consentir une réduction notable du prix, puisqu'il n'a alors pas à tenir compte du risque dans son calcul du prix. Or, dans un environnement dans lequel les prix des immeubles est déjà très élevé, bon nombre d'acheteurs / de maîtres d'ouvrage préfèrent pouvoir acquérir un logement (malgré les risques liés à une exclusion ou à une cession des droits de garantie) plutôt que d'avoir à payer un prix notablement plus élevé, voire même d'avoir à renoncer à leur projet d'acquisition ou de construction, faute de moyens.

Par ailleurs, les cas dans lesquels les acheteurs / les maîtres d'ouvrage doivent appeler leur cocontractant en garantie concernent le plus souvent des défauts qui ne rendent pas le logement inhabitable ou inutilisable. Ainsi, le fait d'accepter une exclusion ou une cession des droits de garantie peut représenter un choix délibéré et raisonnable de l'acheteur / du maître d'ouvrage, qui peut parfaitement prévoir un certain budget pour des frais de remise en état, étant précisé que ce budget ne devrait être libéré que plusieurs années après la conclusion du contrat, tandis qu'il devrait sinon s'engager à un prix supérieur (comprenant la part de risque assumée par le vendeur / par l'entrepreneur) déjà au moment de la vente ou de la conclusion du contrat d'entreprise. De plus, le fait

de ne pas inclure la part de risque que représente la garantie pour les défauts dans le prix permet de résoudre certaines contraintes liées au financement hypothécaire, qui doit nécessairement tenir compte du prix convenu (y compris la part de risque), alors qu'une exclusion ou qu'une cession des droits de garantie permettrait de réduire ce prix et de rendre l'obtention d'un financement hypothécaire plus facile.

Si cette proposition devait être envisagée, il suffirait de renoncer à l'adoption de l'art. 368 al. 2^{bis} AP-CO, auquel cas le droit applicable demeurerait entièrement dispositif.

Proposition B-2 : **rendre prévisible le caractère impératif du droit à la réparation des défauts** (proposition alternative)

Si rendre impératif le droit à la réparation des défauts devait être maintenu dans la révision envisagée, il faudrait à tout le moins que ce caractère impératif soit prévisible pour les différents acteurs de la branche. En effet, toute incertitude en la matière est source de litiges et conduit, avant même la survenance d'un litige, à ce que chaque partie doive prévoir une part de risque pour le cas où la qualification juridique envisagée devait ne pas s'avérer correcte. D'un point de vue économique, il s'agit du pire résultat possible, car les deux parties doivent inclure le même risque dans leurs prévisions.

Or, l'art. 368 al. 2^{bis} AP-CO fait référence à l'usage « *personnel ou familial* » de la construction, sans définir cette notion.

A cet égard, le rapport explicatif retient certes que « *cette formulation correspond à celles utilisées à l'art. 40a CO et à l'art. 32, al. 2, du code de procédure civile (CPC). Elle permet de ne viser que les constructions qui servent directement des buts privés. Cette disposition ne sera pas applicable si la construction ou l'acquisition d'un bâtiment intervient dans un but de revente ou de location commerciale. Le but de l'acquisition peut être déduit de la déclaration expresse ou tacite de l'acquéreur ou du maître et, à défaut, de l'usage auquel on peut habituellement ou raisonnablement s'attendre en application du principe de la bonne foi. De manière générale, l'entrepreneur ou le vendeur pourra déterminer le but de l'acquisition en fonction des circonstances d'ensemble, et notamment en fonction de la finalité du bâtiment et de la personne de l'acquéreur. Si un usage mixte - tant professionnel que privé - est prévu, c'est le but de protection qui déterminera si la disposition s'applique ou non. La question déterminante consistera à savoir si l'acquéreur ou le maître est en mesure de reconnaître la portée de la clause d'exclusion de responsabilité combinée à la cession des prétentions de l'entrepreneur vis-à-vis de ses sous-traitants (voir les explications ci-dessus et le ch. 2.1.2). Il ne sera en général pas en mesure de le faire si l'usage privé revêt plus qu'une simple importance secondaire. La disposition sera alors applicable* ».

Si la distinction entre les « *buts privés* » et les autres buts possibles (tels que la revente ou la location commerciale) peut être suivie, elle demeure néanmoins difficile à tracer en pratique. En effet, il est impossible pour un vendeur / un entrepreneur d'identifier avec certitude l'usage d'un acheteur / d'un maître d'ouvrage avant ou au moment de conclure le contrat de vente ou d'entreprise, ce d'autant plus que l'acheteur / le maître d'ouvrage peut se refuser de communiquer ses intentions – par hypothèse encore inconnues – à son cocontractant. De plus, il arrive fréquemment qu'un immeuble acheté ou construit dans l'intention d'y vivre soit finalement revendu ou mis en location (ce qui arrive notamment lorsqu'une séparation ou qu'un divorce survient entre la conclusion du contrat et la livraison de l'immeuble), auquel cas il sera difficile de retracer l'intention originale de l'acheteur / du maître d'ouvrage *a posteriori*.

En l'état, la teneur de l'art. 368 al. 2^{bis} AP-CO est donc promise à un important potentiel de litiges, ce qui ne peut être souhaité par le législateur au moment de vouloir faciliter et clarifier le régime légal en faveur des acheteurs / maîtres d'ouvrages agissant à titre privé. Il convient donc de limiter d'emblée ce potentiel de litiges en retenant que seul l'usage « *personnel ou familial* » annoncé au vendeur / à l'entrepreneur avant la conclusion du contrat peut impacter la qualification impérative ou dispositive du droit à la réfection de l'ouvrage. Les soussignés suggèrent donc l'ajout du complément suivant (en vert et en italique dans le texte) à l'art. 368 al. 2^{bis} AP-CO :

* * *

Art. 368, al. 2bis

2bis Toute clause convenue à l'avance qui restreint ou exclut le droit à la réparation des défauts est nulle si ceux-ci concernent une construction que le maître destine à un usage personnel ou familial, *pour autant que cet usage soit mentionné dans le contrat d'entreprise.*

* * *

S'il fallait néanmoins craindre qu'une omission de l'acheteur / du maître d'ouvrage ne puisse lui porter préjudice, une variante minimale serait de prévoir un système inverse, en ceci que l'usage personnel ou familial pourrait être exclu dans le contrat d'entreprise, ce qui conduirait à la teneur suivante (en vert et en italique dans le texte) à l'art. 368 al. 2^{bis} AP-CO :

* * *

Art. 368, al. 2bis

2bis Toute clause convenue à l'avance qui restreint ou exclut le droit à la réparation des défauts est nulle si ceux-ci concernent une construction que le maître destine à un usage personnel ou familial, *à moins que cet usage n'ait été exclu par le contrat d'entreprise.*

* * *

C. Droit transitoire

Proposition C-1 : ajouter **une disposition transitoire spécifique**

Le rapport explicatif retient que « *conformément à l'art. 1, al. 1 et 2, tit. fin. CC, le délai d'avis se détermine selon l'ancien droit s'agissant des contrats conclus avant l'entrée en vigueur du nouveau droit. Pour ces contrats, l'avis des défauts devra être fait sans délai même après l'entrée en vigueur du nouveau droit, ce qui aura notamment son importance pour les défauts cachés (voir l'art. 367, al. 1, 2e phrase, AP-CO)* ».

S'en tenir au régime ordinaire de l'art. 1 al. 1 tit. Fin. CC s'avère toutefois insuffisant sur le plan juridique, à tout le moins s'agissant de la révision des délais d'avis des défauts, et ce pour deux motifs.

- Premièrement, en l'absence de toute disposition transitoire relative à la révision envisagée, il est douteux que l'analyse présentée dans le rapport explicatif s'impose.

En effet, l'art. 1 al. 1 tit. fin. CC prévoit que « *les effets juridiques de faits antérieurs à l'entrée en vigueur du code civil continuent à être régis par les dispositions du droit fédéral ou cantonal sous l'empire duquel ces faits se sont passés* », mais ne régit pas la question de savoir si « *les effets juridiques de faits antérieurs* » doivent être rapportés à la conclusion d'un contrat ou à la survenance d'un cas de garantie pour les défauts. La jurisprudence du Tribunal fédéral retient à cet égard que « *le rattachement d'un rapport d'obligation au droit en vigueur au moment de sa constitution tend à empêcher que des droits valablement acquis par un acte juridique soient enlevés à leur titulaire par le seul effet de la loi* » (arrêt du Tribunal fédéral 5A_416/2019 du 11 octobre 2019, consid. 5.1.4, et la référence citée), ce qui ne précise toujours pas si le « *rapport d'obligation* » est défini par la conclusion du contrat ou par la survenance d'un cas de garantie. Dans le même arrêt, le Tribunal fédéral a ainsi retenu que « *en conséquence, les délais de prescription déjà acquis au moment de l'entrée en vigueur du nouveau droit ne revivent pas, même pour les enfants encore mineurs à ce moment* » (*ibidem*), ce qui pourrait donner à penser que ce n'est pas la conclusion du contrat, mais la survenance d'un cas de garantie pour les défauts (par analogie avec l'acquisition de la prescription) qui pourrait être considérée comme moment décisif pour l'application de l'art. 1 al. 1 tit. fin. CC. Si cette interprétation était retenue, les contrats de vente ou d'entreprise conclus avant l'entrée en vigueur de la révision envisagée, mais pour lesquels un cas de garantie (naissance ou découverte du défaut) n'apparaîtrait qu'après l'entrée en vigueur du nouveau droit, seraient soumis aux dispositions révisées.

Quoiqu'il en soit, il subsiste une incertitude juridique notable quant à l'application de l'art. 1 al. 1 tit. fin. CC à la révision envisagée. Le Tribunal fédéral a d'ailleurs laissé une question similaire

ouverte dans son arrêt 4A_317/2007 du 9 janvier 2008 (consid. 3.2.1), dans lequel il était question d'un conflit dans le temps entre la conclusion d'une convention de prêt et d'une déclaration de garantie (survenue sous l'ancien droit) d'une part et la réalisation de la condition de la garantie (venue à chef sous le nouveau droit) d'autre part. Or, une telle incertitude juridique doit être évitée, ce d'autant plus qu'il s'agit ici de cas de figure fréquents en pratique et pour lesquels les valeurs litigieuses atteignent régulièrement des sommes importantes, même pour des acheteurs / maîtres d'ouvrage agissant à titre privé.

- Deuxièmement, les contrats de vente et d'entreprise portant sur des immeubles ont ceci de particulier qu'ils sont régulièrement conclus plusieurs années avant le transfert de propriété (en cas de vente) ou avant la réception de l'ouvrage (en cas de contrat d'entreprise). En pratique, il est en effet courant que les constructions nouvelles soient vendues *sur plan*, ce qui implique que les contrats de vente et/ou d'entreprise sont souvent conclus deux, trois ou même quatre ans avant la date de la réception de l'immeuble achevé. Ainsi, même si l'analyse proposée par le rapport explicatif devait s'imposer (de sorte que la conclusion des contrats serait déterminante pour déterminer le droit applicable), les effets de la révision envisagée ne seraient effectifs que plusieurs années après l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions.

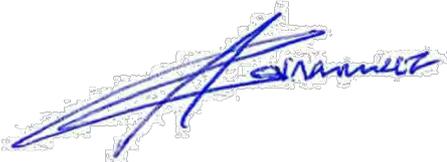
Durant cet espace de temps (qui peut représenter plusieurs années), des immeubles livrés sous le nouveau droit pourraient donc être soumis tantôt à l'ancien droit (si les contrats y relatifs ont été conclus avant l'entrée en vigueur de la révision), tantôt au nouveau droit (si les contrats ont été conclus après l'entrée en vigueur de la révision). Une telle situation ne manquera pas de porter à confusion – en particulier pour les acheteurs / maîtres d'ouvrage agissant à titre privé que la révision entend protéger en premier lieu –. Cette situation risque même de conduire à des erreurs aux conséquences lourdes – à moins que la proposition A-1 susmentionnée ne soit envisagée – pour les acheteurs / maîtres d'ouvrage qui se seraient fiés au nouveau droit (leur accordant 60 jours pour faire l'avis des défauts), alors que l'ancien droit (leur imposant un avis des défauts immédiat) leur aurait encore été applicable. S'agissant d'immeubles comportant plusieurs lots (tels que des PPE), certains acheteurs seront donc soumis à des règles fondamentalement différentes de celles qui s'appliqueraient à leurs voisins, en fonction de la date de conclusion des contrats.

Pour ces différents motifs, il est suggéré d'ajouter une disposition spécifique quant au droit transitoire dans la révision envisagée et de prévoir que ce soit la date du transfert de propriété (s'agissant d'un contrat de vente immobilière) et la date de réception de l'ouvrage (s'agissant d'un contrat d'entreprise) qui soit déterminante pour l'application du nouveau droit.

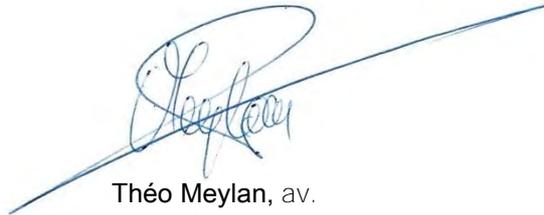
* * *

Me Théo Meylan se tient à votre disposition pour tout complément d'information quant à ce qui précède, notamment par email à tm@nexus-avocats.ch.

Nous vous prions de croire, Madame, Monsieur, à l'assurance de notre respectueuse **considération**.



Aurélie Cornamusaz, av.



Théo Meylan, av.



Schweizerischer Anwaltsverband
Fédération Suisse des Avocats
Federazione Svizzera degli Avvocati
Swiss Bar Association

Per E-Mail an:
zz@bj.admin.ch
Bundesamt für Justiz
Bundesrain 20
3003 Bern

RR/lm

312

Bern, den 30. November 2020

Revision des Obligationenrechts (Baumängel) – Stellungnahme des SAV

Sehr geehrte Frau Bundesrätin
Sehr geehrte Damen und Herren

Wir danken Ihnen für die Einladung, zur geplanten Revision des Obligationenrechts (Baumängel) Stellung zu nehmen. Der SAV nimmt zum Gesetzesentwurf wie folgt Stellung:

A. Anpassungen bei der Rügefrist (Art. 219a Abs. 1 OR; Art. 367 Abs. 1 OR; Art. 370 Abs. 3 OR)

1. Grundsätzliche Kritik an der Verwirkungsfolge bei verspäteter Mängelrüge

a) Probleme der aktuellen gesetzlichen Regelung

Die Hürden für die Durchsetzung der kauf- oder werkvertraglichen Gewährleistungsansprüche sind für den Käufer oder Besteller im schweizerischen Recht sehr hoch. Nebst der Verjährung zwingt insbesondere die Obliegenheit zur sofortigen Mängelrüge den Käufer oder Besteller zu sofortigem und formell richtigem Handeln.

Bekanntlich bedeutet eine «sofortige Mängelrüge» gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung, dass Mängel in der Regel innert sieben Tagen ab Entdeckung gerügt werden müssen (BGer Urteil 4A_82/2008 vom 29. April 2009 E. 7.1; BGer Urteil 4C.82/2004 vom 3. Mai 2004 E. 2.3). Nebst der kurzen Frist, innert welcher die Mängelrüge erfolgen muss, sind auch die Anforderungen, welche eine Mängelrüge zu erfüllen hat, gemäss Rechtsprechung hoch. Inhaltlich muss die Rüge sachgerecht substantiiert sein, zumindest die Mängel genau angeben und zum Ausdruck bringen, dass der Besteller das Werk nicht als vertragsgemäss anerkennen und den Unternehmer haftbar machen will (BGE 107 II 172 E. 1a S. 175). Faktisch muss die Mängelrüge zudem in schriftlicher Form erfolgen, weil sie sonst nicht beweisbar ist. Und weil man bei E-Mails oder A-Post jeweils behaupten kann, man habe die Sendung nicht

erhalten, bleibt eigentlich nur der Weg über ein Einschreiben.

Diese Anforderungen an eine genügende Mängelrüge sind für einen Laien praktisch nicht erfüllbar. Die wenigsten privaten Besteller oder Käufer, welche einen Mangel am bestellten Werk oder der Kaufsache erkennen, schicken dem Unternehmer oder Verkäufer innert Wochenfrist eine eingeschriebene Mängelrüge. Bevor professionelle Unterstützung gesucht wird, ist es in dem meisten Fällen zu spät, da die Frist zur Mängelrüge längst abgelaufen ist. Da die unterbliebene rechtzeitige Mängelrüge bekanntlich zum kompletten Untergang der Mängelrechte (Verwirkung) führt, können die Konsequenzen gravierend sein: Der Unternehmer, welcher nachweislich ein mangelhaftes Werk abgeliefert hat oder der Verkäufer, der eine nachweislich mangelhafte Kaufsache verkauft hat, ist von seiner Gewährleistungspflicht für den zu spät gerügten Mangel befreit, obwohl die Verjährungsfrist unter Umständen erst in mehreren Jahren abläuft. Der Besteller oder Käufer auf der anderen Seite muss die finanziellen Folgen der Mangelhaftigkeit selbst tragen, nur weil er den Mangel zu spät gerügt hat.

Die Verwirkungsfolge bei verspäteter Mängelrüge stellt somit einen rigiden Formalismus zu Lasten des Käufers oder Bestellers dar, ohne dass eine juristische oder ökonomische Rechtfertigung hierfür erkennbar wäre. Dieser Formalismus entstammt einer Regelung aus dem Zürcher Privatrechtlichen Gesetzbuch von 1855. Allerdings galt diese Regelung damals nur für den Warenkauf und nicht für Werkverträge. Diese Regelung mag angesichts der damals sehr beschränkten technischen Möglichkeiten des Nachweises eines mangelhaften Zustandes im Zeitpunkt des Kaufs gerechtfertigt gewesen sein. Die Verhältnisse haben sich seither aber grundlegend geändert.

Dass die Verwirkungsfolge bei Unterlassung der sofortigen Mängelrüge stossend ist, wurde vom SIA für den Bereich der Bauwerkverträge schon lange erkannt. Entsprechend können gemäss der SIA-Norm 118 Mängel während der ersten zwei Jahre ab Abnahme des Werks jederzeit gerügt werden (vgl. Art. 172 Abs. 1 i.V.m. Art. 173 Abs. 1 SIA-Norm 118). Sofern die SIA-Norm 118 vereinbart wurde, tritt somit zumindest in den ersten zwei Jahren ab Abnahme des Werks keine Verwirkung wegen unterbliebener sofortiger Mängelrüge ein. Die SIA-Norm 118 ist bei Bauwerkverträgen sehr verbreitet. Auch in vielen Grundstückskaufverträgen betreffend Neubauten wird häufig die Gewährleistung gemäss der SIA-Norm 118 vereinbart. Viele professionelle Bauherren oder Käufer vereinbaren noch weitergehende Abweichungen vom dispositiven Recht und bedingen die Verwirkungsfolge bei verspäteter Mängelrüge vollständig weg.

Die SIA-Norm 118 oder weitergehende Vereinbarungen zu Gunsten des Bestellers oder Käufers werden jedoch regelmässig nur dann vereinbart, wenn der Besteller oder Käufer entweder selbst geschäftserfahren ist oder fachkundig (z.B. durch einen Architekten oder Juristen) beraten wird. Das Obligationenrecht ist als dispositives Recht jedoch gerade in jenen Konstellationen besonders bedeutsam, in welchen die Parteien keine besonderen Vereinbarungen treffen. Schliesst ein privater Einmalbauherr einen Werkvertrag ab, indem er eine Unternehmerofferte annimmt, ohne dass die SIA-Norm 118 vereinbart wird, untersteht die Gewährleistungspflicht des Unternehmers der strengen sofortigen Mängelrügeobliegenheit.

Dasselbe gilt bei Kaufverträgen, wobei die Mängelrügeobliegenheit insbesondere bei Grundstückkaufverträgen, welche für eine Privatperson oder ein KMU häufig ein enormes finanzielles Engagement bedeuten, höchst problematisch ist. Bei der aktuellen Rechtslage trifft die rigide Verwirkungsfolge bei unterbliebener rechtzeitiger Mängelrüge somit vor allem geschäftsunerfahrene Privatpersonen, was mit dem Gerechtigkeitsempfinden schwer zu vereinbaren ist.

Die aktuelle Rechtslage ist auch unter professionellen Parteien, welche mit der Mängelrügeobliegenheit vertraut sind, in der Praxis höchst problematisch. Heutzutage sind in aller Regel zahlreiche Unternehmer und Planer an einem Bauvorhaben beteiligt. Tritt ein Mangel zutage, kommen a priori meist mehrere Unternehmer und/oder Planer als Verursacher in Frage. Um der drohenden Verwirkungsfolge zu entgehen, müssen häufig schon rein vorsorglich Mängelrügen an mehrere Unternehmer und/oder Planer verschickt werden, obwohl noch gar nicht klar ist, wer für den Mangel verantwortlich ist. Die Mängelrügeobliegenheit führt dazu, dass bereits in einem frühen Stadium ein scharfer Ton angeschlagen werden muss (vgl. «haftbar machen») und eingeschriebene Briefe versandt werden müssen, so dass sich die Fronten entsprechend verhärten, was einvernehmliche Lösungen stark behindern kann.

b) Eine 60-tägige Rügefrist löst die Verwirkungsproblematik nicht

Die geplante Verlängerung der Rügefrist auf 60 Tage würde die Situation gegenüber der heutigen Rechtslage verbessern. Der Gesetzesentwurf würde an der Verwirkungsfolge bei unterlassener rechtzeitiger Mängelrüge jedoch nichts ändern. Auch für eine Rügefrist von 60 Tagen mit Verwirkungsfolge fehlt es an einer ökonomischen oder juristischen Rechtfertigung. Dass es für die Beibehaltung der Verwirkungsfolge keine Rechtfertigung gibt, wurde auch bei der Erarbeitung des Gesetzesentwurfs erkannt, wird doch dazu im erläuternden Bericht unter Ziffer 2.2.3 was folgt ausgeführt:

«Die Verwirkungsfolge der verspäteten Mängelrüge ist für Bauherren und Käufer zweifellos hart und lässt sich sachlich nur schwer rechtfertigen. Eigentlich wäre daher die Abschaffung der Verwirkungsfolge nur konsequent. Mit der vorgesehenen erheblichen Verlängerung der Rügefrist wird die Härte der heutigen Regelung jedoch so stark gemildert, so dass auf den tiefgreifenden Eingriff der Abschaffung der Verwirkungsfolge verzichtet werden kann. Die vorgeschlagenen Rügefristen von 60 Tagen erscheinen für Bauherren und Käufer zumutbar.»

Es ist aus Sicht des SAV nicht nachvollziehbar, weshalb die Verwirkungsfolge, für welche es gemäss dem erläuternden Bericht keine sachliche Rechtfertigung gibt, beibehalten werden soll. Jede gesetzliche Regelung bedarf einer sachlichen Rechtfertigung. Der Gesetzesentwurf geht somit zwar in die richtige Richtung, bleibt jedoch letztlich auf dem halben Weg stehen, indem die wie dargelegt äusserst problematische Verwirkungsfolge bei unterlassener rechtzeitiger Mängelrüge bestehen bleibt.

c) Vorschlag des SAV

Der SAV schlägt deshalb vor, die Verwirkung der Gewährleistungsansprüche bei nicht

rechtzeitiger Mängelrüge sowohl im Kaufrecht wie auch im Werkvertragsrecht abzuschaffen.

Für beide Seiten am fairsten wäre eine Regelung analog dem Mietrecht oder der SIA-Norm 118, wonach der Besteller oder Käufer, der einen Mangel nicht sofort nach der Entdeckung rügt, jenen Schaden, welcher bei unverzüglicher Behebung des entdeckten Mangels hätte vermieden werden können, selbst zu tragen hat (vgl. Art. 173 Abs. 2 SIA-Norm 118; Art. 257g Abs. 2 OR). Eine solche Regelung entspräche dem Grundsatz des Haftungsrechts, wonach jede Person für ihr Selbstverschulden resp. für die Verletzung der Schadenminderungspflicht selbst einzustehen hat.

Eine solche Regelung würde nicht zu einer unzumutbaren Schlechterstellung für Unternehmer oder Verkäufer führen. Diese sind durch die Verjährungsfristen und die Beweislastregeln (der Käufer oder Besteller trägt die Beweislast für das Vorhandensein eines Mangels) hinreichend vor ungerechtfertigten oder verspätet geltend gemachten Gewährleistungsansprüchen geschützt.

2. Kritik an der Unterscheidung zwischen beweglichen und unbeweglichen Werken oder Kaufgegenständen

Gemäss dem Gesetzesentwurf soll die 60-tägige Rügefrist nur für Werkverträge betreffend unbewegliche Werke sowie für Grundstückkaufverträge gelten. Diese Unterscheidung ist aus Sicht des SAV nicht gerechtfertigt. Die Problematik der Rügefrist und der Verwirkungsfolge besteht bei beweglichen und bei unbeweglichen Werken bzw. Kaufgegenständen gleichermassen. Eine ökonomische oder juristische Rechtfertigung für die Ungleichbehandlung beweglicher und unbeweglicher Werke oder Kaufgegenstände ist nicht erkennbar.

Im Baubereich besteht zudem die Problematik, dass die Erstellung von Plänen durch Architekten oder Ingenieure vom Bundesgericht in ständiger Rechtsprechung als Werkvertrag qualifiziert wird. Aufgrund dieser Rechtsprechung unterstehen auch Planungsleistungen der strengen Mängelrügeobligiertheit (vgl. dazu z.B. BGer Urteil 4A_53/2012 vom 31. Juli 2012, E. 5 und BGer Urteil 4A_55/2012 vom 31. Juli 2012, E. 6). Da Pläne als bewegliche Werke zu qualifizieren sind (auch wenn sie der Erstellung eines unbeweglichen Werks dienen), würde die vorgeschlagenen Gesetzesrevision dazu führen, dass für Werkverträge mit Unternehmern eine 60-tägige Rügefrist gelten würde, während für Planungsfehler der am selben Bauprojekt beteiligten Planer die Mängelrüge sofort erfolgen müsste. Diese Ungleichbehandlung verschiedener Werkleistungen ist nicht praktikabel und es fehlt hierfür an einer inneren Rechtfertigung. Gemäss den in der Praxis verbreiteten Ordnungen SIA 102 und 103 gilt zwar bereits eine 60-tägige Rügefrist (Art. 1.9.4 der Ordnungen SIA 102 und 103 [2020]), und Plan- und Berechnungsmängel, welche zu einem Mangel eines unbeweglichen Werks führen, können analog der SIA-Norm 118 während zwei Jahren ab Abnahme des unbeweglichen Werks jederzeit gerügt werden (Art. 1.9.4 der Ordnungen SIA 102 und 103 [2020]). Wie bei der SIA-Norm 118 besteht jedoch auch hier das Problem, dass die Ordnungen SIA 102 und 103 nur gelten, wenn sie vereinbart wurden. Das Obligationenrecht als dispositives Recht sollte jedoch vor allem dort greifen, wo wenig geschäftserfahrene Parteien die SIA-Ordnungen

gerade nicht vereinbart haben.

Zu beachten ist auch, dass wir uns momentan in einer Phase befinden, in welcher der Digitalisierung immer grössere Bedeutung zukommt. Kauf- und Werkverträge oder Innominatverträge mit kauf- oder werkvertraglichem Charakter im Softwarebereich werden immer bedeutsamer. Bei Software handelt es sich klar um einen beweglichen Kaufgegenstand oder ein bewegliches Werk. Im Sinne einer zukunftsgerichteten Gesetzgebung ist es nicht sinnvoll, wenn die rigide Obliegenheit zur sofortigen Mängelrüge im Softwarebereich weiterhin gelten würde.

Aus den vorgenannten Gründen schlägt der SAV vor, von einer Differenzierung zwischen beweglichen und unbeweglichen Werken bzw. Kaufgegenständen mit Bezug auf die Mängelrüge abzusehen. Sinnvollerweise sollte die Verwirkungsfolge bei unterbliebener Mängelrüge sowohl für den Kauf beweglicher und unbeweglicher Kaufgegenstände als auch für Werkverträge betreffend bewegliche und unbewegliche Werke abgeschafft werden. Wenn jedoch eine 60-tägige Rügefrist eingeführt wird, sollte diese dann wenigstens im Kauf- und Werkvertragsrecht einheitlich für bewegliche und für unbewegliche Werke bzw. Kaufgegenstände gelten.

B. Anpassungen beim Nachbesserungsrecht (Art. 219a Abs. 2 OR und Art. 368 Abs. 2^{bis} OR)

Die vorgeschlagenen neuen Art. 219a Abs. 2 OR (Nachbesserung bei Grundstückkaufverträgen betreffend Neubauten nach den Regeln des Werkvertragsrechts) sowie Art. 368 Abs. 2^{bis} OR (zwingendes Nachbesserungsrecht für Bauten, die für den persönlichen oder familiären Gebrauch des Bestellers bestimmt sind) bieten einen Schutz gegen leider häufige Auswüchse der Praxis bei Grundstückkaufverträgen – namentlich beim Verkauf von noch in Erstellung befindlichen Eigentumswohnungen (sog. «Kauf ab Plan»). Es ist höchste Zeit, den Schutz der Käufer von Wohneigentum in diesem Punkt wirksam zu verstärken, was letztlich nur durch zwingendes Recht möglich ist. Diese Änderungen werden vom SAV begrüsst. Die geplanten Gesetzesänderungen überzeugen inhaltlich und redaktionell, so dass sich weitere Bemerkungen dazu erübrigen.

C. Anpassungen beim Bauhandwerkerpfandrecht (Art. 839 Abs. 3 ZGB)

Die Revision von Art. 839 Abs. 3 ZGB wird vom SAV begrüsst. Die Änderung korrigiert die in diesem Punkt zu restriktive Rechtsprechung des Bundesgerichts (BGE 142 III 738, E. 4.4.2 S. 741 f.), welche in der Praxis dazu führen kann, dass sich ein Unternehmer der im Gesetz vorgesehenen Möglichkeit der Ablösung eines Bauhandwerkerpfandrechts durch Leistung einer Sicherheit widersetzen kann. Wenn der Eigentümer auf eine Ablösung des Bauhandwerkerpfandrechts angewiesen ist (z.B. weil er sein Grundstück verkaufen will), gibt diese Rechtsprechung dem Unternehmer ein Druckmittel in die Hand, welches durch das Gesetz nicht legitimiert ist. Die geplante Änderung schafft hier Abhilfe.

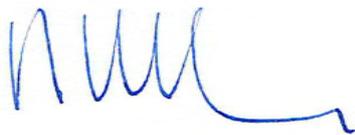
Die geplante Gesetzesänderung überzeugt inhaltlich und redaktionell, so dass sich weitere Bemerkungen dazu erübrigen.

Wir danken Ihnen für die Prüfung unserer Vorschläge. Bei Fragen stehen wir Ihnen gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen für den SAV

SAV Präsident

Albert Nussbaumer

Handwritten signature of Albert Nussbaumer in blue ink, consisting of several vertical strokes followed by a horizontal line.

SAV Generalsekretär

René Rall

Handwritten signature of René Rall in black ink, featuring a large, stylized 'R' followed by a horizontal line.

Eidg. Justiz- und Polizeidepartement EJPD
per E-Mail an: zz@bj.admin.ch

Brugg, 9. November 2020

Zuständig: Michael Riboni
Dokument: Revision OR-Baumängel.docx

Revision des Obligationenrechts (Baumängel)

Sehr geehrte Damen und Herren

Mit Schreiben vom 19. August 2020 laden Sie uns ein, zur rubrizierten Vorlage Stellung zu nehmen. Für die uns gegebene Möglichkeit danken wir Ihnen bestens.

Der Schweizer Bauernverband begrüsst die vorgeschlagene Revision des Obligationenrechts im Bereich der Baumängel. Insbesondere die Verlängerung der Rügefrist auf 60 Tage ist im Interesse der Bauherren. Es ist an der Zeit, dass die oftmals als unsachlich streng wahrgenommene Gesetzesbestimmung («Sofort-Rüge») beseitigt und durch eine klare und faire Regelung ersetzt wird. Damit wird das Vertrauen in das Rechtssystem gestärkt.

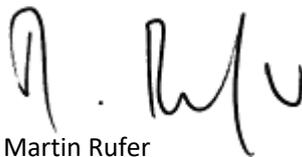
Besten Dank für die Kenntnisnahme.

Freundliche Grüsse

Schweizer Bauernverband



Markus Ritter
Präsident



Martin Rufer
Direktor

Schweizerischer Baumeisterverband, Postfach, 8042 Zürich

Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement EJPD
Bundeshaus West
CH-3003 Bern

zz@bj.admin.ch

Jeremy David Benjamin
Arbeitgeberpolitik und Recht

jdbenjamin@baumeister.ch

Zürich, 30.11.2020

Revision des Obligationenrechts (Baumängel)

Sehr geehrte Damen und Herren

Vielen Dank für die Gelegenheit zur Stellungnahme für die Vernehmlassung zur Revision des Obligationenrechts (Baumängel) respektive zur Anpassung des Bauvertragsrechts.

Der Schweizerische Baumeisterverband (SBV) ist die gesamtschweizerische Berufs-, Wirtschafts- und Arbeitgeberorganisation des Bauhauptgewerbes mit über 20 Milliarden Umsatz und rund 80'000 Mitarbeitenden. Mit Sektionen in allen Kantonen vertritt der SBV die Interessen von mehr als 2'500 Bauunternehmen. Das Bauhauptgewerbe erwirtschaftet rund 5 Prozent der Schweizer Wertschöpfung (BIP). Der SBV ist die Organisation der Arbeitswelt für den Hoch- und Tiefbau und engagiert sich als Verbundpartner mit Bund und Kantonen für eine zukunftsorientierte Bildung. Als einer der grössten Sozialpartner der Schweiz engagiert sich der SBV für faire und wirtschaftliche Arbeitsbedingungen in der Branche.

Zusammenfassend nehmen wir zur Vorlage wie folgt Stellung:

- **Der SBV begrüsst es, dass keine Totalrevision des Werkvertragsrechts und auch keine Schaffung eines speziellen Bauwerkvertragstypus im Gesetz angestrebt wird. Die Vertragsautonomie im Bauwerkvertragsrecht funktioniert gut. Private Vertragsnormierung sind beweglicher und damit auch besser als ein Gesetz in der Lage, den spezifischen Bedürfnissen beim Bauen angemessen Rechnung zu tragen.**
- **Der SBV ist der Ansicht, dass mit der SIA-Norm 118 für den Bauherrn bereits heute ein wirksames vertragliches Instrument besteht.**
- **Der SBV erachtet den Vorschlag, die Rügefrist für Baumängel gesetzlich auf 60 Tage festzusetzen, im Sinne eines Beitrages zu mehr Klarheit im Rügeverfahren als annehmbar. Dies vor allem, weil es den Parteien nach wie vor freisteht, sich bei Bedarf auf eine andere Frist zu einigen.**
- **Der SBV erachtet den Vorschlag, bei der Neuerstellung und beim Erwerb von Wohneigentum ein unabdingbares Nachbesserungsrecht einzuführen, als ausgewogen. Das zwingende Nachbesserungsrecht beschränkt sich auf Bauten, die für den persönlichen oder familiären Gebrauch bestimmt sind.**
- **Der SBV begrüsst die Bestimmbarkeit der Sicherheitsleistung in Bezug auf den Verzugszins.**

■ **Der SBV lehnt jegliche weitere Anpassungen im Bauhandwerkerpfandrecht, wie sie in der Vernehmlassung mit Zusatzfragen aufgeworfen werden, dezidiert ab.**

1. Allgemeine Bemerkungen

Der SBV begrüsst, dass der Bundesrat sowohl auf eine Totalrevision des Werkvertragsrechts als auch auf die Schaffung eines speziellen Bauwerkvertragstypus im Gesetz verzichtet. Wir sind der klaren Ansicht, dass die Vertragsautonomie im Bauwerkvertragsrecht gut funktioniert und dass die private Vertragsnormierung beweglicher und damit auch besser als ein Gesetz in der Lage ist, den spezifischen Bedürfnissen beim Bauen angemessen Rechnung zu tragen. Ausserdem werden die Bestimmungen der SIA-Norm 118¹ als ausgewogenes und gemässigtetes Vertragswerk häufig als integrierender Werkvertragsbestandteil übernommen. Dieses Vertragswerk hat sich zudem in der Schweizer Vertragspraxis flächendeckend durchgesetzt und wird auch von der öffentlichen Hand als Vertragsstandard anerkannt und verwendet.

In vielen Fällen werden die Werkvertragsinhalte von Bestellern, namentlich von Bauherren bzw. von deren Vertretern vorgegeben. Dabei wird seitens Bauherrschaft von üblichen Vertragsbestimmungen abgewichen. Auch die ausgewogenen Bestimmungen der SIA-Norm 118 werden häufig zu Ungunsten der Bauunternehmer abgeändert. Der Wettbewerb um eine Auftragserteilung ist hart und der Einfluss des Bestellers darf nicht verkannt oder gar unterbewertet werden. Vielmehr besteht sogar eine Nachfragemacht² auf Seiten der Bauherrschaften. So werden bisweilen auch seitens Bauherrn werkvertragliche Bedingungen gestellt, die dem Zweck eines fairen, ausgeglichenen Rechtsverhältnisses nicht gerecht werden und den Bauunternehmer unter Umständen in Bedrängnis bringen. Die vorgeschlagenen Anpassungen sind ein Ansatz für Klarheit und vermögen das bereits heute wahrnehmbare Ungleichgewicht zugunsten der Bauherren nicht einschneidend weiter zu verschärfen.

2. Bemerkungen zu den einzelnen Anpassungen

2.1 Rügefrist – Festsetzung auf 60 Tage

Die **gesetzliche Festsetzung der Rügefrist auf 60 Tage** ist für den SBV im Sinne eines Beitrages zu mehr Klarheit im Rügeverfahren annehmbar. Dies vor allem auch, weil nach wie vor die Dauer der Rügefrist vertraglich nach Bedarf abgeändert werden kann.

Allerdings gibt zu bedenken, dass die Rügefrist von 60 Tagen den schutzwürdigen Einmalbauherren in eine trügerische Scheinsicherheit verleitet, dass er in jedem Falle 60 Tage Zeit für eine Mängelrüge hat oder mit anderen Worten, dass er in keinem Fall eine unverzügliche Rüge vornehmen muss. Dabei trägt der Bauherr nach wie vor die allgemeine Schadenminderungspflicht. Diese verlangt vom Bauherrn die unverzügliche Mängelrüge bei Mängeln, die durch Zuwarten einen grösseren Schaden bewirken.

Zu begrüssen ist, dass die Rügefrist und damit auch die Verwirkungsfolge der verspäteten oder unterbliebenen Mängelrüge weiterhin bestehen. Eine Abschaffung der Verwirkungsfolge würde die Position der Bauunternehmer unverhältnismässig und ungerechtfertigterweise stark schwächen.

¹ SIA-Norm 118 (2013), Allgemeine Bedingungen für Bauarbeiten. Mit der im Jahr 2013 revidierten Version blieb das Gleichgewicht zwischen Bauherren- und Unternehmerinteressen gewahrt.

² Bei Vorliegen einer Nachfragemacht kann eine Vergabestelle z.B. Vertragsbedingungen einseitig gegenüber den Anbietern durchsetzen, da die Anbieter auf einem bestimmten sachlichen und räumlichen Markt über keine wirtschaftlich zumutbare Alternative verfügen.

2.2 Zwingendes Nachbesserungsrecht - Einführung bei Neuerstellung und beim Erwerb von Wohneigentum ist ausgewogen.

Der SBV erachtet die Einführung eines zwingenden Nachbesserungsrechtes bei einer Neuerstellung und beim Erwerb von Wohneigentum als ausgewogen.

Der SBV stellt fest, dass einerseits nur eine zum Voraus getroffene Vereinbarung über die Einschränkung oder den Ausschluss eines Nachbesserungsrechtes Nichtigkeit zur Folge hätte, wenn es sich andererseits nur um Mängel an Bauten mit persönlicher oder familiärer Gebrauchsbestimmung handelt. Vertretbar ist ebenso, dass das werkvertragliche Nachbesserungsrecht beim Grundstückskauf als dispositive Bestimmung formuliert ist. Dies entspricht auch dem in der SIA-Norm 118 dem Bauherrn ganz grundsätzlich eingeräumte Recht auf unentgeltliche Nachbesserung (Art. 169 der SIA-Norm 118).

Wenn auch vertretbar, so bleibt doch die Frage, wo die Abgrenzung konkret vorzunehmen wäre bei gemischter Gebrauchsbestimmung einer Baute, wenn also sowohl beruflicher als auch privater Gebrauch der Baute beabsichtigt ist. Das Abstellen auf die ausdrückliche oder konkludente Erklärung des Erwerbers oder Bauherren oder bei Fehlen einer solchen das Abstellen auf den Grundsatz von Treu und Glauben nach jener Gebrauchsbestimmung, die üblich oder billigerweise zu erwarten ist, ist zu wenig konkret, was Rechtsunsicherheit schafft.

2.3 Ersatzsicherheit anstelle des Bauhandwerkerpfandrechts: Umfang Verzugszins für die Dauer von zehn Jahren definiert

Der SBV begrüsst die Anpassung gem. Art. 839 Abs. 3 VE-ZGB bezüglich Ersatzsicherheit für ein Bauhandwerkerpfandrecht.

Beim Bauhandwerkerpfandrecht handelt es sich um ein beliebtes und notwendiges Sicherheitsinstrument für Bauunternehmer, die sich nach erfolglosen Zahlungsaufforderungen die unbezahlten Werkforderungen sichern wollen. Sollte jedoch eine Ersatzsicherheit gestellt werden, so soll diese derart ausgestaltet sein, dass diese auch konkret eine reale Sicherheit darstellt.

Die Erfahrung zeigt, dass Banken teilweise restriktiv geworden sind bei der Erteilung von unbefristeten Garantien. Unter Umständen kann nur eine auf ein Jahr befristete Garantie (mit Verlängerungsmöglichkeit) erlangt werden. Die **Bestimmbarkeit der Sicherheitsleistung** auch in Bezug auf den Verzugszins dürfte sich **positiv** auf die Stellung einer Bankgarantie als Ersatzsicherheit auswirken. Sie **schafft** einerseits **Rechtssicherheit** und andererseits dürfte sie, sofern eine Ersatzsicherheit für ein Bauhandwerkerpfandrecht gestellt wird, den Prozess für den Bauunternehmer zur Sicherung seines Werklohnes vereinfachen.

3. Weiterer Revisionsbedarf beim Bauhandwerkerpfandrecht?

3.1 *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?*

Beim **Bauhandwerkerpfandrecht** handelt es sich um ein **notwendiges Sicherheitsinstrument** für Bauunternehmer, die sich nach erfolglosen Zahlungsaufforderungen die unbezahlten Werkforderungen sichern wollen bzw. müssen, um nicht in existentielle Notlage zu fallen. Dies gilt unabhängig davon, ob der

Bauunternehmer als Hauptunternehmer oder als Subunternehmer seine Werkverträge erfüllt. Mit anderen Worten **kann** auch für einen Subunternehmer **die ausbleibende Zahlung des hart erarbeiteten Werklohnes existentiell bedrohlich sein**. Dabei ist unerheblich, ob der Bauherr gegenüber dem Hauptunternehmer bereits erfüllt hat oder ob dem Bauherrn die Gefahr der Doppelzahlung droht. Für den Bauunternehmer, hier als Subunternehmer, bildet das Bauhandwerkerpfandrecht das einzige Druckmittel, um eine drohende existentielle Notlage abzuwehren.

Der SBV lehnt eine Anpassung des Gesetzestextes ab, zumal der Bauherr **bereits heute Schutzmassnahmen** ergreifen kann, **um mögliche Doppelzahlungen zu vermeiden**, so zum Beispiel:

- durch werkvertragliche Vereinbarung;
- durch direkte Zahlungen des Bauherrn an die Subunternehmer unter vertraglicher Einräumung eines entsprechenden Rechts;
- durch eine Garantie des Hauptunternehmers dem Bauherrn gegenüber, dass die Zahlungen an den Subunternehmer weitergeleitet werden;
- durch entsprechende Sicherheitsleistungen eines Dritten (Bank- oder Versicherungsgarantien);
- durch eine sorgfältige Auswahl des Hauptunternehmers durch den Bauherrn;
- durch Einsetzung eines Bautreuhänders.

Jegliche Anpassungen können nur über eine Verlagerung des Gleichgewichtes zu Lasten von Bauunternehmern ausfallen, wogegen sich der SBV vehement zur Wehr setzt.

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

Nein. Wenn Subunternehmer erst tätig werden könnten, nachdem diese dem Bauherrn (oder seinem Vertreter) zur Kenntnis gebracht oder nachdem diese vom Bauherrn sogar vorgängig akzeptiert worden sind (wie sonst kann Gewähr dafür geleistet werden, dass der Bauherr Kenntnis hatte?), so würde das allseits geforderte Gleichgewicht von Bauherr und Unternehmer deutlich zu Ungunsten der Bauunternehmer verschoben. Eine solche Einschränkung schwächt die Stellung eines jeden Subunternehmers unverhältnismässig, der, ohne es besser zu wissen, ohne Kenntnis des Bauherrn mit Arbeiten des (General-)Unternehmers beauftragt wird.

Ausserdem liegt es im ureigenen Interesse des Bauherrn, dass die Arbeiten zügig und fristgerecht umgesetzt werden. Vor allem wenn unvorhergesehene, dringend anstehende Arbeiten ausgeführt werden müssen, würde eine vorgängig einzuholende Einverständniserklärung seitens Bauherrn den Werkauftrag unnötig verzögern. Vielmehr würde eine entsprechende Regelung entweder unweigerlich zu Stillständen auf den Baustellen führen (man denke da bspw. an Frischbetonbestellungen, die erst nach Genehmigung durch den Bauherrn geliefert werden dürften usw.), oder zur Verhinderung der Eintragungsmöglichkeit des Bauhandwerkerpfandrechts für Subunternehmer.

Überdies betrifft das Bauhandwerkerpfandrecht den Grundstückeigentümer und nicht den Bauherrn, der nicht unbedingt identisch sein muss mit den Grundstückeigentümer.

3.3 Sehen Sie in diesem Bereich gesetzgeberischen Handlungsbedarf?

Nein. Dies vor allem auch deswegen, weil das Verhältnis zwischen Bauherrschaft und Subunternehmer im Bereich des Bauhandwerkerpfandrechts bereits lang und breit im Parlament diskutiert und entschieden worden ist (siehe Anträge von Philipp Müller vom 27. April 2009 sowie This Jenny vom 22. September 2009). Das Positionspapier von Bauenschweiz (November 2009) und die darin aufgeführten Argumente wurden vom SBV mitgetragen.

Wir bitten Sie um Berücksichtigung unserer Eingabe und stehen Ihnen für allfällige Rückfragen und Gespräche gerne zur Verfügung.

Freundliche Grüsse
Schweizerischer Baumeisterverband



Benedikt Koch
Direktor



Jeremy David Benjamin
Leiter Arbeitgeberpolitik und Recht

Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement
Bundesamt für Justiz
Bundesrain 20
3003 Bern
zz@bj.admin.ch

Bern, 27. November 2020 sgv-KI/ds

Revision des Obligationenrechts (Baumängel)

Sehr geehrte Damen und Herren

Als grösste Dachorganisation der Schweizer Wirtschaft vertritt der Schweizerische Gewerbeverband sgv über 230 Verbände und gegen 500 000 KMU, was einem Anteil von 99.8 Prozent aller Unternehmen in unserem Land entspricht. Im Interesse der Schweizer KMU setzt sich der grösste Dachverband der Schweizer Wirtschaft für optimale wirtschaftliche und politische Rahmenbedingungen sowie für ein unternehmensfreundliches Umfeld ein.

Mit Schreiben vom 19. August 2020 lädt das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement ein, sich Revision des Obligationenrechts (Baumängel) zu äussern. Der Schweizerische Gewerbeverband sgv dankt für die Möglichkeit zur Stellungnahme.

Die vorgeschlagene Revision umfasst die folgenden Einzelpunkte:

Verlängerung der Rügefristen: Baumängel müssen heute «sofort», das heisst innert weniger Tage, gerügt werden, andernfalls die entsprechenden Mängelrechte verwirken. Gemäss dem Vorentwurf beträgt die Frist zur Rüge von Mängeln eines unbeweglichen Werkes 60 Tage, und zwar sowohl für offene wie auch für versteckte Mängel. Dieselben Fristen gelten auch für Grundstückkaufverträge. Diese Fristen sind dispositiver Natur.

Nachbesserungsrecht beim Kauf und der Neuerstellung von Wohneigentum: Im Vorentwurf wird ein unabdingbares Nachbesserungsrecht für Verträge über die Erstellung oder den Kauf einer Baute, welche für den persönlichen oder familiären Gebrauch bestimmt ist, vorgeschlagen. Dadurch wird gemäss Ansicht des Bundesrates die vor allem für Haus- und Stockwerkeigentümer nachteilige Praxis der Kombination von Freizeichnung des Verkäufers oder Unternehmers bei gleichzeitiger Abtretung von Gewährleistungsansprüchen gegen die Subunternehmer eingeschränkt.

Konkretisierung der Anforderungen an eine Ersatzsicherheit anstelle der Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts: Damit soll gewährleistet werden, dass Grundeigentümer wieder Ersatzsicherheiten (insb. Bankgarantien) stellen und so die Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts abwenden können. Mit dem Vorentwurf soll im Wesentlichen verhindert werden, dass die Bauherren in gewissen Fällen, in welchen dies klar als unbillig erscheint, auf den Kosten für die Behebung von Baumängeln sitzen bleiben. Für Unternehmer, Verkäufer und Bauhandwerker stellen diese Änderungen grundsätzlich keine Ausweitung ihrer Haftung dar. Die vorgeschlagenen Änderungen sind überdies

kompatibel mit der SIA-Norm 118, weswegen sich für diejenigen Vertragsparteien, welche diese Normen verwenden, mit dem Vorentwurf nichts ändert.

Der Schweizerische Gewerbeverband sgv nimmt zur vorliegenden Revision differenziert Stellung:

1. Notwendigkeit einer generellen Revision des Bauvertragsrechts

Der Schweizerische Gewerbeverband sgv sieht keine Notwendigkeit einer umfassenden Revision des Bauvertragsrechts. In diesem Punkt unterstützt er die Position des Bundesrates. Im Bauwerkvertragsrecht funktioniert die Vertragsautonomie gut. Privat und individuell abgeschlossene Verträge sind beweglicher und können beim Bauen spezifischen Bedürfnissen und Interessen besser Rechnung tragen. Ausserdem werden die Bestimmungen der SIA-Norm 118 häufig als integrierender Werkvertragsbestandteil übernommen. Dieses Vertragswerk hat sich bewährt und bedarf keiner Ergänzung auf gesetzlicher Ebene.

Der Schweizerische Gewerbeverband sgv lehnt – wie der Bundesrat in seiner Botschaft ausführt – eine umfassende Revision des Bauvertragsrechts ab.

2. Unabdingbares Nachbesserungsrecht (Art. 368 Abs. 2bis OR)

Gemäss Vernehmlassungsentwurf des Bundesrates soll neu eine zum Voraus getroffene Verabredung, wonach der Anspruch auf unentgeltliche Verbesserung eingeschränkt oder ausgeschlossen wird, ungültig sein, wenn der Mangel eine Baute betrifft, die für den persönlichen oder familiären Gebrauch des Bestellers bestimmt ist. Der Schweizerische Gewerbeverband sgv lehnt diese Neuerung ab. In der Realität werden die meisten Bauten auch für den persönlichen oder familiären Gebrauch heute durch oder mit Hilfe von Baufachleuten erstellt. Die private Bauherrin oder der private Bauherr benötigt deshalb keinen besonderen Schutz und schon gar nicht einen Ausschluss der Vertragsfreiheit in diesem Punkt. Insbesondere ist das unabdingbare Nachbesserungsrecht nicht auf den Grundstücksverkauf anzuwenden. Bauten und Grundstücke sind kein Konsumgut, weshalb es im Bauvertragsrecht keinen besonderen Konsumentenschutz braucht.

Der Schweizerische Gewerbeverband sgv lehnt das vom Bundesrat in seiner Botschaft vorgeschlagene unabdingbare Nachbesserungsrecht ab.

3. 60-Tagesfrist für die Mängelrüge (Art. 367 Abs. 1 zweiter Satz OR)

Die Frist für die Mängelrüge beträgt bei einem unbeweglichen Werk soll gemäss Vernehmlassungsvorschlag des Bundesrates neu 60 Tage betragen. Heute gibt es keine im Gesetz verankerte Frist. Es gilt die bundesgerichtliche Rechtsprechung, die von sieben Tagen ausgeht, was aber für die Entdeckung sowohl offener wie auch verdeckter Baumängel zu kurz ist.

Der Schweizerische Gewerbeverband sgv kann sich vorstellen, eine entsprechende Frist im Obligationenrecht von bis 60 Tagen zu verankern. Die heute durch die Rechtsprechung geltenden 7 Tage sind klar zu kurz, da in einer solch kurzen Frist nicht alle Baumängel entdeckt werden können.

4. Anforderungen an eine Ersatzsicherheit anstelle der Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts (Art. 839 Abs. 3 ZGB)

Der dritte Revisionspunkt ist, dass eine Ersatzsicherheit zur Abwendung der Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts zukünftig die Verzugszinsen für zehn Jahre decken müssen und nicht wie bisher für unbeschränkte Zeit. Damit soll es den Grundeigentümern erleichtert werden, Realsicherheiten und vor allem Bankgarantien als Ersatzsicherheiten zu stellen.

Der Schweizerische Gewerbeverband sgv unterstützt diesen Punkt.

5. Weiterer Revisionsbedarf beim Bauhandwerkerpfandrecht

Weiterer Revisionsbedarf im Bauhandwerkerpfandrecht sieht der sgv nicht. Bereits heute kann ein Bauherr mit dem Hauptunternehmer im Werkvertrag vereinbaren, dass Doppelzahlungen vermieden werden können. Der Hauptunternehmer kann dem Bauherrn eine Garantie abgeben, dass die entsprechenden Zahlungen an den Subunternehmer weitergeleitet werden. Möglich sind auch entsprechende Sicherheitsleistungen von dritter Seite (Bankgarantien). In jedem Fall ist der Bauherr angehalten, Haupt- und Subunternehmer sorgfältig auszuwählen.

Der Schweizerische Gewerbeverband sgv sieht keinen weiteren Revisionsbedarf im Bauhandwerkerpfandrecht.

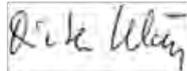
Wir danken für die Kenntnisnahme.

Freundliche Grüsse

Schweizerischer Gewerbeverband sgv



Hans-Ulrich Bigler
Direktor, e. Nationalrat



Dieter Kläy
Ressortleiter



schweizerischer ingenieur- und architektenverein
société suisse des ingénieurs et des architectes
società svizzera degli ingegneri e degli architetti
swiss society of engineers and architects

Bundesamt für Justiz
Frau Bundesrätin Karin Keller-Sutter
Bundesrain 20
3003 Bern

Geht per E-Mail an: zz@bj.admin.ch

Beat Flach
Fachspezialist Recht
beat.flach@sia.ch
+41 44 283 15 70

Zürich, 30. November 2020 / mm

Vernehmlassung zur Revision des Obligationenrechts (Baumängel) / Stellungnahme des SIA

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.

Vorbemerkungen

Der SIA vertritt als Berufsverband die Interessen von rund 15'000 Planenden aus den Bereichen Bau, Technik und Umwelt. Diese sind es, die täglich an der Schnittstelle zwischen Besteller und Ausführenden im Baubereich tätig sind und die Bauprojekte planen, entwickeln und hinsichtlich Ausschreibung, Vergabe, Ausführung, Inbetriebnahme und Mängelbehebung zwischen den verschiedenen Akteuren koordinieren.

Die Mitglieder des SIA verpflichten sich gemäss Statuten des Vereins zu einem nachhaltigen Wirken (Art.3 Abs. 1 Statuten SIA), und der SIA setzt sich als Verein für einen qualitativ hochstehenden Lebensraum ein. Er arbeitet in enger Kooperation mit der Schweiz. Normenvereinigung SNV sowie mit anderen am Normenschaffen interessierten Institutionen eng zusammen. Mit seinem breit angewandten und prägnanten Normenwerk schafft der SIA anerkannte und unverzichtbare nationale Regeln der Baukunde, deren Geltung zumeist unangefochten ist. Das laufend überprüfte und erweiterte Normenwerk des SIA zeichnet sich durch eine beispiellose Kompaktheit aus. Erarbeitet werden die Normen paritätisch von Planern, Auftraggebern (Bauherren), Unternehmern, Lieferanten und Behörden sowie unter Einbezug der Hochschulen. Eine öffentliche Vernehmlassung ist Bestandteil des Verfahrens.

Neben den technischen Normen hat der SIA auch eine lange Tradition in der Ausarbeitung und Veröffentlichung von Regelwerken, die den organisatorischen Teil des Bauens ordnen und als Ergänzungen zu den wenigen gesetzlichen Regeln bereite Anerkennung und Anwendung finden. Zu diesen Dokumenten gehört auch die Norm SIA 118 «Allgemeine Bedingungen für Bauarbeiten». Die erste Ausgabe ist bereits 1912 entstanden und kann spätestens seit den 50er Jahren als fester Bestandteil der vertraglichen Praxis der Schweizer Bauwirtschaft betrachtet werden. Die ständige Kommission der Norm SIA 118 ist paritätisch aus Fachleuten und Vertretern der Schweizerischen Verbände des Hochbaus, des Tief- und Tunnelbaus, der öffentlichen und privaten Bauherren und der

Planerseite zusammengesetzt. Eine durch diese Kommission zwischen 2006 und 2013 durchgeführte Revision zeigte, dass über die Jahrzehnte nur geringfügige Modernisierungen und Anpassungen nötig waren. Die Regeln der Norm SIA 118 sind denn auch als Kompromiss zwischen den verschiedenen Ansprüchen der Vertragsparteien zu verstehen, sich auf gemeinsame und in der Summe ausgewogene Vertragsbedingungen zu stützen. Die Regeln der Norm SIA 118 sind heute in der Bauwirtschaft so bekannt verbreitet, dass sie in der Praxis oftmals sogar dann angewandt werden, wenn die Vertragsnorm gar nicht ausdrücklich in den Werkvertrag aufgenommen wurde.

Die vorliegende Stellungnahme erfolgt deshalb im Sinn der paritätischen Norm SIA 118 und nicht einseitig aus Sicht der Planenden.

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 des Käufers in einer neuen Bestimmung zusammenzufassen, ohne jedoch ein gänzlich neues Bauwerkvertragsrecht oder eine Totalrevision anzustreben.

b. VE Art. 219a Abs. 1 und Art. 367 Abs. 1 Satz 2

Die vorgesehene Regelung mit einer Frist von 60 Tagen seit Entdeckung des Mangels ist eine Verbesserung der rechtlichen Lage für die Besteller und betrifft nicht nur Käufer von Grundstücken, Stockwerkeigentum ab Plan und Bauherren usw., sondern auch Unternehmer als Besteller in der Kette vorgelagerter Bauwerkleistungen und Subunternehmer. **Sie entschärft die gesetzlich geltende und schon lange zu Recht als unnötig bezeichnete, äusserst kurze sofortige Rügeobliegenheit, was zu begrüssen ist.**

Die 60-Tage-Regelung entspricht auch den Bestimmungen der Leistungs- und Honorarordnungen des SIA (LHO 102, 103 usw.), die in Art. 1.9.4 statuieren, dass Mängel am unbeweglichen Bauwerk innert 60 Tagen seit Entdeckung zu rügen sind. Auch hier gilt, dass Plan- und Berechnungsmängel, die zu einem Mangel eines unbeweglichen Werks bzw. eines Werkteils führen, durch den Auftraggeber während der ersten zwei Jahre nach Abnahme jederzeit gerügt werden können. **Eine Anpassung des dispositiven Rechts an die bewährte Praxis wäre denkbar. Der SIA schlägt deshalb vor, dass die Regelungen der Norm SIA 118 ins dispositive Recht übernommen werden.**

Die Norm SIA 118 sieht in Art. 172 eine zweijährige Rügefrist vor, die mit der Abnahme des Werks beginnt und während dieser der Besteller (Bauherr) jederzeit zur Mängelrüge berechtigt ist. Diese Bestimmung geht weiter als die in Ihrem Entwurf vorgesehene Frist von 60 Tagen, ist aber in der Praxis weitverbreitet und akzeptiert. Die Regelung der Norm SIA 118 sieht im dritten, vierten und fünften Jahr nach der Abnahme dann wieder eine Soforrüge vor (Art. 179 Abs. 2 Norm SIA 118). Der Werksteller ist insofern vor einem erhöhten Schadenspotential durch verspätete Mängelrüge geschützt, als dass die Norm SIA 118 in Art. 173 auch ausdrücklich statuiert, dass der Bauherr, der einen Mangel nicht sofort nach Entdeckung rügt, den weiteren Schaden selbst zu tragen hat, der bei unverzüglicher Behebung des entdeckten Mangels hätte vermieden werden können. Diese Schadensminderungsobliegenheit muss auch bei der vorgeschlagenen 60-Tage-Frist Geltung haben, denn dem Unternehmer muss Gelegenheit bleiben, um weitere Schäden zu vermeiden, und dem Besteller muss klar sein, dass Mangelfolgeschäden wegen fahrlässig versäumter Rüge zu seinen Lasten fallen können. **Diese Obliegenheit des Bestellers ergibt sich auch aus dem geltenden Gesetz und muss beibehalten werden.**

Eine weitere wichtige Konkretisierung ist die Regelung, dass offensichtliche Mängel, die bei der Abnahme genehmigt wurden, später nicht mehr gerügt werden können (Art. 163 Abs. 2 Norm SIA 118).

c. VE Art. 219a Abs. 2

Die vorgesehene Bestimmung wird vom SIA sehr begrüsst, weil es sich um eine Annäherung des dispositiven Privatrechts an Gepflogenheiten in der Praxis des Werkvertragsrechts und damit an die Bestimmungen der Norm SIA 118 handelt. Käufern eines Grundstücks (insb. einer zu erstellenden oder erst kürzlich erstellten Baute) soll unter gewissen Voraussetzungen analog einem Werk-Besteller ebenfalls ein Nachbesserungsrecht eingeräumt erhalten.

Der SIA begrüsst eine verstärkte Bestimmung, die dem Anspruch auf Nachbesserung noch mehr Gewicht verleiht. Die Nachbesserung ist in der Praxis des Bauwerkvertragsrechts das bevorzugte Instrument, um Mängeln an Bauwerken zu begegnen und ohne Zutun von Gerichten eine rasche und für alle Beteiligten zufriedenstellende Lösung zu erreichen. Aus diesem Grund ist die in Art. 169 Abs. 1 Norm SIA 118 vorgesehene Regelung, wonach der Bauherr (abgesehen vom Schadenersatzrecht nach Art. 171 Norm SIA 118 resp. Art. 368 Abs. 2 OR) zunächst einzig das Recht hat, vom Unternehmer 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. 2^{bis}).

d. VE Art. 367 Abs. 1 zweiter Satz

Die Einfügung der neuen, auf 60 Tage verlängerten Rügefrist für die eigentliche Sachgewährleistung von fünf Jahren ist zu begrüssen. Ebenso, dass diese nach wie vor als dispositives Recht ausgestaltet ist und von den Parteien angepasst werden kann. Dass dieselbe Rügefrist auch beim Grundstückskauf gelten soll, ist sachgerecht (Art. 219a Abs. 1 VE-OR). Für versteckte Mängel soll ebenfalls eine Frist von 60 Tagen gelten; solche Mängel können gemäss Vorentwurf während 60 Tagen nach ihrer Entdeckung gerügt werden (Art. 219a Abs. 1 und Art. 370 Abs. 3 zweiter Satz VE-OR). Mit der längeren Rügefrist wird diese Situation für Bauherren stark entschärft, und es werden zahlreiche unnötige Streitigkeiten verhindert. Gleichzeitig werden die Unternehmer im Vergleich zum geltenden Recht nicht wesentlich schlechter gestellt; namentlich wird ihre Haftung nicht ausgeweitet. Dass die längere Frist für die Unternehmer keine unangemessene Benachteiligung darstellt, zeigt sich auch darin, dass die Norm SIA 118 in ihrem Artikel 172 Abs. 1 eine noch längere Frist von zwei Jahren vorsieht. Die neue Frist soll im Übrigen (entsprechend der heutigen Rechtslage) dispositiver Natur sein. **Die Schaffung zwingenden Rechts ist hier nicht nötig.**

e. VE Art. 368 Abs. 2^{bis}

Diese neue Bestimmung will Mängelrechte an einer Baute, die für den persönlichen Gebrauch des Bestellers bestimmt ist, einer anderen Regel unterziehen als andere Bauten. Es ist richtig, dass die Nach- oder Verbesserungspflicht das zentrale und wirksamste Mittel bei der rechtlichen und faktischen Mängelbehebung ist. Es ist auch richtig, dass die Mängelbehebung/Nachbesserung als erstes rechtliches Anspruchsmittel und unabänderlich vor den anderen Wahlrechten des Bestellers stehen sollte, wie in Art. 169 Norm SIA 118. Eine zwingende gesetzliche Regelung ausschliesslich für Bauten, welche unmittelbar privaten Zwecken dienen, führt zu erheblichen Abgrenzungsproblemen und macht wenig Sinn. Einmalbauherren sind – insbesondere, wenn sie von bausachverständigen Fachleuten beraten werden – nicht automatisch einem Ungleichgewicht ausgesetzt. Dagegen können auch institutionelle Einmalbauherren und Kleinunternehmen bzw. auch private Bauherren, 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 formulieren, dass sie für alle Bauherren gilt. Damit wäre auch eine Angleichung an die bewährte und anerkannte Regelung, wie sie die Norm SIA 118 seit vielen Jahren vorsieht, gegeben. Die mit VA Art. 368 Abs. 2^{bis} ins Visier genommene Praxis der Abtretung der Mängelrechte kann für die betroffenen Architekten und Ingenieure mühsam sein. Statt Mängel mit ihrem Vertragspartner (Bauherr) abarbeiten zu können, werden sie mit einer Mehrzahl von Stockwerkeigentums-Käufern konfrontiert.

f. VE Art. 839 Abs. 3

Der SIA unterstützt die geplante Anpassung des Umfangs einer Ersatzsicherheit und die Bestimmung, dass der Verzugszins nicht für unbestimmte Zeit, sondern im Umfang von zehn Jahren sicherzustellen ist. Die heutige Regelung verunmöglicht das faktische Bereitstellen solcher Sicherheiten durch Bank- oder Versicherungsgarantien häufig, da die Höhe der Bürgschaften unbestimmt ist.

2. Weiterer Revisionsbedarf beim Bauhandwerkerpfandrecht?

Zu den drei weiter gestellten Fragen nimmt der SIA wie folgt Stellung:

Das Bauhandwerkerpfandrecht hat sich als Mittel zur Forderungssicherung bei Bauhandwerkern bewährt. Der SIA bedauert es, dass die Planenden kein gleichwertiges Instrument zur Hand haben, um ihrerseits ausstehende Forderungen mit derselben Durchschlagskraft durchsetzen zu können. **Trotzdem lehnt der SIA – nach den erst kürzlich erfolgten Änderungen dieser Bestimmungen – eine erneute Korrektur durch den Gesetzgeber ab.**

Das sogenannte Doppelzahlungsrisiko bei Subunternehmer-Baupfandrechten steht zwar immer wieder zur Diskussion und ist Gegenstand von Medienberichten, in der Praxis scheint es sich jedoch relativ selten zu realisieren. Überlegungen, wie die Pfandansprüche nachgelagerter Unternehmer in der Kette von Subunternehmerleistungen eingeschränkt werden können, führen jeweils zu Resultaten, welche die berechtigten Interessen der Beteiligten in ein anderes Ungleichgewicht bringen. Eine «gerechtere» Lösung, generell auf alle Fälle anwendbar, ist auf gesetzgeberischem Weg nicht in Sicht. Auf privat- und haftungsrechtlicher Ebene gibt es heute schon verschiedene Lösungen, die durchaus auch in der Praxis funktionieren. Der SIA stellt zu diesem Zweck nicht nur die generellen Regelungen betreffend dem Beizug von Subunternehmern in der Norm SIA 118 zur Verfügung, sondern auch weitere vertragliche Sicherungsgrundlagen wie das Dokument 2020 «Sicherheitsleistungen des Unternehmers im Werkvertrag» als Merkblatt zur Norm SIA 118.

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

Freundliche Grüsse



Heinz Ehrbar

Präsident Kommission SIA 118

Beat Flach

Betreuer Kommission SIA 118

(per E-Mail: zz@bj.admin.ch)
Bundesamt für Justiz
Direktion
3003 Bern

Wallisellen, 30. November 2020 / CLE

Revision des Obligationenrechts (Baumängel) Vernehmlassungsverfahren

Sehr geehrte Frau Bundesrätin Keller-Sutter, sehr geehrte Damen und Herren

Wir beziehen uns auf Ihr Schreiben vom 19. August 2020 und danken Ihnen für die Einräumung der Möglichkeit, zur Revision des Obligationenrechts (Baumängel) eine Stellungnahme einzureichen. Gerne nehmen wir diese Gelegenheit wahr und lassen Ihnen nachfolgend unsere Vernehmlassung zukommen:

Der Schweizerische Maler- und Gipserunternehmer-Verband (SMGV) ist der Berufs- und Arbeitgeberverband des schweizerischen Maler- und Gipserunternehmergewerbes. Er vertritt derzeit die Interessen von rund 2000 Maler- und Gipserbetrieben der deutschen, französischen und italienischen Schweiz, welche rund 10'000 Arbeitnehmer beschäftigen.

1. Allgemeine Bemerkungen

Der SMGV begrüsst, dass der Bundesrat auf eine Totalrevision des Werkvertragsrechts verzichtet und stattdessen eine punktuelle Revision erfolgen soll. Auch der SMGV ist der Ansicht, dass das geltende Bauvertragsrecht grundsätzlich praxistauglich und ausgewogen ist.

Insbesondere bestehen mit den Normen des Schweizerischen Ingenieur- und Architektenvereins (SIA) vorformulierte private Regelwerke, welche in der Praxis häufig - anstatt der gesetzlichen Regelungen - zum Einsatz kommen. Es handelt sich hierbei um eine umfassende Regelung von Bauwerkverträgen, welche das gesetzliche Werkvertragsrecht ergänzt und teilweise abändert. Grund für die Verbreitung solcher privater Regelwerke dürfte mitunter darin bestehen, dass die gesetzliche Regelungsdichte sehr dünn ist und in der Praxis erheblicher Bedarf nach präzisen und situativ angepassten vertraglichen Abreden zwischen den Parteien besteht. Vor

diesem Hintergrund hat das Gesetzesrecht zugunsten von vertraglichen Abreden an Bedeutung eingebüsst und kommt in vielen Fällen nicht zur Anwendung.

Zusammenfassend nehmen wir zur Vorlage wie folgt Stellung:

- Der SMGV begrüsst, dass keine Totalrevision des Werkvertragsrechts sondern lediglich eine punktuelle Revision angestrebt wird.
- Der SMGV ist der Ansicht, dass mit der SIA-Norm 118 für die Bauherrschaft bereits heute ein wirksames vertragliches Instrument besteht.
- Der SMGV sieht grundsätzlich keine Notwendigkeit, die Rügefrist auf 60 Tage festzulegen, zumal die Rügefrist ohnehin vertraglich verlängert werden kann. Der SMGV könnte allenfalls eine kürzere Rügefrist von 20 bis höchstens 30 Tagen akzeptieren. Gleichzeitig ist die Schadenminderungspflicht der Bauherrschaft gesetzlich zu verankern.
- Der SMGV begrüsst das unabdingbare Nachbesserungsrecht auf privaten Bauten für den persönlichen oder familiären Gebrauch, sofern auch dem Unternehmer zunächst einzig das Recht auf Nachbesserung zugesprochen wird.
- Der SMGV begrüsst die Bestimmbarkeit der Sicherheitsleistung mit Bezug auf den Verzugszins.
- Der SMGV sieht keinen weiteren Handlungsbedarf bezüglich des Bauhandwerkerpfandrechts.

2. Rügefrist

Keine Notwendigkeit einer Rügefrist von 60 Tagen

Grundsätzlich sieht der SMGV keine Notwendigkeit, die Rügefrist zur Geltendmachung von Mängeln auf 60 Tage festzusetzen.

Der SMGV erachtet die Rügefrist von 60 Tagen als reine Konsumentenschutzbestimmung. Es geht unseres Erachtens nicht an, lediglich einseitige Bestimmungen zulasten der Unternehmer einzuführen. Wie bereits eingangs festgehalten, sind wir der Auffassung, dass die gesetzlichen Bestimmungen ausgewogen sind und auch in Zukunft ausgewogen bleiben sollen. Der Besteller eines Werkes wurde bisher durch diese bestehenden Regelungen in keiner Weise benachteiligt.

Gemäss geltendem Recht hat der Besteller die Sache nach Ablieferung zu prüfen und allfällige Mängel gegenüber dem Unternehmer zu rügen. Erkennbare Mängel (offene Mängel) sind sofort nach Abschluss der Prüfung zu rügen; Mängel, welche bei der gesetzlich vorgeschriebenen Prüfung nicht erkennbar waren (versteckte Mängel) sind sofort nach ihrer Entdeckung zu rügen. Bei der Beurteilung, ob die Rüge rechtzeitig erfolgt ist, muss auf die konkreten Umstände des Einzelfalls, insbesondere auf die Art der Mängel, abgestellt werden. Als Richtwert gilt gemäss bundesgerichtlicher Praxis eine Frist von sieben bis 10 Tagen. Wenn es sich um einen Mangel handelt, bei dem die Gefahr besteht, dass ein Zuwarten zu einem grösseren Schaden führt, kann nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung sogar eine kürzere Frist geboten sein. Dies alleine zeigt schon, dass eine relativ kurze Rügefrist geboten ist, um weiteren Schaden zu vermeiden.

Die Bestimmungen sind dispositiver Natur, was bedeutet, dass es zulässig ist, kürzere oder längere Fristen zu vereinbaren. Alleine vor diesem Hintergrund **sehen wir grundsätzlich keinen Bedarf dafür, die Rügefrist im Gesetz auf ganze 60 Tage zu verlängern**, zumal auch vertraglich bereits eine längere Rügefrist vereinbart werden kann. So sieht beispielsweise die SIA-Norm 118 in Art. 172 Abs. 1 eine längere Rügefrist von zwei Jahren vor, wobei (im Falle einer Abnahme) offensichtliche (augenfällige Mängel) auch hier sofort zu rügen sind (vorallem um weiteren Schaden zu vermeiden).

Für unsere Mitglieder ist es zudem von zentraler Bedeutung, dass sie im Interesse der Rechtsicherheit eine rasche Klarstellung der tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse haben. Die Unternehmer möchten deshalb jeweils möglichst bald Gewissheit darüber haben, ob das Werk genehmigt wird oder nicht. Eine Verlängerung der Rügefrist auf 60 Tage sorgt in diesem Zusammenhang für Rechtsunsicherheit.

Eine Anpassung der Rügefrist auf 20 bis höchstens 30 Tage wäre ausreichend

Sollte die Rügefrist trotz allem angepasst werden, erachtet der SMGV eine moderate Anpassung der Rügefrist auf 20 bis allerhöchstens 30 Tagen als völlig genügend. Eine 60-tägige Frist ist für vertragsrechtliche Angelegenheiten zudem unüblich.

Forderung einer gesetzlichen Schadenminderungspflicht des Bauherrn im Falle einer Verlängerung der Rügefrist

Ganz unabhängig davon, ob die Rügefrist auf lediglich 20 bis 30 oder 60 Tage erhöht wird, ist es für unsere Mitglieder von zentraler und eminenter Bedeutung und Wichtigkeit, dass im Falle einer Verlängerung der bestehenden Rügefrist **eine gesetzliche Schadenminderungspflicht des Bauherrn statuiert wird**, allenfalls analog der Bestimmung von Art. 173 Abs. 2 der SIA Norm 118. Diese hält u.A. fest, dass der Bauherr, der einen Mangel, welcher "zur Vermeidung weiteren Schadens unverzüglich behoben werden müsste" nach Entdeckung nicht sofort rügt, den weiteren Schaden zu tragen hat, der bei einer sofortigen Behebung des Schadens hätte vermieden werden können.

Insbesondere im Falle einer Rügefrist von 60 Tagen haben die Werkbesteller deshalb ihre Schadenminderungspflicht zu berücksichtigen. Es handelt sich hierbei um einen allgemeinen Rechtsgrundsatz, welcher die allgemeine Pflicht zur schonenden Rechtsausübung konkretisiert (Art. 2 Abs. 1 ZGB) und bei der Schadensberechnung die Berücksichtigung des Selbstverschuldens des Geschädigten verlangt.

Nicht nur muss der Unternehmer davor geschützt werden, für die durch einen weiterfressenden Mangel entstandenen Schäden in Anspruch genommen zu werden, welche durch eine frühe Mängelrüge hätten vermieden werden können, sondern auch für weiteren Schadensaufwand, welcher hätte vermieden werden können, wenn der Bauherr seiner Abnahmeobligenheit (gemäss SIA-Norm 118) nachgekommen wäre.

Gerne untermauern wir diese Ausführungen mit einem in der Praxis relativ häufig vorkommenden **Beispiel**: Werden z.B. unebene bzw. schlecht verarbeitete Decken eines Gipsers nicht

sofort gerügt, obschon diese (z.B. im Rahmen einer Abnahme nach SIA-Norm 118) ohne Weiteres hätten gerügt werden können, hat dies zur Folge, dass der Gipser, welcher tatsächlich ein mangelhaftes Werk abgeliefert hat, in der Folge die Kosten für die Malerarbeiten sowie für das Abdecken oder zügeln von Möbeln sowie (wenn es ungünstig läuft) auch noch die Kosten einer Mietwohnung für die Bauherrschaft zu übernehmen hat.

Würde die Rügefrist gesetzlich verlängert, (auch nur auf 20 Tage), hätte dies die gleichen Konsequenzen, wie bei einer "unterlassenen Abnahme" durch die Bauherrschaft gemäss der SIA-Norm 118.

Eine gesetzliche Schadensminderungspflicht der Bauherrschaft ist deshalb zwingend zu verankern, ansonsten der Unternehmer von der Willkür der Bauherrschaft abhängig wäre und massiv benachteiligt würde.

Negative Auswirkungen auf die Zahlungsmoral der Bauherren sowie auf das Einbringen der Werklohnforderung durch den Unternehmer

Gemäss Art. 372 Abs. 1 OR hat der Besteller die Vergütung bei der Ablieferung des Werkes zu bezahlen. Auch wenn sich in Zukunft grundsätzlich nichts an dieser Bestimmung ändert, ist mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit mit einer massiven Verschlechterung der Zahlungsmoral der Bauherren zu rechnen.

Bereits zum heutigen Zeitpunkt wird es immer schwieriger für (unsere) Unternehmer die gesamte Werklohnsumme bei Ablieferung ihres Werkes innerhalb einer vernünftigen Frist einzubringen.

Zahlreiche Bauherren "feilschen" und sind z.T. aus diffusen Gründen nicht bereit, die volle Werkvertragssumme zu bezahlen. Ausnahmslos werden in solchen Fällen "Mängel" geltend gemacht, welche nicht existieren oder schon längst hätten geltend gemacht werden können. (Unsere) Unternehmer sind grundsätzlich daran interessiert, eine gute Reputation zu hinterlassen und dafür bekannt, Mängel auch dann zu beheben, wenn diese verspätet gerügt wurden. Allerdings besteht in solchen Fällen für den Unternehmer die berechtigte Möglichkeit "unangenehme" Bauherren darauf hinzuweisen, dass die Rügefristen grundsätzlich verpasst wurden und der offene Betrag deshalb zu bezahlen sei.

Diese (ultra ratio) Option des Unternehmers wird mit einer neuen Regelung einer Rügefrist von 60 Tagen abgeschnitten bzw. verunmöglicht und das Einbringen seiner Forderung damit massiv erschwert.

Es darf zudem nicht übersehen werden, dass dem Unternehmer gemäss der gesetzlichen Regelung **kein Recht auf Akontoforderungen** gegenüber der Bauherrschaft zusteht, was dazu führt, dass vielfach nicht nur ein Teil der ausstehenden Summe sondern der gesamte Werklohn zurückbehalten wird, auch wenn nur untergeordnete Mängel geltend gemacht werden.

In der Alltagspraxis ist von folgendem Szenario auszugehen: Solange Mängel vorhanden sind, bezahlt die Bauherrschaft nicht (oder behält zumindest eine grössere Summe des Werklohns

zurück). Solange solche Mängel nicht mehr sofort gerügt werden müssen, wird eine Bauherrschaft dies auch nicht tun, sondern bis zum Ablauf der 60-tägigen Rügefrist zuwarten. Damit wird aber nicht nur das Einbringen der Werklohnforderung durch den Unternehmer massiv erschwert, sondern auch die Einhaltung der 4-Monatsfrist zur Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts wird knapp.

Mit der Einführung der neuen Regelung einer Rügefrist von 60 Tagen müsste u.E. zumindest ein Verweis auf Art. 372 OR erfolgen, welcher statuiert, dass die Fälligkeit des Werklohns auch unabhängig von der Mängelfreiheit des Werkes mit der Ablieferung eintritt.

Zusammenfassend sind wir der Ansicht, dass eine Rügefrist von 60 Tagen nicht notwendig und auf jeden Fall zu lange ist. Falls die Rügefrist zahlenmässig im Gesetz zu erwähnen ist, scheint uns eine Frist von 20-30 Tagen auch für die (private) Bauherrschaft angemessen und verhältnismässig. Gleichzeitig sollte im Gesetz die Schadenminderungspflicht der Bauherrschaft, sowie der Verweis auf Art. 372 OR ausdrücklich erwähnt werden.

Unklarheit betreffend Prüfungs- und Abnahmepflicht

In diesem Zusammenhang sollte unseres Erachtens auch die im Gesetz genannte Prüfungs- und Abnahmepflicht genauer betrachtet werden. Im Gesetz heisst es diesbezüglich weiterhin, dass der Besteller nach Ablieferung des Werkes - sobald es nach dem üblichen Geschäftsgang tunlich ist - die Beschaffenheit zu prüfen und den Unternehmer über allfällige Mängel in Kenntnis zu setzen hat (Art. 367 Abs. 1 OR).

Dem Gesetz kann allerdings nicht entnommen werden, was unter der Formulierung "sobald es nach dem üblichen Geschäftsgang tunlich ist" zu verstehen ist. Der Unternehmer hat jedoch ein Interesse daran, dass das abgelieferte Werk durch den Besteller zeitnah geprüft wird. Im Sinne der Rechtssicherheit sollte der Unternehmer rasch wissen, ob das Werk genehmigt wird oder nicht.

Mit der beabsichtigten Verlängerung der Rügefrist auf 60 Tage sowie der ungenauen Formulierung betreffend Prüfungs- und Abnahmepflicht kann sich der Bauherr jedoch - nach unserer Auffassung - unangemessen lange Zeit lassen, eine Prüfung des Werkes vorzunehmen, was eventuell auch im Sinne einer "Hinhaltenaktik" zu verstehen ist und offensichtliche Mängel erst vor Ablauf der 60-tägigen Frist geltend machen.

Der SMGV ist deshalb der Auffassung, dass mit Bezug auf die Prüfungs- und Abnahmepflicht zwischen offensichtlichen, erkennbaren und verdeckten Mängeln unterschieden werden muss. Die verschiedenen Arten von Mängeln erfordern unseres Erachtens auch eine differenzierte gesetzliche Regelung.

So sind beispielsweise augenfällige, offensichtliche Mängel unverzüglich zu rügen, d.h. unmittelbar nach der formellen Übergabe des Werkes oder - falls eine Abnahme stattfindet - anlässlich dieser.

Folglich bedarf es auch in Bezug auf die Prüfungs- und Abnahmepflicht seitens der Bauherrschaft eine konkretere gesetzliche Bestimmung im OR.

Wir schlagen deshalb mit Bezug auf die Rügefrist sowie die Schadenminderungspflicht folgende Formulierungen vor:

Art. 367 OR

¹Nach Ablieferung des Werkes hat der Besteller sobald es nach dem üblichen Geschäftsgang tunlich ist, dessen Beschaffenheit zu prüfen und den Unternehmer von allfälligen Mängeln in Kenntnis zu setzen. Die Frist für die Mängelrüge beträgt bei einem unbeweglichen Werk 20 Tage.

^{1bis}Die Frist besteht auch für Mängel, die zur Vermeidung weiteren Schadens unverzüglich behoben werden müssen. Wird der Mangel vom Bauherrn nicht sofort nach Entdeckung gerügt, hat er den weiteren Schaden selbst zu tragen, der bei unverzüglicher Behebung des Mangels hätten vermieden werden können.

²(...)

Art. 370 OR

¹⁻³(...)

⁴Die Frist besteht auch für Mängel, die zur Vermeidung weiteren Schadens unverzüglich behoben werden müssen. Wird der Mangel vom Bauherrn nicht sofort nach Entdeckung gerügt, hat er den weiteren Schaden selbst zu tragen, der bei unverzüglicher Behebung des Mangels hätten vermieden werden können.

3. Unabdingbares Nachbesserungsrecht bei privaten Bauten für den persönlichen oder familiären Gebrauch

Der SMGV begrüsst die punktuelle Revision dahingehend, als dass das Nachbesserungsrecht lediglich für private Bauten für den persönlichen oder familiären Gebrauch vorgeschrieben wird und nicht etwa auch für Bauten, welche beruflichen oder gewerblichen Zwecken dienen. Das werkvertragliche Nachbesserungsrecht bleibt somit grundsätzlich dispositiver Natur.

Gemäss Art. 169 Abs. 1 der SIA-Norm 118 hat der Bauherr zunächst das einzig das Recht auf unentgeltliche Nachbesserung des Werkes. Dies bedeutet, dass der Bauherr vorweg auch dem Unternehmer zwingend ein Nachbesserungsrecht zugestehen muss. Wir sind ebenso der Auffassung, dass für Unternehmer die Nachbesserung häufig die günstigste und somit mildeste Variante darstellt.

Der SMGV ist deshalb für den Fall, dass das Nachbesserungsrecht bei privaten Bauten für den persönlichen oder familiären Gebrauch unabdingbar gestaltet wird, klar der Ansicht, dass im Gegenzug auch für den Unternehmer zwingend (und vorweg) das Nachbesserungsrecht als zunächst einziges Recht im Gesetz aufgenommen werden muss. Erst dann ist ein ausgewogener Ausgleich feststellbar, welcher den Interessen beider Parteien nachkommt und auch mit der Bestimmung von Art. 169 der SIA-Norm 118 kompatibel ist.

Wir schlagen deshalb folgende Formulierung vor:

Art. 368 OR

¹⁻² (...)

^{2bis} Eine zum Voraus getroffene Verabredung, wonach der Anspruch auf unentgeltliche Verbesserung eingeschränkt oder ausgeschlossen wird, ist ungültig, wenn der Mangel eine Baute betrifft, die für den persönlichen oder familiären Gebrauch des Bestellers bestimmt ist und dem Unternehmer nicht zunächst einzig das Recht zur Beseitigung des Mangels innerhalb angemessener Frist eingeräumt wird.

³ (...)

4. Bauhandwerkerpfandrecht

Sicherheitsleistung

Das Gesetz sieht vor, dass der Eigentümer die Eintragung des Pfandrechts im Grundbuch abgeben kann, indem er für die Forderung des Unternehmers "hinreichende Sicherheit" leistet (Art. 839 Abs. 3 ZGB). Damit eine Ersatzsicherheit als hinreichend geltend kann, muss sie gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts qualitativ und quantitativ die gleiche Sicherheit bieten wie das Bauhandwerkerpfandrecht. In quantitativer Hinsicht bietet das Bauhandwerkerpfandrecht dem Gläubiger Sicherheit für die Kapitalforderung und die Verzugszinsen. Das Bundesgericht hat festgehalten, dass die Verzugszinsen ihrerseits zeitlich nicht limitiert seien (Art. 104 OR). Diese Rechtsprechung führt dazu, dass die Höhe der Ersatzsicherheit aufgrund der theoretisch unendlichen Laufzeit der Verzugszinse nicht zum Voraus bestimmbar ist. In der Praxis ist es deshalb kaum möglich, das Bauhandwerkerpfandrecht durch eine Bankgarantie oder eine Realsicherheit abzulösen.

Der SMGV begrüsst die Revision hinsichtlich Art. 839 ZGB. Durch die Konkretisierung des Verzugszinses für die Dauer von zehn Jahren wird der Umfang der Ersatzsicherheit bestimmbar. In Anbetracht dessen, dass die Beanspruchung einer Bankgarantie in der Regel wohl einfacher und innert kürzerer Frist möglich ist als die Verwertung eines Grundpfandes, kommt die neue Regelung somit auch den Gläubigern zugute.

5. Weiterer Revisionsbedarf ?

Die Schwierigkeit besteht darin, dass lediglich zwischen Hauptunternehmer und Bauherrschaft ein Vertragsverhältnis besteht, nicht jedoch zwischen Subunternehmer und Bauherrschaft.

Nicht selten wird die Bauherrschaft vom Hauptunternehmer nicht einmal darüber informiert, dass dieser einen Subunternehmer zuzieht, welchem gegenüber dem Liegenschaftseigentümer ebenso ein gesetzliches Bauhandwerkerpfandrecht zusteht. Dies kann im Falle der Zahlungsunfähigkeit des Hauptunternehmers dazu führen, dass der Bauherr doppelt zur Kasse gebeten wird.

Einzigste Sicherheit für Subunternehmer

Für den Subunternehmer stellt das Bauhandwerkerpfandrecht das einzige Druckmittel sowie die alleinige Sicherheit dar, um eine drohende existentielle (finanzielle) Notlage im Falle der Zahlungsunfähigkeit des Hauptunternehmers abzuwehren.

Bereits bestehende Schutzmassnahmen für Bauherren

Für den Bauherren bestehen bereits zum heutigen Zeitpunkt diverse Schutzmassnahmen um eine mögliche Doppelzahlung zu vermeiden: Eine doppelte Inanspruchnahme des Bauherren lässt sich u.A. z.B. dadurch vermeiden, dass der Bauherr gegenüber dem Hauptunternehmer erst dann zahlt, wenn dieser nachweist, dass seine Subunternehmer befriedigt sind oder vereinbart wird, dass direkte Zahlungen an den Subunternehmer mit befreiender Wirkung gegenüber dem Hauptunternehmer geleistet werden können. Ebenso wären neben anderen Möglichkeiten eine Garantieleistung einer Bank oder Versicherung in Betracht zu ziehen.

Pfandrecht nur bei Kenntnis der Bauherrschaft vom Subunternehmer?

Nein! Es ist nicht einzusehen, weshalb ein Subunternehmer, der mit der Bauherrschaft nicht einmal in einem Vertragsverhältnis steht, diese über seine Arbeit an der Liegenschaft orientieren sollte. Auch ist der bauunerfahrenen Bauherrschaft mit einer einfachen Information nicht gedient. Sie müsste diesbezüglich auch über die Gefahr einer allfälligen Doppelzahlung orientiert werden. Spätestens in diesem Zeitpunkt würde im Falle einer Zustimmung eine vertragliche Vereinbarung mit dem Hauptunternehmer fällig. Des Weiteren darf nicht übersehen werden, dass es sich für einen Subunternehmer im Einzelfall sehr schwierig gestalten kann, den Liegenschaftsbesitzer ausfindig zu machen, der mit der Bauherrschaft nicht in jedem Fall übereinstimmen muss.

Wenn schon, wäre es **Aufgabe des Hauptunternehmers den Bauherrn über Arbeiten eines allfälligen Subunternehmers auf den Baustellen zu orientieren**. Er ist grundsätzlich "verpflichtet, das Werk persönlich auszuführen oder unter seiner persönlichen Leitung ausführen zu lassen, mit Ausnahme der Fälle, in denen es nach der Natur des Geschäftes auf persönliche Eigenschaften des Unternehmers nicht ankommt" (Art. 364 Abs. 2 OR). Grundsätzlich wäre somit eine Sanktionierung oder ein Durchgriff beim Hauptunternehmer zu diskutieren, insbesondere dann, wenn Liquiditätsprobleme bestehen und er damit rechnen muss, dass er einen allfälligen Subunternehmer nicht zahlen können.

SMGV sieht keinen notwendigen Handlungsbedarf

Zumal die heutige gesetzlich Regelung einem Unternehmer grundsätzlich ohne Weiteres den Zuzug eines Subunternehmers ermöglicht, würde eine diesbezügliche Änderung des Gesetzes lediglich zu unnötigen Erschwerungen und verzögerten Bauabläufen führen, die weitere Probleme nach sich ziehen. Insbesondere ist für den Subunternehmer auch unverständlich, weshalb

er - zumal mit der Bauherrschaft keinerlei Vertragsbeziehung besteht - deren Einverständnis für seine Arbeiten abzuwarten hat. Im Übrigen sei nochmals erwähnt, dass das Bauhandwerkerpfandrecht den Grundstückseigentümer betrifft, welcher nicht zwingend identisch mit dem Bauherrn sein muss.

Zusammenfassend sieht der SMGV in diesem Bereich keinen gesetzgeberischen Handlungsbedarf.

Wir ersuchen Sie höflich um Berücksichtigung der vorgenannten Ausführungen in der Revision des Obligationenrechts (Baumängel) und stehen Ihnen bei Fragen oder Unklarheiten gerne für Gespräche zur Verfügung.

Freundliche Grüsse

Schweizerischer Maler- und
Gipserunternehmer-Verband


Sascha Fopp
Bereichsleiter Rechtsdienst


Colette Lehmann
Rechtsanwältin



Eidgenössisches Justiz- und
Polizeidepartement EJPD
Frau Bundesrätin Karin Keller-Sutter
3003 Bern

Per Mail: zz@bj.admin.ch

Bern, 30. November 2020

Vernehmlassung zur Revision des Obligationenrechts (Baumängel)

Sehr geehrte Frau Bundesrätin
Sehr geehrte Damen und Herren

Wir danken Ihnen bestens für die Gelegenheit, zur Revision des Obligationenrechts Stellung nehmen zu können. Der Schweizerische Städteverband vertritt die Städte, städtischen Gemeinden und Agglomerationen in der Schweiz und damit gut drei Viertel der Schweizer Bevölkerung.

Allgemeine Einschätzung

Unsere Mitgliederstädte stellen fest, dass die vorgeschlagenen Änderungen des Obligationenrechts die Städte in ihrer Rolle als Bauherren nur marginal betreffen. Die Städte wenden in der Regel die Musterverträge der Koordinationskonferenz der Bau- und Liegenschaftsorgane der öffentlichen Hand (KBOB) an. Darin wird die SIA-Norm 118 für anwendbar erklärt, womit unter anderem deutlich längere Anzeigefristen für Mängel gelten.

Konkrete Anliegen

Wir beantragen daher, die obligationenrechtlichen Regelungen in einigen Punkten stärker an die Praxis im öffentlichen Bauwesen anzugleichen.



Anträge

- **OR Art 367 Abs.1 zweiter Satz und Art 370 Abs. 3 zweiter Satz:**
Wir beantragen eine Frist von 120 Tagen.

Begründung:

In den allermeisten Fällen kommen in Baumängelstreitigkeiten private Regelwerke zur Anwendung, insbesondere die SIA-Norm 118, nicht das Obligationenrecht (vgl. Bericht, S. 19). Will man den erkannten Missstand, dass die Bauherren im Falle von Baumängeln oft ungenügend geschützt sind, beheben, muss man somit zwingende (oder zumindest relativ zwingende) Vorschriften erlassen. Die vorliegende Gesetzesrevision muss entsprechend abgeändert werden, soll sie nicht zur Farce verkommen.

Die vom Bundesrat vorgeschlagene, verlängerte Rügefrist ist als relativ zwingende Regelung auszugestalten. Gleichzeitig ist die Frist deutlich zu verlängern. 60 Tage reichen nicht aus für komplexe Abklärungen oder Expertisen. Gerade in teuren Fällen wird aber ein Unternehmer behaupten, der Bauherr habe bereits vor diesen Abklärungen genügend Kenntnisse für eine Mängelrüge gehabt und somit die Mängelrechte verwirkt. Mit dieser simplen Behauptung schafft er für einen nachfolgenden Rechtsstreit eine gewisse Rechtsunsicherheit und erhöht das Prozessrisiko des Bauherrn. Dies wiederum, bewirkt einen für den Bauherrn ungünstigeren Vergleichsvorschlag des Gerichts. Aus diesem Grund ist die Rügefrist auf mindestens 120 Tage zu verlängern. Die Regelung ist so auszugestalten, dass die Frist durch vertragliche Bestimmungen verlängert, nicht aber verkürzt werden kann.

- **OR Art. 368 Abs. 2bis**

Eine zum Voraus getroffene Verabredung, wonach der Anspruch auf unentgeltliche Verbesserung eingeschränkt oder ausgeschlossen wird, ist ungültig, ~~wenn der Mangel eine Baute betrifft, die für den persönlichen oder familiären Gebrauch des Bestellers ist.~~

Begründung:

Die vertragliche Wegbedingung von Mängelrechten (unter Abtretung der Mängelrechte des Unternehmers gegenüber seinen Subunternehmern) ist weitverbreitet. Der Bundesrat beschreibt in seinem Bericht über mehrere Seiten die zahlreichen Probleme, die mit dieser Praxis einhergehen. Es gibt keinen Grund, öffentlichen Bauherrinnen und dem Gewerbe den Schutz vor den entsprechenden Vertragsklauseln zu versagen. Nicht nur Laien, sondern auch Fachpersonen, können die Problematik solcher Klauseln nicht oder nur ungenügend erkennen, sollten sie nicht zufälligerweise mit dem Baumängelrecht näher vertraut sein. Auch Städte und Gemeinden, KMU, Pensionskassen, Genossenschaften, usw. verdienen den Schutz vor solch stark nachteiligen, vom Bundesrat sogar als dysfunktional und missbräuchlich bezeichneten Klauseln (vgl. Bericht S. 29).



► **Anpassung des Zivilgesetzbuches:**

Die Möglichkeiten zur Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts sind zu beschränken. Generell sollte das Pfandrecht nur für Leistungen greifen, die von Subunternehmern erbracht wurden, von denen der Bauherr/Grundeigentümer oder dessen Vertreter Kenntnis hatten.

Begründung:

Die momentane Regelung ist für die Bauherren stossend, da sie zu einer ungerechtfertigten, massiven Besserstellung der Bauunternehmer gegenüber den Bauherrn bzw. Grundeigentümern führt. Wie der Bericht ausführt, besteht für die Bauherren/Grundeigentümer laufend die Gefahr einer Doppelzahlung (Bericht, S. 31).

Um diesen Missstand zu beheben, bräuchte es deshalb eine Beschränkung der Eintragungsbefugnis. Es sollten nur diejenigen Subunternehmer ein Bauhandwerkerpfandrecht eintragen können, deren Bezug entweder vertraglich vereinbart oder vom Grundeigentümer/Bauherrn/Vertreter zumindest genehmigt wurde

► **Anpassung des Zivilgesetzbuches:**

Bei Zahlungsschwierigkeiten des Unternehmers soll es dem Bauherrn möglich sein, sich mittels Direktzahlung an den Subunternehmer von seiner Schuld zu befreien.

Wenn der Bauherr Kenntnis von Zahlungsschwierigkeiten des Unternehmers oder von schwerwiegenden Differenzen zwischen Unternehmer und Subunternehmer / Lieferant hat, sollte ihm die Möglichkeit zustehen, sich mit einer Direktzahlung an die Subunternehmer / Lieferanten von seiner Schuld befreien zu können. Diese Regelung kann am KBOB-Werkvertrag angelehnt werden, vgl. hierzu den KBOB-Werkvertrag, Ziff. 11:

Direktzahlung an Subunternehmer / Hinterlegung

(Ergänzung von Art. 29 Abs. 1 der Norm SIA 118 [2013])

Bei Zahlungsschwierigkeiten des Unternehmers, bei schwerwiegenden Differenzen zwischen Unternehmer und Subunternehmer/Lieferanten oder bei Vorliegen anderer wichtiger Gründe, kann der Bauherr nach vorheriger Anhörung der Beteiligten einen Subunternehmer oder Lieferanten direkt bezahlen oder den Betrag auf Kosten des Unternehmers/Lieferanten hinterlegen, beides mit befreiender Wirkung gegenüber dem Unternehmer. In jedem Fall gibt der Bauherr dem Unternehmer davon schriftlich Kenntnis.

Diese Lösung hat insbesondere den Vorteil, dass der Bauherr die Gefahr der Doppelzahlung mindern kann.

Wir danken Ihnen für die Berücksichtigung unserer Anliegen.



Freundliche Grüsse

Schweizerischer Städteverband

Präsident

Kurt Fluri, Nationalrat
Stadtpräsident Solothurn

Direktorin

Renate Amstutz

Kopie Schweizerischer Gemeindeverband

Zürich, 20. November 2020

suissetec, Postfach, CH-8021 Zürich

Bundesamt für Justiz
Bundesrain 20
3003 Bern

Unsere Referenz

Nicolas Spörri, MLaw, Rechtsanwalt
+41 43 244 73 22
nicolas.spoerri@suissetec.ch

Per E-Mail an: zz@bj.admin.ch

Revision des Obligationenrechts (Baumängel): Vernehmlassungsantwort

Sehr geehrte Frau Bundesrätin
Sehr geehrte Damen und Herren

Unserem Verband gehören rund 3'500 Unternehmungen aus den Branchen Sanitär, Spenglerei/Gebäudehülle, Heizung, Klima/Kälte, Lüftung, Rohrleitungsbau/Werkleitungen sowie Solarinstallationen an. In diesen Unternehmungen bestehen rund 50'000 Arbeitsverhältnisse, wobei die Arbeitnehmenden unserer Hersteller-Lieferanten in dieser Zahl nicht enthalten sind.

Als Teil des Baunebengewerbes, sind unsere Mitglieder von der Teilrevision des Rechts über die Haftung für Baumängel direkt betroffen. Aus diesem Grund machen wir hiermit gerne von der Möglichkeit zur Stellungnahme Gebrauch.

1. Rügefrist

Die kurze Rügefrist - die bundesgerichtliche Rechtsprechung legt einen Richtwert von 7 Tagen nah - ist aufgrund der zum Teil hohen Komplexität der Bauwerke tatsächlich sachlich nicht gerechtfertigt. Ein vollständiger Verzicht auf die Rügefrist, wie er im Revisionsprozess auch vorgebracht wurde, wäre jedoch zu weit gehend und für die Bauunternehmer bei offenen Mängeln hinsichtlich der Planungs- und Rechtssicherheit nachteilig. Mit der vorgeschlagenen 60-Tage-Frist wurde ein guter Mittelweg gefunden. Ohnehin bleibt die Rechtslage für Mängel, welche durch Zuwarten einen grösseren Schaden bewirken, unverändert: Diese sind aufgrund der allgemeine Schadensminderungspflicht nach wie vor unverzüglich zu rügen. Des Weiteren lässt die verlängerte Frist Zeit für eine detailliertere Beurteilung und somit differenziertere Rügen zu. Prophylaktische Rügen, welche nur dazu dienen die Frist zu wahren, können so vermindert werden. Ganz allgemein ist festzuhalten, dass die Relevanz der Revision für die Bauwirtschaft, aufgrund der weit verbreiteten Anwendung der SIA-Norm 118 und deren eigenen Regeln zur Mängelrüge, wohl eher begrenzt ist.

2. Nachbesserungsrecht für Erwerber von neu erstelltem Wohneigentum zur Eigennutzung

suissetec begrüsst ausdrücklich, dass das Nachbesserungsrecht für Mängel an Bauten, welche persönlichen oder familiären Zwecken dienen, unabdingbar sein soll. Der Ausschluss des Nachbesserungsrechts wird oftmals von grossen Generalunternehmern vertraglich durchgesetzt, welche gegenüber privaten

WIR, DIE GEBÄUDETECHNIKER

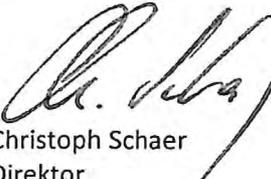
Bauherren oder Käufern ein Machtübergewicht haben. Dies führt regelmässig zu unbefriedigenden Situationen, welche dem guten Ruf der Bauwirtschaft schaden. Mit der hier vorgeschlagenen Regelung kann dies teilweise gemildert werden. Ausserdem kann durch die unabdingbare Verantwortung des Generalunternehmers für Werkmängel erreicht werden, dass dieser seine Subunternehmer hauptsächlich nach Qualitätskriterien auswählt und auf fragwürdige Anbieter, welche zu Dumpingpreisen offerieren, verzichtet. Dies wäre ein wünschenswerter Nebeneffekt für bessere Bauqualität und gegen den ungesunden Preisdruck in der Baubranche.

3. Recht auf Stellung einer Ersatzsicherheit anstelle des Bauhandwerkerpfandrechts

suissetec begrüsst, dass bei der Ersatzsicherheit die Voraussetzungen bezüglich der Deckung des Verzugszinses auf zehn Jahre präzisiert wurde. Durch diese Regelung wird Rechtssicherheit geschaffen, welche auch den Bauhandwerkern zugutekommt. Es ist nämlich zu hoffen, dass mit den nun klaren Voraussetzungen an die Ersatzsicherheit, der Gang zum Gericht öfters erspart bleibt und eine bilaterale Lösung – i.d.R. wohl eine Bankgarantie – gefunden werden kann.

Die vorliegende Revision des Baumängelrechts schafft punktuelle Verbesserungen, die verhältnismässig sind und das bewährte Recht nicht grundlegend verändern. suissetec unterstützt aus diesem Grund die Vorlage.

Freundliche Grüsse



Christoph Schaer
Direktor



Nicolas Spörri
Mitarbeiter Recht und Politik

Kopie an:

Bauenschweiz, Cristina Schaffner, Weinbergstrasse 5, 8006 Zürich
Schweizerischer Gewerbeverband sgV, Henrique Schneider, Schwarztorstrasse 26, 3001 Bern
AEE Suisse, Stefan Batzli, Falkenplatz 11, Postfach, 3001 Bern



Schweizerischer Verband der Bürgergemeinden und Korporationen
Fédération suisse des bourgeoisies et corporations
Federazione svizzera dei patriziati
Federaziun svizra da las vischnancas burgaisas e corporaziuns

Frau Bundesrätin
Karin Keller-Sutter
Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement
Bundeshaus West
3003 Bern

30. November 2020

Vernehmlassung: Revision des Obligationenrechts (Baumängel)

Sehr geehrte Frau Bundesrätin
Sehr geehrte Damen und Herren

Wir danken für die Möglichkeit zur Stellungnahme zur Vernehmlassung über die Revision des Obligationenrechts.

Der schweizerische Verband der Bürgergemeinden und Korporationen (SVBK) vertritt die Interessen der 15 Kantonalverbände, mit den rund 1650 öffentlich-rechtlichen Bürgergemeinden und Korporationen in der Schweiz.

Der SVBK begrüsst die vorgeschlagene Revision des Obligationenrechts. Die vorgesehene Verlängerung der Rügefrist bei Baumängeln, das Nachbesserungsrecht beim Kauf und der Neuerstellung von Wohneigentum sowie eine Konkretisierung bei Ersatzsicherheiten anstelle der Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts, wird von unserem Verband unterstützt.

Namentlich die Verlängerung der Rügefrist auf 60 Tage ist im Interesse der Bürgergemeinden und Korporationen, welche oftmals in der Rolle der Bauherren sind. Die 60 Tage bringen zum einen Rechtssicherheit und eine Angleichung an die SIA-Norm 118, zum andern ermöglichen sie, dass sich auch Milizgremien (Bürgergemeinderäte aber auch Gemeinderäte) mit einer möglichen Mängelrüge befassen können.

Freundliche Grüsse

Schweizerischer Verband der Bürgergemeinden und Korporationen

Georges Schmid
Präsident

Elias Maier
Geschäftsführer

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 ^{bis} VE-OR	Die Freizeichnung des Unternehmers in Kombination mit der Abtretung der Mängelrechte ist häufigste Ursache von Problemen mit Werkverträgen. 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. «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^{bis} 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

Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement (EJPD)
Bundesamt für Justiz (BJ)
Bundesrain 20
3003 Bern

Per Mail zugestellt an: zz@bj.admin.ch

Basel, 26. November 2020
A.098 | KR | +41 58 330 62 26

Stellungnahme der SBVg zur Revision des Obligationenrechts (Baumängel)

Sehr geehrte Damen und Herren

Wir beziehen uns auf die am 19. August 2020 eröffnete Vernehmlassung zur Revision des Bauvertragsrechts. Für die Gelegenheit zur Stellungnahme bedanken wir uns bestens. Gerne legen wir Ihnen nachfolgend unsere Position dar.

Die Schweizerische Bankiervereinigung (SBVg) begrüsst die Neuregelungen betreffend die Mängelrüge sowie die Wegbedingung des Nachbesserungsrechts. Beide Änderungen stellen sinnvolle und wesentliche Verbesserungen für den Bauherrn dar.

Insbesondere unterstützt die SBVg die vorgeschlagene Konkretisierung der Anforderungen an eine Ersatzsicherheit. Mit der vorgesehenen und als «Korrektur» des Bundesgerichtsentscheids 142 III 738 gedachten Befristung der Verzugszinsen kann der Umfang und damit auch der Preis einer Ersatzsicherheit wieder näher bestimmt werden. Diese Massnahme wird es dem Grundeigentümer erleichtern, Realsicherheiten und vor allem Bankgarantien als Ersatzsicherheiten zu stellen.

Aus Sicht der Branche sind die Verzugszinsen jedoch nicht auf zehn, sondern – in Anlehnung an die ordentliche Verjährungsfrist von Zinsen – auf 5 Jahre zu befristen. Eine solche Frist würde das Recht des Grundeigentümers, zwecks Abwendung der Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts eine Ersatzsicherheit zu leisten, weiter stärken. Insbesondere könnte der Grundeigentümer hinsichtlich der Bankgarantie von voraussichtlich günstigeren Konditionen profitieren. Auch dem Bauhandwerker bliebe bei einer fünfjährigen Frist genügend Zeit, um die

Bankgarantie im Bedarfsfall in Anspruch zu nehmen. Eine Schlechterstellung Dritter, ausgelöst durch die vorgeschlagene Verkürzung der Frist von zehn auf fünf Jahren, ist folglich nicht zu erwarten.

Wir bedanken uns für die Berücksichtigung unseres Anliegens und stehen für ergänzende Informationen gerne zur Verfügung.

Freundliche Grüsse
Schweizerische Bankiervereinigung



Dr. Markus Staub
Mitglied der Direktion
Leiter Regulierung



Remo Kübler
Mitglied des Kaders
Leiter Immobilienregulierung und Projekte

Per Mail (zz@bj.admin.ch)

Frau Bundesrätin
Karin Keller-Sutter
Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement
EJPD
Bundeshaus West
3003 Bern

Wirtschaftspolitik

Urs Meier
Ressortleiter Recht
Rechtsanwalt

Pfingstweidstrasse 102
Postfach
CH-8037 Zürich
Tel. +41 44 384 48 10
Fax +41 44 384 48 43
www.swissmem.ch
u.meier@swissmem.ch

Zürich, 25. November 2020 UM

Stellungnahme zur Revision des Obligationenrechts (Baumängel)

Sehr geehrte Frau Bundesrätin

Wir beziehen uns auf das vom Bundesrat am 19. August 2020 eröffnete Vernehmlassungsverfahren zur Revision des Obligationenrechts und nehmen die Möglichkeit der Stellungnahme gerne wahr.

Swissmem ist der führende Verband für KMU und Grossunternehmen der schweizerischen Maschinen-, Elektro- und Metall-Industrie (MEM-Industrie) und verwandter technologieorientierter Branchen. Swissmem fördert die nationale und die internationale Wettbewerbsfähigkeit ihrer rund 1'200 Mitgliedsfirmen durch eine wirkungsvolle Interessenvertretung, bedarfsgerechte Dienstleistungen, eine gezielte Vernetzung sowie eine arbeitsmarktgerechte Aus- und Weiterbildung der Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der MEM-Industrie.

Die Schweizer MEM-Industrie ist eine facettenreiche und innovative Hightech-Branche, die in sämtlichen Lebens- und Wirtschaftsbereichen leistungsstarke Lösungen anbietet. Sie erwirtschaftet 7% des Bruttoinlandproduktes (2019) und nimmt damit in der schweizerischen Volkswirtschaft eine Schlüsselstellung ein. Die Branche ist mit rund 325'000 Beschäftigten die grösste industrielle Arbeitgeberin der Schweiz und leistet mit Ausfuhren im Wert von CHF 68.3 Milliarden rund 30% der gesamten Güterexporte. 56% der ausgeführten Güter der MEM-Industrie werden in die EU exportiert.

Allgemeine Bemerkung

Aus grundsätzlichen Überlegungen stehen wir einem weiteren punktuellen Eingriff ins Obligationenrecht eher kritisch gegenüber. Denn die beabsichtigte Änderung greift einmal mehr in die Systematik des Vertragsrechts ein, um einige Einzelfälle zu legiferieren. Es finden Vermischungen zwischen den Vertragsarten statt, wie z.B. ein gesetzliches Nachbesserungsrecht im Kaufrecht (Grundstücke mit einer Baute). Auch der zentrale Punkt der Vorlage (Einführung einer Frist von 60 Tagen für die Mängelrüge bei einem

unbeweglichen Werk) weicht den Grundsatz der sofortigen Mängelrüge auf. Dies dürfte in der Praxis neue Fragen aufwerfen, welche man geneigt sein wird, wiederum durch Eingriffe ins OR zu regeln. Dieser Kreislauf führt dazu, dass im OR immer weniger eine (Rechts-) Systematik zu erkennen ist und das Recht für Laien immer schwieriger zu verstehen, geschweige denn anzuwenden ist.

Bemerkungen zu den Änderungen

1.) Verlängerung der Rügefristen

Wir anerkennen jedoch, dass die vom Gesetz geforderte sofortige Mängelrüge und die vom Bundesgericht aufgestellte Faustregel von sieben Tagen, sehr kurz sein kann. Hinzukommt, dass es sich um eine Verwirkungsfrist handelt, welche den Mängelanspruch untergehen lässt.

Wir sehen aber keinen Grund vom einen Extrem ins andere zu wechseln: die Frist von 60 Tagen ist deutlich zu lang. Gerade bei Bauwerken wird in der Regel ein weiterfressender Schaden vorliegen. In dieser langen Frist von 60 Tagen kann ein Schaden deutlich grösser und deutlich teurer werden. Wegen der Schadenminderungspflicht des Bauherrn wird sich ein Zuwarten auch zu seinen Ungunsten auswirken, womit die Vorlage die Situation desjenigen verschlechtert, der eigentlich damit geschützt werden sollte. Hinzukommt, dass der Bauherr innert der Rügefrist nichts beweisen muss, sondern vorerst nur behaupten kann.

Wir schlagen daher den Mittelweg einer 30-tägigen Frist vor. Wird innert dieser Frist nicht klar, bei welchem Unternehmer die Mängelrüge zu erheben ist, dann muss (wie bisher) die Rüge allen möglichen Mängelverursachern gegenüber erhoben werden.

Da auch Grossanlagen von unseren Mitgliedern «unbewegliche Werke» sein können, aber ausschliesslich Bauwerke von der Vorlage erfasst werden sollen, **schlagen wir vor, auch in den nArt. 367 Abs. 1 Satz 2 und nArt. 370 Abs. 3 Satz 2 von «Baute» (statt von «unbeweglichem Werk») zu sprechen.** Dies wäre konsistent zu den Änderungen im Grundstückskauf und im nArt. 368 Abs. 2bis OR.

2.) Nachbesserungsrecht beim Kauf und der Neuerstellung von Wohneigentum

Von dieser Änderung sind unsere Mitglieder kaum betroffen, weshalb wir hierzu keine Bemerkungen haben. Lediglich der Vollständigkeit halber: im begleitenden Bericht sollte von «verdeckten» statt von «versteckten» Mängeln die Rede sein.

3.) Konkretisierung der Anforderungen an eine Ersatzsicherheit anstelle der Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts

Die Änderung im Recht des Bauhandwerkerpfandrechts können wir nachvollziehen und haben hierzu keine Bemerkungen.

Wir möchten uns an dieser Stelle für die Möglichkeit der Stellungnahme und für die Berücksichtigung unserer Bemerkungen bestens bedanken.

Freundliche Grüsse



Stefan Brupbacher
Direktor



Urs Meier
Ressortleiter Recht

Procédure de consultation sur la révision du Code des obligations (défauts de construction)

La Faculté de droit, de sciences criminelles et d'administration publique de l'Université de Lausanne, se détermine comme suit sur l'avant-projet de révision du droit privé de la construction :

A. Garantie pour les défauts

La prolongation à 60 jours du délai d'avis pour les défauts en matière immobilière nous paraît appropriée et n'appelle pas de commentaire de notre part.

En revanche, l'avant-projet ne va pas assez loin en ce qui concerne les droits que confère la garantie pour les défauts. Au lieu de se limiter au seul domaine du droit de la construction, il est indispensable de se placer dans le cadre plus large de tous les contrats de vente ou d'entreprise :

- D'une part, il faut introduire à l'art. 206 CO un droit général à la réparation de la chose vendue, comme le prévoient déjà l'art. 46 CVIM et la plupart des législations étrangères. La nécessité d'accorder un tel droit à tous les acheteurs est du reste défendue de longue date par la doctrine relative aux art. 197 ss CO, dont on s'étonne que le rapport ne tienne pas compte (cf. p. ex. pour la doctrine récente : Yesim M. ATAMER/Mirjam EGGEN, Reformbedürfnigkeit des schweizerisches Kaufrechts – eine Übersicht, RSJB 153/2017, p. 731 ss, spéc. p. 766 ss ; BSK-HONSELL, art. 205 CO, N 5). Cette solution permettrait en plus d'harmoniser l'art. 206 CO avec l'art. 368 al. 2 CO et de simplifier la question des droits du créancier lorsque le contrat mêle des éléments de vente et d'entreprise (cf. p. ex. ATF 124 III 456).
- D'autre part, les règles sur la garantie pour les défauts doivent être impératives chaque fois que le contrat est B2C. En effet, les problèmes soulevés dans le rapport, à savoir le fait que les professionnels peuvent élaborer en droit positif des conditions générales systématiquement défavorables aux consommateurs (p. 22 du rapport) et l'insécurité juridique liée à l'art. 8 LCD (p. 28

du rapport) ne concerne pas seulement le droit la construction, mais beaucoup plus largement tous les contrats de vente ou d'entreprise B2C, qu'ils soient immobiliers ou mobiliers (dans ce dernier cas, cf. l'art. 21 de la *Directive (UE) 2019/771 du 20 mai 2019 relative à certains aspects concernant les contrats de vente de biens*, à prendre en compte, vu l'art. 141 al. 2 lit. a LParl). Cette solution permettrait aussi de supprimer l'incohérence du droit positif, qui prévoit un délai de prescription impératif à l'art. 210 al. 4 CO pour protéger les consommateurs, tout en permettant aux professionnels d'exclure les créances auxquelles se rattache ce délai (cf. ATAMER/EGGEN, p. 773).

B. Révision de l'art. 839 al. 3 CC

La révision importante du droit de l'hypothèque légale des entrepreneurs opérée en 2009 a curieusement passé à côté de la difficulté pratique soulignée par le rapport. Cette difficulté est pourtant réelle et peut effectivement en pratique constituer un obstacle à la fourniture de sûretés (exemple chiffré dans Rainer SCHUMACHER, *Das Bauhandwerkerpfandrecht*, 3^e éd. Zurich 2008, n. 1257 p. 451).

Sur le principe, il faut reconnaître la nécessité d'une révision de l'art. 839 al. 3 CC. Le délai de dix ans est relativement long, mais le choix du terme adéquat est une question politique.

Lorsque l'hypothèque légale inscrite, à titre provisoire ou définitif, est une hypothèque maximale au sens de l'art. 794 al.2 CC (cf. par ex. ATF 126 III 467, JdT 2001 I 193), l'intérêt moratoire est inclus déjà dans le plafond chiffré porté au registre foncier : il est dans un tel cas exclu de fournir en sus la garantie des mêmes intérêts pour dix ans alors qu'ils sont inclus dans le chiffre inscrit. C'est la raison pour laquelle il est indispensable d'ajouter au texte projeté une dernière phrase en fin d'alinéa 3 : « L'article 794 al.2 est au surplus réservé ».

Lausanne, le 27 novembre 2020



**Universität
Zürich** UZH

Rechtswissenschaftliches Institut

Universität Zürich
Lehrstuhl Prof. Dr. iur. Felix Uhlmann
Rämistrasse 74/33
CH-8001 Zürich
Telefon +41 44 634 42 26
Telefax +41 44 634 43 68
<http://www.rwi.uzh.ch/uhlmann>

STELLUNGNAHME

zu Handen

EIDGENÖSSISCHES JUSTIZ- UND POLIZEIDEPARTEMENT

betreffend

Revision des Obligationenrechts (Baumängel)

erstellt von

**DEN STUDIERENDEN DER UNIVERSITÄT ZÜRICH
(IM RAHMEN DER VORLESUNG RECHTSETZUNGSLEHRE)
UNTER DER LEITUNG VON
PROF. DR. FELIX UHLMANN**

INHALTSVERZEICHNIS

I	Allgemeine Bemerkungen	1
II	Anmerkungen zu Art. 219a VE-OR.....	2
1.	Frist für die Mängelrüge (Art. 219a Abs. 1 VE-OR)	2
2.	Unentgeltliche Verbesserung (Art. 219a Abs. 2 VE-OR)	3
3.	Verjährung (Art. 219a Abs. 3 VE-OR)	4
III	Anmerkungen zu Art. 367 Abs. 1 zweiter Satz VE-OR	4
IV	Anmerkungen zu Art. 368 Abs. 2 ^{bis} VE-OR.....	5
V	Anmerkungen zu Art. 370 Abs. 3 zweiter Satz VE-OR	6
VI	Anmerkungen zu Art. 839 Abs. 3 VE-ZGB.....	7



I ALLGEMEINE BEMERKUNGEN

- 1 Der Bundesrat hat an seiner Sitzung vom 19. August 2020 das EJPD beauftragt, die Revision des Obligationenrechts (Baumängel) in die Vernehmlassung zu geben. Gerne möchten wir von der Möglichkeit zur Stellungnahme Gebrauch machen.
- 2 Hintergrund dieser Stellungnahme bildet die Vorlesung Rechtsetzungslehre. Im Rahmen dieser Veranstaltung hatten 99 Masterstudierende die Aufgabe, sich zu einem realen Gesetzgebungsvorschlag zu äussern. Die Ihnen vorliegende Stellungnahme bündelt die Aussagen der Studierenden, berücksichtigt jedoch nicht jedes Einzelvotum.
- 3 Bitte beachten Sie, dass die in der Stellungnahme vertretene Auffassung nicht notwendigerweise die Auffassung des Unterzeichnenden oder der Universität Zürich wiedergibt.



II ANMERKUNGEN ZU ART. 219A VE-OR

1. Frist für die Mängelrüge (Art. 219a Abs. 1 VE-OR)

¹ Die Frist für die Mängelrüge beträgt beim Grundstückskauf 60 Tage. Mängel, die bei der Übungsgemässen Untersuchung nicht erkennbar waren, sind innert 60 Tagen nach ihrer Entdeckung zu rügen.

- 4 Der überwiegende Teil der Studierenden begrüsst die Konkretisierung der Frist auf 60 Tage für Mängelrügen bei unbeweglichen Sachen. Diese Anpassung komme insbesondere der Rechtsicherheit zugute. Die Überprüfung der Fristeinholung lasse sich vom Rechtsanwender, aber auch von den Gerichten, einfacher vornehmen; Auslegungsfragen würden damit reduziert. Die im erläuternden Bericht erwähnten Abgrenzungsfragen zwischen Grundstückskaufvertrag und Werkvertrag hätten – mindestens für die Frage nach der Fristenregelung – damit keine praktische Bedeutung mehr.
- 5 Aus redaktioneller Sicht führten die Studierenden an, dass in Art. 219a Abs. 1 zweiter Satz VE-OR die Frist von 60 Tagen vom Zeitpunkt «nach ihrer Entdeckung» beginnt, während Art. 370 Abs. 3 zweiter Satz VE-OR von Mängeln «ab ihrer Entdeckung» spricht. Diese Formulierung sei zu korrigieren, da der Gesetzgeber vermutlich dasselbe meine.
- 6 Weiter wurde für Art. 219a Abs. 1 zweiter Satz VE-OR angemerkt, dass der Passus «Mängel, die bei der Übungsgemässen Untersuchung nicht erkennbar waren» durch den präziseren und besser geeigneten Ausdruck des *versteckten Mangels* zu ersetzen sei. Dagegen wurde argumentiert, dass diese Passage wohl aus Art. 201 Abs. 2 OR übernommen wurde und die gewählte Gesetzesformulierung für versteckte Mängel deshalb aus systematischer Sicht korrekt gewählt wurde.
- 7 Betreffend die *60-tägige Rügefrist* wurde von den Studierenden zumeist ganz allgemein zu den Fristen Stellung genommen, ohne dabei thematisch zwischen Grundstückskäufen und unbeweglichen Werken zu unterscheiden. Daher sind ebenfalls analog die allgemeinen Ausführungen zur Rügefrist in Art. 367 Abs. 1



zweiter Satz VE-OR und Art. 370 Abs. 3 zweiter Satz VE-OR zu berücksichtigen.

2. Unentgeltliche Verbesserung (Art. 219a Abs. 2 VE-OR)

² Der Käufer eines Grundstücks mit einer Baute, die noch zu errichten ist oder weniger als ein Jahr vor dem Verkauf neu errichtet wurde, kann auch unentgeltliche Verbesserung verlangen. Dieser Anspruch untersteht den Bestimmungen über den Werkvertrag.

- 8 Die Einräumung eines Nachbesserungsrechtes für Käufer eines Grundstückes mit einer Baute, die noch zu errichten ist oder weniger als ein Jahr vor dem Verkauf errichtet wurde, wurde von den Studierenden überwiegend befürwortet. Die Einschränkung auf diese Käufe sei sachgerecht und aufgrund der gegebenen Situationen im Baugewerbe sinnvoll und verhältnismässig. Die Position des Bauherrn werde gestärkt, damit werde dem Kräfteungleichgewicht zwischen den Parteien Rechnung getragen. Zudem schaffe diese Bestimmung Rechtssicherheit.
- 9 Strittig unter den Studierenden war der Verweis in Art. 219a Abs. 2 VE-OR auf das Werkvertragsrecht, weil dadurch eine Vermischung von zwei grundsätzlich getrennten Vertragstypen entstünde. Ersichtlich wird dies dadurch, dass auf das kaufvertragliche Nachbesserungsrecht sinngemäss die werkvertraglichen Voraussetzungen zur Anwendung kommen sollen, wohingegen der Mangelbegriff sich weiterhin aus dem Kaufvertrag ableiten soll. Andere Studierenden wiederum begrüßten den Verweis in Art. 219a Abs. 2 VE-OR, da sich für den Werklieferungsvertrag die Gewährleistungsansprüche bezüglich des Stoffes bereits heute nach dem Gewährleistungsrecht für Kaufverträge zu richten haben (Art. 365 Abs. 1 OR).



3. Verjährung (Art. 219a Abs. 3 VE-OR)

³ Die Ansprüche des Käufers wegen Mängel des Grundstücks verjähren mit Ablauf von fünf Jahren nach dem Erwerb des Eigentums.

- 10 Absatz 3 entspricht dem bisherigen Absatz 3 von Artikel 219 OR. Die meisten der Studierenden begrüßen die Aufhebung des Art. 219 Abs. 3 OR und dessen Verschiebung in den neuen Artikel Art. 219a OR. Aufgrund der Gesetzssystematik erscheine die Verschiebung sinnvoll und angebracht. Vereinzelt wurde jedoch angeführt, dass die systematische Einordnung von Art. 219 Abs. 3 OR in Art. 219a Abs. 3 VE-OR eher unpassend sei, da darin dreierlei geregelt würde, nämlich «Mängelrüge, unentgeltliche Verbesserung und Verjährung». Votiert wurde daher für eine Auslagerung in einen neu zu schaffenden Art. 219b OR.
- 11 Eine Stellungnahme forderte die Unverjährbarkeit von versteckten Mängeln bis zu ihrer Entdeckung. Art. 219a Abs. 3 VE-OR sei daher dahingehend anzupassen.

III ANMERKUNGEN ZU ART. 367 ABS. 1 ZWEITER SATZ VE-OR

¹ ... Die Frist für die Mängelrüge beträgt bei einem unbeweglichen Werk 60 Tage.

- 12 Nahezu alle Studierende begrüßten die Ausdehnung der Rügefrist auf zwei Monate. Innerhalb dieser Frist sollte es dem Bauherrn möglich sein, die Lage rechtlich von einem Experten einschätzen zu lassen, sodass sie sich über die weiteren Schritte beraten können, ohne die Rügefrist zu verpassen. Der Beizug von Fachpersonen sei insbesondere bei versteckten Mängeln sinnvoll, so die Studierenden, da das Ausmass (selbst für einen professionellen Bauherrn) nur schwer einzuschätzen sei.



- 13 Vereinzelt wurde angeführt, dass mit dieser Bestimmung der Bauherr dazu verleitet würde den Mangel nicht sofort anzuzeigen, sondern die Frist, aus strategischen Überlegungen, auszuschöpfen, bevor er aktiv würde. Diese Frist trage zur Rechtsunsicherheit seitens des Herstellers (bzw. des Verkäufers vgl. Art. 219a Abs. 1 VE-OR) merklich bei. Der Stauts Quo sei daher beizubehalten.
- 14 Der überwiegende Teil der Studierenden erkannte aufgrund der dispositiven Natur dieser Bestimmung in der neuen Rügefrist von 60 Tagen keine drastische Veränderung der bisherigen Rechtslage, da gemäss erläuterndem Bericht die Bestimmungen des Obligationenrechts ohnehin nur in seltenen Fällen zur Anwendung gelangen würden. Um einen wirksamen Schutz für den Bauherrn zu gewährleisten, hätte die Norm als zwingend ausgestaltet werden müssen. Als Mittellösung wurde vereinzelt eine Mindestfrist von 30 Tagen gefordert.
- 15 Mit Verweis auf den erläuternden Bericht wiesen diverse Studierenden zudem darauf hin, dass die SIA-Normen oft bereits als Vertragsbestandteil beigezogen würden und sich, aufgrund der dispositiven Natur von Art. 367 Abs. 1 VE-OR, die Schaffung einer Rügefrist von 60 Tagen ohnehin erübrigen würden, da in der SIA-Norm 188 in Art. 172 bereits eine zweijährige Frist vorgesehen sei.
- 16 Betreffend die *60-tägige Rügefrist* wurde von den Studierenden zumeist ganz allgemein zur Frist Stellung genommen, ohne dabei thematisch zwischen Grundstückskäufen und unbeweglichen Werken zu unterscheiden. Daher sind ebenfalls analog auf die Ausführungen zu Art. 219a Abs. 1 VE-OR und Art. 370 Abs. 3 zweiter Satz VE-OR zu verwiesen.

IV ANMERKUNGEN ZU ART. 368 ABS. 2^{BIS} VE-OR

^{2bis} Eine zum Voraus getroffene Verabredung, wonach der Anspruch auf unentgeltliche Verbesserung eingeschränkt oder ausgeschlossen wird, ist ungültig, wenn der Mangel eine Baute betrifft, die für den persönlichen oder familiären Gebrauch des Bestellers bestimmt ist.



- 17 Von den Studierenden besonders begrüsst wurde die Einführung der Nichtigkeit von im Voraus getroffenen Vereinbarungen, in denen die unentgeltliche Verbesserung eingeschränkt oder gar ausgeschlossen wird. Insbesondere in Anbetracht des Macht- und Informationsgefälles zwischen dem Bauherrn und dem General- bzw. Totalunternehmer, scheine diese Änderung nötig und zeitgemäss.
- 18 Ergänzend dazu forderten viele Studierende, dass der Geltungsbereich für die Nichtigkeit für die zum Voraus getroffene Verabredung, wonach der Anspruch auf unentgeltliche Verbesserung auf den *persönlichen* oder *familiären Gebrauch* reduziert werden soll, auf alle Besteller ausgeweitet werden müsse. Mit dem Ausschluss bleibe nämlich im Ergebnis dem gewerblich tätigen Bauherrn das Nachbesserungsrecht weiterhin entzogen, insbesondere weil praxisgemäss die Mängelrechte mit dem einhergehenden Nachbesserungsrecht wegbedungen werden. Damit stellt sich die Frage, worin die Stärkung auch des gewerblich tätigen Bauherrn liege, zumal die durch die beiden Räte angenommene Motion 09.3392 ebendieses Ziel verfolgt.

Als problematisch wurden zudem auch die verwendeten Begriffe «persönlich» und «familiär» gesehen. Es sei nicht klar erkennbar, worin sich die beiden sehr nahestehenden Begriffe bei genauerer Betrachtung unterscheiden würden.

V ANMERKUNGEN ZU ART. 370 ABS. 3 ZWEITER SATZ VE-OR

³ ...Die Frist für die Mängelrüge beträgt bei einem unbeweglichen Werk 60 Tage ab ihrer Entdeckung.

- 19 Betreffend die *60-tägige Rügefrist* wurde von den Studierenden zumeist ganz allgemein zur Frist Stellung genommen, ohne dabei thematisch zwischen Grundstückskäufe und unbeweglichen Werken zu unterscheiden. Daher sind ebenfalls analog auf die Ausführungen zu Art. 367 Abs. 1 zweiter Satz VE-OR und 219a Abs. 1 VE-OR zu verwiesen.



- 20 Einige wenige Studierenden erachteten es als sachgerechter den unbestimmten Rechtsbegriff «sofort» durch die gerichtliche Rechtsprechung füllen zu lassen. Je nach Art des Werks und des anlastenden Mangels sollen die Gerichte im Sinne der Einzelfallgerechtigkeit die Möglichkeit erhalten, die Frist kürzer oder länger anzusetzen.

VI ANMERKUNGEN ZU ART. 839 ABS. 3 VE-ZGB

² Sie darf nur erfolgen, wenn die Pfandsumme vom Eigentümer anerkannt oder gerichtlich festgestellt ist, und kann nicht verlangt werden, wenn der Eigentümer für die angemeldete Forderung zuzüglich Verzugszinse für die Dauer von zehn Jahren hinreichende Sicherheit leistet.

- 21 Die vorgesehene Änderung durch Ergänzung der bisherigen Formulierung um die Präzisierung «zuzüglich Verzugszinse für die Dauer von zehn Jahren» wurde mehrheitlich begrüsst. Die Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts sei für Grundeigentümer oft mit einem Doppelzahlungsrisiko verbunden und wird zumeist ohne Anhörung des Bauherrn beantragt. Der Bauherr habe daher ein gewichtiges Interesse an der Abwendung des Bauhandwerkerpfandrechts. Demnach ist die Vorlage bezüglich der Möglichkeit der Leistung einer Ersatzsicherheit zur Abwendung des Pfandrechts zu begrüssen. Diese Bestimmung sei, so die Studierenden überwiegend, insgesamt sinnvoll und verleihe der Norm wieder praktische Bedeutung.
- 22 Bemängelt wurde vereinzelt, dass trotz dieser Bestimmung der Bauherr nicht in jedem Fall vor einer Doppelzahlung gefeit wäre. Beispielsweise dann nicht, wenn der Unternehmer einen Subunternehmer zu Unrecht oder ohne Kenntnis des Bauherrn herbeizöge. Der pfandberechtigte Betrag zu Lasten des Subunternehmers soll daher um die vom Bauherrn an den Hauptunternehmer bezahlte Summe gekürzt werden dürfen.
- 23 Auch die Praxistauglichkeit des Normziels wurde in Frage gestellt: Die Konkretisierung der Anforderungen an eine Ersatzsicherheit durch Festlegung der Verzugszinsen im Umfang von zehn Jahren soll gewährleisten, dass weniger Eintragungen von Bauhandwerkerpfandrechten erfolgen. Art. 839 Abs. 3 VE-ZGB



sei daher nicht praktikabel und würde wahrscheinlich nur in Ausnahmefällen die beabsichtigte gesetzgeberische Wirkung entfalten.

- 24 Zudem müsse sichergestellt werden, dass die Forderungen der Bauhandwerker durch die Bankgarantie tatsächlich gedeckt werden. Dies ist bei Bankgarantien nicht immer der Fall, insbesondere dann, wenn Forderungen verschiedener Gläubiger gedeckt werden sollen. Es bestünde hierbei noch weiterer Handlungsbedarf.

Für die Berücksichtigung dieser Vernehmlassung danken wir im Namen der Studierenden bestens.

Wir verbleiben mit freundlichen Grüßen

Zürich, den 27. November 2020

A handwritten signature in blue ink, appearing to read 'A. Boxler'.

MLaw Adrian Boxler

Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement (EJPD)
3003 Bern

Per E-Mail an: zz@bj.admin.ch

Bern, 25. November 2020

laurens.abu-talib@usic.ch | T 031 970 08 88

Revision des Obligationenrechts (Baumängel). Stellungnahme der usic

Sehr geehrte Frau Bundesrätin,
Sehr geehrte Damen und Herren

Für die Gelegenheit zur Stellungnahme zu der oben genannten Vorlage danken wir Ihnen.
Gerne setzen wir Sie im Folgenden von unserer Position in Kenntnis.

Die usic begrüsst, dass der Bundesrat mit dieser Vorlage von einer umfassenden Revision des Bauvertragsrechts absieht. So ist beispielsweise die Mängelrügefrist bereits im Rahmen der Leistung- und Honorarordnung des SIA, mit 2 Jahren bei Mängeln am Bauwerk respektive 60 Tagen für übrige Mängel, hinreichend geregelt.

Der Ausschluss der Abtretung des Nachbesserungsrechts kann durchaus dazu geeignet sein, bei privaten Käufern für Rechtsgleichheit gegenüber den Auftragnehmern zu sorgen. Die Einschränkung auf Bauten zu persönlichen oder familiären Zwecken ist deshalb verhältnismässig.

Die Beschränkung der Forderung von Verzugszinsen für Ersatzsicherheiten im Rahmen des Bauhandwerkerpfandrechts auf maximal zehn Jahre ist ebenfalls zumutbar.

In diesem Sinne stimmt die usic den wesentlichen Elementen der Vorlage zu.

Aus Sicht der usic besteht darüber hinaus kein weiterer Revisionsbedarf. Die usic lehnt deshalb die Anliegen des Postulats Caroni (19.4638) ab.

Wir danken Ihnen für die Gelegenheit zur Stellungnahme und die wohlwollende Berücksichtigung unserer Position.

Freundliche Grüsse

u s i c

Der Präsident



Bernhard Berger
Dipl. Bauing. ETH

Der Geschäftsführer



Dr. Mario Marti
Rechtsanwalt

Die usic

Die Schweizerische Vereinigung Beratender Ingenieurunternehmungen usic vereint rund 1 000 Mitgliedsunternehmungen mit gut 14 000 Mitarbeitenden. Die Mitglieder generieren einen jährlichen Bruttohonorarumsatz von über 2,4 Mia. Franken. Dies entspricht einem Anteil von etwa 50 Prozent am gesamten ingenieurrelevanten Ausgabenanteil im Baubereich. Die Mitgliedsunternehmungen der usic sind in allen baurelevanten Bereichen tätig, von der Raumplanung über die Geologie, die Vermessung, die Umweltingenieurwissenschaften, das Bauingenieurwesen sowie die Gebäudetechnik und die Elektropfanung. Damit ist die usic der grösste Schweizer patronale Planerverband und die anerkannte nationale Stimme der beratenden Ingenieur- und Planerunternehmen in der Schweiz.

Par courrier et courriel
Département fédéral de justice et
police (DFJP)
Madame Karin **KELLER-SUTTER**
Conseillère fédérale
Palais fédéral ouest

3003 Berne

Paudex, le 20 novembre 2020
FD

Révision du code des obligations (défauts de construction) - mise en consultation

Madame la Conseillère fédérale,

Nous vous remercions de nous avoir consultés dans le cadre du dossier susmentionné et vous faisons part, dans le délai imparti, de notre prise de position.

A titre de rappel, l'USPI Suisse est l'organisation faîtière romande des professionnels de l'immobilier. Elle se compose des associations cantonales de l'économie immobilière implantées dans les six cantons romands. A ce titre, elle est le porte-parole de quelque 400 entreprises et de plusieurs milliers de professionnels de l'immobilier actifs dans les domaines du courtage, de la gérance, du développement et de l'expertise immobilière. Dès lors, les membres de notre organisation gèrent environ 80 % des immeubles sous gestion dans toute la Suisse romande pour des milliers de propriétaires et avec une incidence directe sur le logement de centaines de milliers de locataires.

1. Remarques générales

Dans le domaine de la construction, les dispositions légales du contrat d'entreprise, du contrat de vente d'immeubles et, cas échéant, du droit du mandat s'appliquent en cas de défauts. Dans la pratique, il s'avère qu'elles sont souvent modifiées et complétées par contrat.

Diverses interventions parlementaires exigent l'adaptation des règles de responsabilité pour les défauts de construction. Selon le droit actuel, les maîtres d'ouvrage doivent aviser sans délai l'entrepreneur des défauts, sous peine de voir leurs droits de garantie périmés. Une telle brièveté du délai d'avis des défauts et les conséquences de leurs non-respects posent des problèmes en pratique pour les maîtres d'ouvrage. La jurisprudence admet, en principe, un délai d'avis des défauts de 7 jours. En outre, il est relevé, dans le rapport explicatif, que les clauses contractuelles exemptant entièrement le vendeur ou l'entreprise générale de sa responsabilité en cas de défauts et prévoyant la cession à l'acheteur des droits de garantie vis-à-vis des sous-traitants posent elles aussi de nombreux problèmes.

Enfin, des difficultés sont rencontrées s'agissant de la constitution des sûretés à fournir pour éviter l'inscription d'une hypothèque légale au registre foncier. Selon la jurisprudence, ces sûretés doivent couvrir les intérêts moratoires pour une durée illimitée, de sorte qu'il est difficile pour le propriétaire de l'immeuble d'obtenir des sûretés (garanties bancaires par exemple) afin d'éviter l'inscription d'une hypothèque légale.

Le projet de révision prévoit la fixation d'un délai légal de 60 jours pour procéder à l'avis des défauts, que ce soit dans le cadre d'un contrat de vente ou d'un contrat d'entreprise. En outre, il introduit une obligation de réparer les défauts découverts pour les bâtiments que le maître d'ouvrage ou l'acheteur destine à son usage personnel ou à l'usage de sa famille. Enfin, il prévoit que les sûretés à fournir pour éviter une inscription d'une hypothèque légale couvrent les intérêts moratoires pour une durée de dix ans.

S'il est vrai que le non-respect du délai d'avis des défauts a de graves conséquences, sa brièveté garantit une certaine sécurité juridique dans la mesure où l'entrepreneur ou le vendeur sait à quoi s'en tenir et un bref délai d'avis des défauts empêche également une aggravation du dommage. Cela étant dit, le fait de fixer dans la loi un délai garantira aussi une certaine sécurité juridique. En revanche, le délai de 60 jours est trop long et doit être réduit à 30 jours.

L'instauration d'un droit à la réparation n'est pas en soi critiquable, dans la mesure où il est déjà largement pratiqué, mais il ne doit pas exclure les ventes « en l'état » où le prix de vente tient compte de la vétusté du bien.

Enfin, la modification portant sur la constitution des sûretés est opportune afin de permettre au propriétaire d'éviter une inscription d'une hypothèque légale.

L'USPI Suisse peut soutenir ce projet sur certains points, mais il doit être adapté en tenant compte de nos remarques particulières et réserves ci-dessous.

2. Remarques particulières

A. Article 219a al. 1^{er}, 367 al. 1^{er}, et 370 al. 3 du code des obligations (CO) – avis des défauts dans le cadre des contrats de vente et d'entreprise

De par le renvoi de l'article 221 CO à l'article 201 CO, l'acheteur d'un bien immobilier qui découvre des défauts, dont le vendeur est garant, doit l'en aviser sans délai après avoir vérifié la chose. Dans le cadre du contrat d'entreprise, le maître d'ouvrage doit vérifier l'état de l'ouvrage aussitôt qu'il le peut, d'après la marche habituelle des affaires, et signaler les défauts à l'entrepreneur (art. 367 CO).

Dans la pratique, ce délai très court peut poser passablement de problèmes et, en cas de non-respect de celui-ci, l'acheteur ou le maître d'ouvrage est privé de ses droits de garantie, sans compter que bien souvent il lui est difficile de déterminer avec précision les défauts. La jurisprudence a fixé le délai d'avis des défauts à 7 jours, sauf cas exceptionnels.

Le projet prévoit de fixer un délai de 60 jours pour signaler les défauts au vendeur, sans préciser le « *dies a quo* », ce qui ne manquera pas de faire l'objet d'interprétations, ce d'autant plus que l'article 201 CO n'est pas modifié. Le « *dies a quo* » doit donc être précisé et, afin de garantir la sécurité juridique, il doit commencer à courir dès le transfert de propriété. D'ailleurs, selon le rapport explicatif (p. 35), le délai de 60 jours pour les défauts apparents commence à courir dès la fin du délai de vérification et pour les immeubles, au moment du transfert de propriété. Par ailleurs, le « *dies a quo* » est expressément prévu s'agissant des défauts cachés, puisque le délai de 60 jours commence à courir dès la découverte des défauts. Il n'y a pas de raison de ne pas préciser le « *dies a quo* » pour les défauts apparents.

En outre, le délai de 60 jours nous paraît trop long et pourrait engendrer une aggravation du dommage qui, bien que l'acheteur ou le maître d'ouvrage ait le devoir de le diminuer, nécessitera des expertises et entraînera des procédures judiciaires. Un délai de 30 jours nous semble approprié. Il donne suffisamment de temps à l'acheteur ou au maître d'ouvrage d'examiner l'immeuble et d'y déceler des défauts apparents, et ne nuit pas excessivement à la sécurité juridique.

Par conséquent, l'article 219a alinéa 1^{er} CO devrait avoir la teneur suivante : « L'acheteur de l'immeuble dispose de 30 jours pour signaler les défauts au vendeur dès le transfert de propriété. S'agissant des défauts qu'il ne pouvait pas découvrir à l'aide des vérifications usuelles, il dispose de 30 jours à compter de leur découverte pour en aviser le vendeur ».

Quant aux articles 367 alinéa 1^{er} et 370 alinéa 3 CO, la deuxième phrase devrait avoir respectivement la teneur suivante, « Dans le cas d'un ouvrage immobilier, il dispose de 30 jours pour lui signaler les défauts » et « Dans le cas d'un ouvrage immobilier, il dispose d'un délai de 30 jours à compter de leur découverte pour lui signaler les défauts ».

B. Article 219a al. 2 et 368 al. 2bis CO – droit de réparation

Dans le cadre d'un contrat de vente, à la différence d'un contrat d'entreprise, il peut arriver que les parties concluent le contrat sur un objet dont elles savent qu'il présente un défaut, ce qui entraînera une baisse du prix de vente, alors que, dans le cadre d'un contrat d'entreprise, les parties souhaitent réaliser un objet sans défaut. Le fait de ne pas permettre aux parties d'exclure un tel droit à la réparation ne permettra plus les ventes « en l'état », ce qui n'est pas acceptable et porte atteinte à la liberté contractuelle. Par ailleurs, certains défauts connus des deux parties pourraient être difficilement réparables, ce qui au final débouchera sur une réduction du prix de vente. Le rapport explicatif (p. 38) explique qu'avec ce droit, le vendeur devra mettre la construction dans l'état prescrit par contrat, ce qui signifierait que les contrats de vente immobilière devraient spécifier toutes les caractéristiques attendues du bien immobilier, ce qui serait difficilement praticable.

Par conséquent, nous nous opposons à un droit impératif à la réparation dans le contrat de vente. Il n'y a pas lieu d'imposer des règles parallèles, sur ce point, pour les contrats d'entreprise et de vente. Subsidiairement, il pourrait être introduit, mais en prévoyant que les parties peuvent y déroger par convention.

Ainsi, à titre subsidiaire, l'article 219a al. 2 CO pourrait avoir la teneur suivante : « L'acheteur d'un immeuble qui comprend une construction devant encore être érigée ou ayant été érigée moins d'un an avant la vente peut de plus exiger, sauf convention contraire, que le vendeur répare les défauts à ses frais. Ce droit est soumis au surplus aux dispositions sur le contrat d'entreprise ».

Quant à l'article 368 al. 2bis CO qui interdit l'exclusion du droit à la réparation des défauts pour une construction que le maître d'ouvrage destine à un usage personnel ou familial sera peu appliqué, voire difficile d'application. En effet, la plupart des maîtres d'ouvrage construisent à des fins de revente et le maître d'ouvrage pourrait aisément prétendre qu'il s'agit d'une construction à usage personnel ou familial puis le revendre par la suite. Dans ces conditions, cette nouvelle disposition risque de porter atteinte à la sécurité juridique et sera de nature à multiplier les procédures judiciaires. Nous militons donc pour sa suppression.

C. Article 839 al. 3 CO – sûretés pour éviter l'inscription d'une hypothèque légale

C'est à bon droit que le projet prévoit de limiter le montant des sûretés de manière à ce qu'elles couvrent en particulier les intérêts moratoires pour une durée de 10 ans afin de permettre au propriétaire d'éviter l'inscription d'une hypothèque légale.

3. Questions relatives à un besoin supplémentaire de révision des dispositions en matière d'hypothèque des artisans et entrepreneurs

- 1) Comment pourrait-on remodeler l'hypothèque légale des artisans et des entrepreneurs de manière à rééquilibrer la situation ?

Le fait que le maître d'ouvrage s'expose à devoir payer deux fois les coûts du sous-traitant est problématique. Afin de se prémunir contre ce risque, le propriétaire, maître d'ouvrage, peut insérer, dans le contrat qu'il conclut avec l'entreprise générale, une clause prévoyant que le propriétaire paiera directement les sous-traitants, selon les instructions de l'entrepreneur général. Dans le cadre des crédits de construction, l'établissement bancaire pourrait ne délivrer les fonds que si l'entreprise générale justifie les paiements des sous-traitants.

Des outils actuels existent, mais une modification législative pourrait être opportune et prévoir que, dans le cadre du contrat conclu avec une entreprise générale, le maître d'ouvrage doit payer directement les sous-traitants, selon les instructions de l'entrepreneur général. La modification législative devrait laisser la possibilité pour le maître d'ouvrage d'y renoncer.

- 2) L'hypothèque ne devrait-elle s'appliquer qu'aux prestations fournies après que le maître a eu – ou aurait pu avoir – connaissance du fait qu'un sous-traitant a été mandaté ?

Le fait que le maître d'ouvrage ait connaissance ou aurait pu avoir connaissance de l'existence d'un contrat conclu entre l'entrepreneur général et le sous-traitant n'empêchera pas que ce dernier ne soit pas payé par l'entrepreneur général et que le maître d'ouvrage doive payer deux fois le coût de ses travaux. Aussi, cette proposition ne paraît pas opportune.

- 3) Estimez-vous qu'une révision législative est nécessaire dans ce domaine ?

En l'état, le maître d'ouvrage dispose de certains outils (contractuels, financiers) afin d'éviter de devoir payer à double le coût des sous-traitants. Une révision législative n'est pas indispensable mais ces outils pourraient peut-être être renforcés en prévoyant que le maître d'ouvrage paie directement les sous-traitants, sauf s'il y renonce.

4. Conclusions

Sous réserve de nos remarques ci-dessus, ce projet peut être soutenu sur certains points. Il contribue à améliorer la sécurité juridique en fixant dans la loi un délai d'avis des défauts, mais celui-ci ne saurait être trop long. En outre, le droit impératif à la réparation dans un contrat de vente est excessif et peu approprié pour la vente d'objets dont les parties savent qu'ils sont défectueux et il n'y a pas lieu de rendre impératif l'exclusion du droit à la réparation pour les ouvrages de construction défectueux destinés à l'usage personnel ou familial du maître d'ouvrage.



En vous remerciant de l'attention que vous porterez à notre position, nous vous prions de croire, Madame la Conseillère fédérale, à l'assurance de notre très haute considération.

**UNION SUISSE DES PROFESSIONNELS
DE L'IMMOBILIER**

Le secrétaire

Frédéric Dovat

Von: contact@vis-ais.ch
An: [_BJ-ZZ](#)
Cc: [Daniel Fässler](#); [Mutter Bettina](#)
Betreff: STN VIS 30.11.2020 VNL Bauvertragsrecht
Datum: Montag, 30. November 2020 10:13:51
Anlagen: [image001.png](#)
[VL-Antwort_Rev_OR Baumängel_fin.pdf](#)
[VL-Antwort_Rev_OR Baumängel_fin.docx](#)

Sehr geehrte Frau Bundesrätin Keller-Sutter
Sehr geehrter Herr Oppliger
Sehr geehrte Damen und Herren

Gerne überlassen wir Ihnen im Anhang unsere Vernehmlassungsantwort zur Revision des Obligationenrechts (Baumängel). Wir unterstützen eine Verlängerung der Rügefristen auf 60 Tage sowie eine Konkretisierung der Anforderungen an eine Ersatzsicherheit. Das Nachbesserungsrecht beim Kauf und der Neuerstellung von Wohneigentum lehnen wir ab.

Besten Dank für den Einbezug unserer Argumente.

Freundliche Grüsse
Bettina Mutter
Geschäftsführerin VIS



Verband Immobilien Schweiz
Zytgloggelaube 4
3011 Bern
Tel: 031 311 65 25

Per email (zz@bj.admin.ch)

Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement (EJPD)
Bundesamt für Justiz
3003 Bern

Bern, 30. November 2020

Vernehmlassungsantwort zur Revision des Obligationenrechts (Baumängel)

Sehr geehrte Frau Bundesrätin Keller-Sutter
Sehr geehrter Herr Oppliger
Sehr geehrte Damen und Herren

Der Verband Immobilien Schweiz (VIS) ist der schweizerische Zusammenschluss der institutionellen Investoren und der privaten professionellen grossen Immobilienunternehmen, die Immobilien als Investitions- oder Kapitalanlage halten. Seine Mitglieder repräsentieren gesamthaft rund 200 Milliarden Franken Portfoliovermögen in Immobilien.

Der VIS bedankt sich für die Gelegenheit zur Stellungnahme zum Vorentwurf der Revision des Obligationenrechts betreffend Baumängel und damit zur Revision des Bauvertragsrechts.

Wir stimmen dem vorliegenden Entwurf mit einer Einschränkung zu.

Gerne nehmen wir konkret wie folgt Stellung:

1. Verlängerung der Rügefristen: JA

Wir stimmen der Verlängerung der Frist zur Rüge von Mängeln eines unbeweglichen Werkes auf 60 Tage zu, für offene wie auch für versteckte Mängel. Die in unserem Verband zusammenschlossenen Investoren und Eigentümer vereinbaren bei Werkverträgen in den meisten Fällen die Anwendung der SIA-Norm 118. Wir erachten es trotzdem als richtig, dass die für alle anderen Fälle geltenden Regeln des Obligationenrechts geändert werden. Wir befürworten nicht nur die damit einhergehende Verlängerung der Rügefrist, sondern die Abkehr von der in der Praxis regelmässig zu Problemen führenden Pflicht, Mängel «sofort» zu rügen. Wir begrüssen auch, dass die Verlängerung der Rügefrist auch für Grundstückkaufverträge gelten soll. Damit wird für die Rechtsanwendung eine klare und einheitliche Lösung erreicht.

2. Nachbesserungsrecht beim Kauf und der Neuerstellung von Wohneigentum: NEIN

Wir lehnen den Vorschlag ab, neu ein unabdingbares Nachbesserungsrecht für Werk- oder Kaufverträge vorzusehen, wenn das Werk- oder Kaufobjekt für den persönlichen oder familiären Gebrauch vorgesehen ist. Der bei Vertragsabschluss vorgesehene Verwendungszweck stimmt nicht immer mit dem effektiven Zweck überein. Das zusätzlich vorgesehene Nachbesserungsrecht bei jenen Grundstückkaufverträgen, die auch die Erstellung einer neu zu erstellenden Bauten lehnen wir klar ab. Wir sind der Meinung, dass sich die heutige Regelung bewährt hat und klar ist. Würde der Vorschlag umgesetzt, käme es demgegenüber zu neuen Abgrenzungsproblemen zwischen

der Verkäuferschaft und der mit der Erstellung der Neubaute beauftragten Person. Damit würden allfällige Probleme nur verlagert, aber nicht gelöst.

3. Konkretisierung der Anforderungen an eine Ersatzsicherheit: JA

Wir stimmen der neuen Regelung zu, wonach für den Fall, dass zur Abwendung der Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts eine Sicherheitsleistung erbracht wird, künftig die anfallenden Verzugszinse kalkulatorisch auf zehn Jahre beschränkt werden.

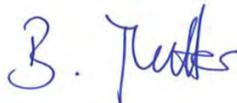
Wir danken Ihnen, wenn Sie unsere Positionen berücksichtigen und in die Teilrevision des Obligationenrechts entsprechend einfließen lassen.

Für allfällige Fragen stehen wir gerne zur Verfügung.

Freundliche Grüsse



Dr. Daniel Fässler
Ständerat
Präsident VIS



Bettina Mutter
Geschäftsführerin VIS

Per E-Mail: zz@bj.admin.ch

Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement EJPD
3003 Bern

Luzern, 11. November 2020 gaa

Vernehmlassung zur Revision des Obligationenrechts (Baumängel)

Sehr geehrte Frau Bundesrätin
Sehr geehrte Damen und Herren

Mit Schreiben vom 19. August 2020 haben Sie unseren Verband im Auftrag des Bundesrates dazu eingeladen, zum Vorentwurf betreffend der Revision des Obligationenrechts (Baumängel) bis zum 30. November 2020 Stellung zu nehmen.

Wir danken Ihnen für diese Gelegenheit, welche wir hiermit im nachfolgenden Umfang fristgemäss wahrnehmen.

Die Grundbuchregisterführung ist von der eigentlichen Vorlage nicht betroffen.

Wir verzichten deshalb auf eine Stellungnahme zur Revision des Bauvertragsrechts und beschränken uns darauf, unsere persönlichen Meinungen und Einschätzungen zu den im Begleitschreiben aufgeworfenen Fragen bezüglich einem allfällig weiteren Revisionsbedarf beim Bauhandwerkerpfandrecht darzulegen.

Frage 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?

Antwort:

In erster Linie muss es darum gehen, den Bauherrn vor Doppelzahlungen zu schützen. Dies beinhaltet ebenfalls den Käufer eines Grundstückes, welcher auch ein Doppelzahlungsrisiko hat, sollten im Nachgang zur Zahlung des Kaufpreises Bauhandwerkerpfandrechte eingetragen werden, welche er dann zusätzlich abzulösen hat.

Wir sehen diesbezüglich nachfolgende Lösungsansätze (immer davon ausgehend, dass der Grundeigentümer Bauherr/Besteller ist).

- Abschaffung des Bauhandwerkerpfandrechts generell:

Die heutige Rechtslage kann zu grossen Ungerechtigkeiten führen. Der Bauherr übernimmt zu einem grossen Teil das unternehmerische Risiko der Bauunternehmungen. Weshalb das richtig sein soll, erschliesst sich uns auch nicht mit der vom Gesetzgeber getätigten Argumentation, dass der Bauherr vom geschaffenen Mehrwert profitiere und somit folgedessen auch das Risiko einer allfälligen Insolvenz des Total- oder Generalunternehmers zu tragen habe. Auch andere Leistungserbringer müssen ihr Ausfallrisiko selber tragen, ohne dass sie durch ein Pfandrecht geschützt werden.

- Abschaffung des Bauhandwerkerpfandrechts für den Subunternehmer:

Mangels direkter vertraglicher Beziehung zum Bauherrn soll der Subunternehmer nicht an die finanziellen Mittel des Bauherrn gelangen. Es soll nur für jene Unternehmen/Bauhandwerker die Möglichkeit eines Pfandrechts bestehen, welche mit dem Bauherrn in einem Vertragsverhältnis stehen. Es ist Sache und damit auch Risiko des Subunternehmers, mit welchem Total- oder Generalunternehmen er sich vertraglich bindet, weshalb auch der Subunternehmer und nicht der Bauherr ein allfälliges Insolvenzrisiko des Total- oder Generalunternehmens zu tragen hat.

- Anpassung der aktuell geltenden gesetzlichen Regelungen:

Einem Total- oder Generalunternehmen soll nur dann ein Anspruch auf Errichtung eines Bauhandwerkerpfandrechts zustehen, wenn es nachweisen kann, dass es allfällig vorhandene Subunternehmer vollumfänglich entschädigt hat.

Oder: Kann der Bauherr nachweisen, dass er das Total- oder Generalunternehmen vollumfänglich entschädigt hat, entfällt der Anspruch eines Subunternehmers auf Errichtung respektive Ablösung eines Bauhandwerkerpfandrechts (= subsidäres Bauhandwerkerpfandrecht des Subunternehmers).

Frage 2:

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

Antwort:

Hier gehen unsere Meinungen etwas auseinander.

Einerseits herrscht die Ansicht, dass das Bauhandwerkerpfandrecht dem Subunternehmer nur für Leistungen zustehen soll, die er im Wissen des Bauherrn (zu Beginn seiner Arbeit) ausgeführt hat. Der Subunternehmer könnte dies bspw. mit einem Schreiben tun, in welchem er den Bauherrn über seinen Arbeitsbeginn orientiert. Hier könnten sich jedoch in der Praxis Probleme bezüglich Zustelladressen / Nachweis der Zustellung aber auch fehlende Übertragung an allfällige Rechtsnachfolger des Bauherrn und sich daraus stellende Haftungsfragen ergeben.

Andererseits können wir uns auch sehr gut vorstellen, dass die Kenntnis um Subunternehmer für den Bauherrn in der Praxis gar nicht relevant ist. In der Regel kann man heutzutage bei Bauherrn sicherlich das Wissen voraussetzen, dass ein Total- oder Generalunternehmen kaum mehr sämtliche Leistungen selber erbringt, sondern Subunternehmer arbeiten lässt. Wer genau diese Subunternehmer sind und wann sie ihre Arbeit aufnehmen, mag für den Bauherrn interessant zu wissen sein, hat aber kaum einen relevanten Einfluss auf das Risiko der Doppelzahlung. Niemand verzichtet wohl auf den Kauf einer Wohnung, die ihm gefällt, nur weil er weiss, dass der GU Subunternehmer bezieht. Das eigentliche Kernproblem liegt ja auch darin, dass das Total- oder Generalunternehmen seinen Zahlungsverpflichtungen nicht nachkommt.

Gleichzeitig mag das Wissen um das Risiko einer Doppelzahlung wohl den wenigsten Bauherrn so bewusst sein. Dies ist insofern verständlich, geht man doch grundsätzlich davon aus, dass man für eine Leistung nur einmal zu zahlen hat.

Frage 3:

Sehen Sie in diesem Bereich gesetzgeberischen Handlungsbedarf?

Antwort:

Aus der Sicht der Registerführung gibt es nach heute geltendem Recht keine Schwierigkeiten; d.h. rein vom grundbuchtechnischen Standpunkt aus wäre kein Reformbedarf vorhanden.

Was unsere persönliche Meinung dazu betrifft, so sind wir jedoch der Ansicht, dass die heutige Praxis der Handhabung der Bauhandwerkerpfandrechte der Subunternehmer verständlicherweise kritisiert wird und hier auf jeden Fall gesetzgeberischer Handlungsbedarf besteht.

Namens des Vorstandes des VSGV

Die Vizepräsidentin:



Andrea Gautschi