

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.

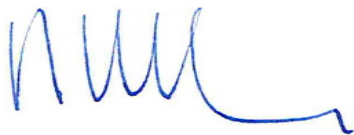
Die geplante Gesetzesänderung überzeugt inhaltlich und redaktionell, so dass sich weitere Bemerkungen dazu erübrigen.

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.