

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