

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 118<sup>1</sup> 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 Nachfragemacht<sup>2</sup> 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.

<sup>1</sup> SIA-Norm 118 (2013), Allgemeine Bedingungen für Bauarbeiten. Mit der im Jahr 2013 revidierten Version blieb das Gleichgewicht zwischen Bauherren- und Unternehmerinteressen gewahrt.

<sup>2</sup> 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 Grundstückkauf 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 Grundstückseigentümer und nicht den Bauherrn, der nicht unbedingt identisch sein muss mit den Grundstückseigentümer.

### **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