



Schweizerische Eidgenossenschaft  
Confédération suisse  
Confederazione Svizzera  
Confederaziun svizra

[Signature]

[QR Code]

# **Revision des Obligationenrechts (Baumängel)**

## **Erläuternder Bericht**

vom 19. August 2020

---

---

## Übersicht

*Anlässlich einer Gesamtüberprüfung des Rechts über die Haftung für Baumängel kommt der Bundesrat zum Ergebnis, dass das geltende Bauvertragsrecht grundsätzlich praxistauglich und ausgewogen ist. So verfügen bauende Personen bei Baumängeln von Gesetzes wegen über wirksame Rechtsbehelfe. Wegen seiner geringen Regelungsdichte wird das dispositive Gesetzesrecht zudem oft durch vertragliche Bestimmungen abgeändert und ergänzt, ohne dass dadurch die Bauenden generell benachteiligt würden. In einzelnen Regelungspunkten werden heute jedoch sowohl privat als auch professionell Bauende klar benachteiligt. Der Vorentwurf beschränkt sich auf die Neuregelung dieser kritischen Einzelpunkte und verzichtet auf eine umfassende Revision. So kann die Situation der Haus- und Stockwerkeigentümer, aber auch der professionell Bauenden ohne spürbare Nachteile für Bauunternehmer und Bauhandwerker verbessert werden. Der Vorentwurf ist kompatibel mit den in der Praxis bedeutsamen SIA-Normen.*

### *Ausgangslage*

*Bauverträge fallen grundsätzlich unter die Regeln des Werkvertragsrechts und des Kaufvertragsrechts sowie allenfalls des Auftragsrechts. Bei Baumängeln ist das entsprechende Gewährleistungsrecht massgeblich. Diese weitgehend dispositiven Regelungen werden allerdings oft durch vertragliche Vereinbarungen abgeändert und ergänzt.*

*Verschiedene parlamentarische Vorstösse verlangen die Überprüfung beziehungsweise die Anpassung der Haftung für Baumängel. Problematisch für die Bauenden sind nach Ansicht des Bundesrates zum einen die geltenden Regeln zur Rüge von Baumängeln. Diese müssen grundsätzlich «sofort», das heisst innert weniger Tage, gerügt werden, andernfalls die entsprechenden Mängelrechte verwirken. Diese kurze Rügefrist und die Folgen ihrer Missachtung sind sowohl für privat als auch für professionell Bauende weder praktikabel noch sachlich gerechtfertigt.*

*Zum ändern zeigen sich viele Probleme mit den weit verbreiteten vertraglichen Klauseln über die vollständige Wegbedingung der Mängelhaftung von Verkäufern oder Generalunternehmern unter gleichzeitiger Abtretung der Mängelrechte gegenüber den Subunternehmern. Diese Klauseln sind insbesondere in Verträgen mit privaten Käufern oder Bauenden zu finden. Sie benachteiligen diese jedoch erheblich, was bei Vertragsschluss aber zumeist nicht erkannt wird. Gleichzeitig sind die rechtliche Verbindlichkeit und Bedeutung solcher Klauseln oft unklar.*

*Problematisch sind darüber hinaus die Anforderungen an eine Ersatzsicherheit zur Abwendung der Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts. Die Rechtsprechung, wonach eine gleichwertige Ersatzsicherheit die Verzugszinsen für unbeschränkte Zeit decken muss, führt dazu, dass eine Realsicherheit in der Regel nicht genügt. Entsprechende Bankgarantien kann der Grundeigentümer selten erhältlich machen. Praktisch können bauende Personen ein Bauhandwerkerpfandrecht daher oft nicht durch Leistung einer Ersatzsicherheit abwenden oder ablösen.*

---

### ***Inhalt der Vorlage***

*Die Vorlage beschränkt sich auf die Neuregelung der Mängelrüge und der Wegbedingung des Nachbesserungsrechts sowie der Voraussetzungen der Ersatzsicherheit beim Bauhandwerkerpfandrecht.*

*Gemäss Vorentwurf soll die Frist zur Rüge von Mängeln eines unbeweglichen Werkes neu 60 Tage betragen, und zwar sowohl bei offenen wie auch bei versteckten Mängeln. Diese neue Rügefrist soll nicht nur für Werkverträge, sondern auch für Grundstückkaufverträge gelten. Die Regelung soll dispositiv sein, so dass die Parteien vertraglich davon abweichen können.*

*Der Vorentwurf sieht sodann vor, dass das Nachbesserungsrecht hinsichtlich Mängeln an Bauten, welche persönlichen oder familiären Zwecken dienen, unabdingbar sein soll. Ein Nachbesserungsrecht soll es neu auch bei Kaufverträgen über Grundstücke mit neu erstellten Bauten geben. Durch das unabdingbare Nachbesserungsrecht wird die für Haus- und Stockwerkeigentümer nachteilige Praxis der Kombination von Freizeichnung und Abtretung von Gewährleistungsansprüchen eingeschränkt.*

*Schliesslich soll 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.*

---

## Inhaltsverzeichnis

<b>1</b>	<b>Ausgangslage</b>	<b>6</b>
1.1	Parlamentarische Vorstösse	6
1.1.1	Motion 02.3532	6
1.1.2	Motion 09.3392	6
1.1.3	Parlamentarische Initiative 12.502	7
1.1.4	Parlamentarische Initiative 14.453	7
1.1.5	Motion 17.4079	8
1.2	Gegenstand des Vorentwurfs: Das Bauvertragsrecht	8
1.2.1	Einleitung	8
1.2.2	Beteiligte Parteien	9
1.2.3	Rechtliche Qualifikation von Bauverträgen	9
1.2.4	Mängelrechte bei Bauverträgen im Besonderen	13
1.2.5	Die Vertragspraxis	19
1.3	Ausarbeitung des Vorentwurfs	22
1.4	Lokalisierung des Handlungsbedarfs	22
<b>2</b>	<b>Grundzüge der Vorlage</b>	<b>24</b>
2.1	Die beantragte Neuregelung	24
2.1.1	Rügefrist	24
2.1.2	Nachbesserungsrecht für Erwerber von neu erstelltem Wohneigentum zur Eigennutzung	27
2.1.3	Recht auf Stellung einer Ersatzsicherheit anstelle des Bauhandwerkerpfandrechts	30
2.2	Verworfenen Alternativen	32
2.2.1	Totalrevision des Werkvertragsrechts oder Schaffung eines neuen gesetzlichen Vertragstypen des Bauwerkvertrags	32
2.2.2	Regelung betreffend die Geltendmachung von Gewährleistungsansprüchen bei Mängeln an gemeinschaftlichen Teilen im Stockwerkeigentum	33
2.2.3	Abschaffung der Verwirkungsfolge bei verspäteter Mängelrüge	34
2.2.4	Verbot der Abtretung von Mängelrechten	34
2.2.5	Verlängerung der Verjährungsfrist für Baumängel	34
2.3	Übergangsrecht	35
<b>3</b>	<b>Erläuterungen zu den einzelnen Artikeln</b>	<b>36</b>
3.1	Obligationenrecht	36
3.2	Zivilgesetzbuch	42
<b>4</b>	<b>Auswirkungen</b>	<b>42</b>
4.1	Auswirkungen auf den Bund	42
4.2	Auswirkungen auf die Kantone und Gemeinden sowie auf urbane Zentren, Agglomerationen und Berggebiete	43

---

4.3	Auswirkungen auf die Volkswirtschaft	43
4.4	Auswirkungen auf die Gesellschaft	43
<b>5</b>	<b>Verfassungs- und Gesetzmässigkeit</b>	<b>43</b>
	<b>Materialienverzeichnis</b>	<b>44</b>
	<b>Literaturverzeichnis</b>	<b>44</b>

---

# Erläuternder Bericht

## 1 Ausgangslage

### 1.1 Parlamentarische Vorstösse

Anlass für die vorliegende Revision bilden verschiedene parlamentarische Vorstösse zum Bauvertragsrecht. Neben den nachfolgend erwähnten Motionen wurde auch zwei parlamentarischen Initiativen Folge geben, die in einem engen sachlichen Zusammenhang mit dem Gegenstand des Vorentwurfs stehen und die daher ebenfalls im Rahmen dieser Revision umgesetzt werden sollen.

#### 1.1.1 Motion 02.3532<sup>1</sup>

Mit der Motion 02.3532 sollte der Bundesrat beauftragt werden, die Bestimmungen über Architektur- und Baudienstleistungen im Obligationenrecht<sup>2</sup> unter einem neuen Titel zusammenzufassen, zeitgemäss zu formulieren und zu ergänzen, insbesondere mit präzisen gesetzlichen Rüge-, Garantie- und Haftungsfristen, mit einer gesetzlichen Pflicht der Auftragnehmer zum Nachweis einer Bank- oder Versicherungsgarantie zur Sicherstellung von Garantie- und Haftungsansprüchen der Auftraggeberschaft, mit einer gesetzlichen Regelung des Generalunternehmervertrags, mit einer gesetzlichen Pflicht des Anbieters zur Mängelbeseitigung nach Fertigstellung sowie einer Kausalhaftung bei Architekturleistungen analog zu werkvertraglichen Leistungen.

Der Nationalrat überwies die Motion am 13. Dezember 2002 gemäss Antrag des Bundesrates in Form eines Postulats.

#### 1.1.2 Motion 09.3392<sup>3</sup>

Die Motion 09.3392 beauftragt den Bundesrat, vertiefte Abklärungen zur Verstärkung des Schutzes von Bauherren bei der Behebung von Baumängeln im Bereich der Architektur- und Baudienstleistungen zu treffen und gestützt darauf einen konsistenten Lösungsvorschlag für die aufgezeigten Probleme auszuarbeiten. Zu prüfen seien insbesondere die Frage der Schaffung eines besonderen Bau- und Architekturvertrages und die Unterstellung aller Architekturleistungen unter eine kausale Haftung für Mängel sowie die geltenden Rüge- und Garantiefrieten und die Haftung des Unternehmers für verdeckte Mängel.

<sup>1</sup> Motion Fässler-Osterwalder 02.3532 vom 2. Oktober 2002 («Bestimmungen über Architektur- und Bauleistungen im OR. Schutz der Auftraggebenden»).

<sup>2</sup> Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911 (OR); SR 220.

<sup>3</sup> Motion Fässler-Osterwalder 09.3392 vom 29. April 2009 («Stärkere Rechte der Bauherrschaft bei der Behebung von Baumängeln»).

---

Die Motion wurde vom Nationalrat am 2. März 2011 und vom Ständerat am 20. September 2011 angenommen.

### **1.1.3                   Parlamentarische Initiative 12.502<sup>4</sup>**

Die parlamentarische Initiative 12.502 verlangt eine Anpassung des Werkvertragsrechts in Artikel 370 Absatz 3 OR dahingehend, dass verdeckte Mängel innert 60 Tagen nach der Entdeckung gerügt werden müssen. Begründet wird der Vorstoss damit, dass das geltende Recht mit seiner sofortigen Rügepflicht in der Praxis insbesondere private Bauherren, aber auch Baufachleute oft überfordere, so die sehr kurzen Fristen verpasst würden und damit sämtliche Mängelrechte verloren gingen.

Am 25. Oktober 2013 hat die Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates der parlamentarischen Initiative Folge gegeben. Am 3. Juli 2014 hat die Kommission für Rechtsfragen des Ständerates ihre Zustimmung erteilt.

### **1.1.4                   Parlamentarische Initiative 14.453<sup>5</sup>**

Die parlamentarische Initiative 14.453 verlangt eine Anpassung des Kaufvertragsrechts in Artikel 219 Absatz 4 OR dahingehend, dass der Käufer eines Miteigentumsanteils eines Grundstücks mit einer Baute, die weniger als ein Jahr vor dem Verkauf überwiegend neu erstellt wurde, bei Mängeln der Baute das unabdingbare Recht hat, vom Verkäufer die unentgeltliche Beseitigung der Mängel zu verlangen, sofern dies dem Verkäufer nicht übermässige Kosten verursacht. Mängel müssten dem Verkäufer dabei innert 60 Tagen nach der Entdeckung angezeigt werden. Beim Erwerb von neu erstellten Eigentumswohnungen werde die Haftung des Verkäufers regelmässig wegbedungen und an deren Stelle werden dem Käufer die Mängelrechte des Verkäufers gegen seine Unternehmer abgetreten, was für den Käufer oft nachteilig sei. So könne er oft nicht wissen, welcher Unternehmer dafür verantwortlich sei und seine Ansprüche deswegen oft gar nicht durchsetzen. Oft hätten die Käufer auch keine andere Wahl, als entsprechenden Vertragsbedingungen zuzustimmen.

Am 12. November 2015 hat die Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates der parlamentarischen Initiative Folge gegeben. Am 2. Februar 2016 hat die Kommission für Rechtsfragen des Ständerates ihre Zustimmung erteilt.

<sup>4</sup> Parlamentarische Initiative Hutter 12.502 vom 14. Dezember 2012 («Für faire Rügefristen im Werkvertragsrecht»).

<sup>5</sup> Parlamentarische Initiative Gössi 14.453 vom 25. September 2014 («Für verbindliche Haftungsregeln beim Kauf neuer Wohnungen»).

---

## 1.1.5

## Motion 17.4079<sup>6</sup>

Die Motion 17.4079 beauftragt den Bundesrat, im Rahmen der Revision des Bauvertragsrechts die Bestimmungen zum Bauhandwerkerpfandrecht in der Weise zu konkretisieren, dass das Recht des Grundeigentümers, eine Ersatzsicherheit zu stellen, wieder die Bedeutung erlangt, die ihm vom Gesetzgeber zugedacht worden ist. Die Anforderung einer zeitlich unbeschränkten Sicherstellung der Verzugszinsen führe dazu, dass die Höhe der Ersatzsicherheit nicht zum Voraus bestimmbar sei und daher in der Praxis Schwierigkeiten bei der Ablösung durch Bankgarantien und Realsicherheiten verursache.

Der Nationalrat hat die Motion am 16. März 2018, der Ständerat am 19. September 2018 angenommen.

## 1.2

## Gegenstand des Vorentwurfs: Das Bauvertragsrecht

### 1.2.1

### Einleitung

Die Motion 09.3392 und die als Postulat überwiesene Motion 02.3532 beauftragen den Bundesrat, die gesetzlichen Bestimmungen über Architektur- und Baudienstleistungen umfassend zu überprüfen und vertiefte Abklärungen zur Verstärkung des Schutzes von Bauherren bei der Behebung von Baumängeln zu treffen. Gegenstand dieser Vorstösse sind damit die vertraglichen Beziehungen zwischen den am Bau beteiligten Akteuren.

Der Vorentwurf hat nur privates Bauvertragsrecht und damit zunächst nur das Rechtsverhältnis unter Privaten zum Gegenstand. Beschaffungsverträge mit öffentlich-rechtlichen Körperschaften und Anstalten unterstehen in der Regel aber ebenfalls dem Privatrecht, so dass der Vorentwurf auch in diesem Zusammenhang von Bedeutung sein kann.

Das Bauwesen selbst ist komplex und technisch anspruchsvoll. Dies gilt auch für das Bauvertragsrecht und dessen praktische Anwendung. An der Erstellung einer Baute sind in der Regel zahlreiche Akteure beteiligt. Manche von ihnen sind dabei gleichzeitig Partei mehrerer Vertragsverhältnisse. Meist besteht ein verzweigtes System von Unternehmern, Subunternehmern, Lieferanten, Unterlieferanten, Architekten und Planern. Die Herstellung einer Baute erfolgt damit über eine eigentliche «Kette» oder ein «Netzwerk» von Lieferanten und Bauhandwerkern sowie weiteren Dienstleistungserbringern. Derselbe Akteur ist nicht selten gleichzeitig Empfänger wie auch Erbringer von Dienstleistungen. Oft tritt anfänglich ein professioneller Investor als Bauherr auf, allerdings mit der Absicht, das Grundstück zusammen mit der Baute nach oder sogar noch während ihrer Erstellung auf einen Dritten, den privaten Endnutzer, zu übertragen. Nach der Übertragung wird aus dem ursprünglichen Bauherrn also ein Verkäufer oder Unternehmer. Oftmals tritt auf der Gegenseite dann eine Privatperson, welche nicht gewerblich handelt, als Käufer oder neuer Bauherr auf. *De lege lata* unterstehen

<sup>6</sup> Motion Burkart 17.4079 vom 13. Dezember 2017 («Praxistaugliches Bauhandwerkerpfandrecht. Recht des Eigentümers auf Stellung von Ersatzsicherheit konkretisieren»).

---

die Vertragsverhältnisse aber im Wesentlichen stets den rechtlichen Regeln des entsprechenden Vertragstyps und zwar ungeachtet der unterschiedlichen Rollen der Parteien in diesen «Vertragsnetzwerken» und ihrer gewerblichen oder privaten Tätigkeit.

## 1.2.2 Beteiligte Parteien

Der *Bauherr* ist derjenige, welcher die Erstellung einer Baute veranlasst. Das gesamte Bauvorhaben geht von ihm aus, er ist der Erst-Besteller.<sup>7</sup> Dabei kann es sich um einen professionellen Bauherrn handeln, welcher mit der Baute eine Rendite erzielen oder das bebaute Grundstück gewinnbringend veräussern möchte, oder aber um einen privaten sogenannten Einmalbauherrn, welcher die Baute für seine eigenen Wohnbedürfnisse erstellen lässt.

Dem Bauherrn gegenüber steht in vielen Fällen ein *Generalunternehmer*. Dieser trägt die Gesamtverantwortung für die Ausführung der Baute. Zu seinen Aufgaben gehört insbesondere die Koordination der Subunternehmer und die Überwachung deren Arbeiten. Der Bauherr schliesst in diesem Fall nicht mehrere Verträge mit verschiedenen Bauunternehmern, sondern einen einzigen Vertrag mit dem Generalunternehmer über die Errichtung der ganzen Baute ab. Der *Totalunternehmer* übernimmt im Gegensatz zum Generalunternehmer zusätzlich zur Ausführung auch Planungsleistungen, namentlich die Projektierungsarbeiten.<sup>8</sup>

Der *Planer* ist für die Planung der Baute besorgt und in der Regel Architekt oder Bauingenieur. Er ist meist direkt dem Bauherrn verpflichtet. Seine Aufgaben werden gegebenenfalls durch einen Totalunternehmer wahrgenommen.

Bei den *Subunternehmern* handelt es sich um von einem anderen Unternehmer (Hauptunternehmer) beauftragte Dienstleistungserbringer, zumeist um Bauhandwerker, die Arbeiten ausführen, welche der Hauptunternehmer wiederum seinem Besteller schuldet. Der Subunternehmer steht in keinem vertraglichen Verhältnis zum Bauherrn. Oft gibt es eine Kette von Subunternehmern («Sub-Subunternehmer»). Eine ähnliche Stellung haben *Lieferanten*, welche nur Baumaterial liefern, selber aber nicht zur Vornahme von Arbeiten verpflichtet sind; sie stehen vielfach mit einem Unternehmer oder dem Generalunternehmer in einem vertraglichen Verhältnis, nicht aber mit dem Bauherrn.

## 1.2.3 Rechtliche Qualifikation von Bauverträgen

### Bauwerkvertrag

Gegenstand des Bauwerkvertrags ist die Erstellung oder Änderung eines Bauwerks. Beim Bauwerk kann es sich um ein ganzes Gebäude oder um Teile davon handeln, wie beispielsweise um die elektrischen Installationen, oder auch um Tiefbauten, wie

<sup>7</sup> Siehe zu diesem Begriff m.w.H. GAUCH, Werkvertrag, Nr. 208.

<sup>8</sup> Siehe zu den Begriffen des General- und Totalunternehmers GAUCH, Werkvertrag, Nr. 222 ff. und 233 ff.; TERCIER/BIERI/CARRON, Rz. 3574 ff. und 3581 ff.

---

die Aushebung einer Baugrube und dergleichen.<sup>9</sup> Geschuldet ist stets ein bestimmter Arbeitserfolg (ein «Werk»), weswegen sie als Werkverträge nach Artikel 363 ff. OR qualifiziert werden.<sup>10</sup> Oft umfasst ein Bauwerkvertrag auch die Pflicht zur Lieferung des Werkstoffs; dann handelt es sich um einen «Werklieferungsvertrag», bei welchem für die Rechtsgewährleistung das Kaufrecht anwendbar ist (vgl. Art. 365 Abs. 1 OR). Nach der Terminologie des Werkvertragsrechts ist der Bauherr «Besteller», die andere Partei «Unternehmer». Besteller eines Bauwerkvertrags können aber auch Unternehmer sein, die Arbeiten auf Subunternehmer übertragen. Ebenso kann es sich beim Unternehmer eines Bauwerkvertrags um einen Hauptunternehmer handeln, welcher *sämtliche* Arbeiten an Subunternehmer vergibt und so tatsächlich nur noch Koordinationsaufgaben wahrnimmt. Seinem Besteller bleibt er jedoch zur Erstellung des Werks verpflichtet.

### **General- und Totalunternehmervertrag**

Beim *Generalunternehmervertrag* handelt es sich um einen besonderen Bauwerkvertrag und damit um einen Werkvertrag im Sinne von Artikel 363 ff. OR.<sup>11</sup> Dies gilt ungeachtet davon, ob der Generalunternehmer die Arbeiten durch eigenes Personal auszuführen beabsichtigt oder durch Weitervergabe an Subunternehmer. Entscheidend ist, dass der Generalunternehmer dem Bauherrn verpflichtet ist, ein Bauwerk zu erstellen oder erstellen zu lassen, er mithin eine Herstellungspflicht hat.<sup>12</sup>

Der *Totalunternehmervertrag* zeichnet sich dadurch aus, dass Gegenstand des Vertrags nicht nur die Erstellung eines Werks, sondern auch dessen Planung ist. Auch dieser Vertrag ist als Werkvertrag im Sinne von Artikel 363 ff. OR zu qualifizieren.<sup>13</sup> Dabei spielt es keine Rolle, ob der Totalunternehmer ein eigenes, bei Vertragsschluss bereits vorliegendes Projekt verwirklicht oder ob er das Projekt zunächst noch zu erstellen hat (sog. Totalunternehmervertrag mit integrierter Projektierung).<sup>14</sup>

### **Architekten- und Ingenieurvertrag**

Selbständig tätige Architekten oder Bauingenieure übernehmen mannigfaltige Arbeiten, so dass nicht von einem «typischen Architektenvertrag» mit stets demselben Inhalt gesprochen werden kann.<sup>15</sup> Was aber die selbständigen Ausführungen von Projektierungsarbeiten betrifft, so sind diese in der Regel als Werkvertrag zu qualifizieren.<sup>16</sup>

<sup>9</sup> Zum Gegenstand des Bauwerkvertrags GAUCH, Werkvertrag, Nr. 205 f.; TERCIER/BIERI/CARRON, Rz. 3565.

<sup>10</sup> GAUCH, Werkvertrag, Nr. 205; TERCIER/BIERI/CARRON, Rz. 3508, 3527 ff.; siehe zum Werkbegriff statt vieler GAUCH, Werkvertrag, Nr. 14 ff. und TERCIER/BIERI/CARRON, Rz. 3510 ff.

<sup>11</sup> Vgl. BGE 114 II 53 E. 2b.

<sup>12</sup> Fehlt eine solche Herstellungspflicht, so handelt es sich um einen sog. «Baubetreuungsvertrag», in dessen Rahmen der Betreuer lediglich Koordinationsaufgaben für den Bauherrn wahrnimmt. Dieser Vertrag wird in vielen Fällen als Auftrag zu qualifizieren sein. Er kommt in der Schweiz selten vor. Vgl. dazu GAUCH, Werkvertrag, Nr. 352 ff.

<sup>13</sup> BGE 117 II 273 E. 3a.

<sup>14</sup> BGE 114 II 53 E. 2b.

<sup>15</sup> GAUCH, Werkvertrag, Nr. 47.

<sup>16</sup> BGE 134 III 361 E. 5.1; 130 II 351 E. 4.1; 114 II 53 E. 2b.

---

## Vertrag über den Erwerb eines Grundstücks mit bestehender (Neu-)Baute

Aufgrund des *Akzessionsprinzips* kann das Eigentum an einer Baute nur durch das Eigentum am Grundstück, auf welchem sie steht, erworben werden.<sup>17</sup> Die Ausnahme dazu bildet das Baurecht nach Art. 779 ff. ZGB, welches ermöglicht, dass ein Bauwerk einen anderen Eigentümer als den Grundeigentümer hat.<sup>18</sup> Der Vertrag über den Erwerb eines Grundstücks mit einer im Zeitpunkt des Vertragsschlusses *bereits erstellten* Baute ist ohne Weiteres als Grundstückkaufvertrag im Sinne von Artikel 216 ff. OR zu qualifizieren. Für die Qualifikation des Rechtsgeschäfts ist es grundsätzlich nicht von Bedeutung, ob es sich um eine Neubaute oder um eine schon länger bestehende Baute handelt. Allerdings treten dabei typischerweise unterschiedliche Fragen in den Vordergrund: Bei einer Neubaute, welche erst vor kürzerer Zeit erstellt worden ist und welche noch nie entsprechend genutzt wurde, sind in vielen Fällen noch Baumängel vorhanden. Oft handelt es sich dabei um Mängel, welche bei Vertragsschluss oder Übernahme des Grundstücks noch nicht sichtbar waren. Solche «versteckten» Mängel manifestieren sich vielfach erst längere Zeit nach der Erstellung der Baute.<sup>19</sup> Bei einer seit längerer Zeit genutzten Baute wurden die schwerwiegendsten Baumängel zumeist entweder bereits beseitigt, oder sie sind in der Zwischenzeit wenigstens sichtbar geworden. Dort geht es für den Käufer eher darum, den Restwert des Gebäudes zuverlässig einzuschätzen.<sup>20</sup> Der Käufer einer Neubaute befindet sich also trotz der Qualifikation als Kaufvertrag in einer ähnlichen Situation wie ein Bauherr bei einem Bauwerkvertrag. Diese Ähnlichkeit wird noch dadurch verstärkt, dass der Verkäufer oft selbst die Baute erstellt hat oder hat erstellen lassen, er mithin eine relativ grosse Nähe zum Herstellungsprozess hat, was beim Verkäufer einer älteren Baute in der Regel nicht zutrifft.

## Vertrag über den Erwerb eines Grundstücks mit geplanter (Neu-)Baute

Der Erwerb eines Grundstücks mit *geplanter* Neubaute, die im Zeitpunkt des Vertragsschlusses noch nicht besteht, ist komplexer. In diesem Fall stehen den Parteien grundsätzlich drei Möglichkeiten der vertraglichen Gestaltung offen:<sup>21</sup> Sie können entweder *zwei getrennte Verträge*, das heisst einen Werkvertrag (Art. 363 ff. OR) und einen Grundstückkaufvertrag (Art. 216 ff. OR), oder *einen einzigen gemischten Vertrag* abschliessen, welcher die kaufrechtliche Leistungspflicht mit der werkvertraglichen Herstellungspflicht verbindet (einen sog. «Grundstückkauf mit Bauleistungspflicht»<sup>22</sup>). Die dritte Möglichkeit besteht darin, den Sachverhalt *als Kauf einer*

<sup>17</sup> Das Akzessionsprinzip kommt insbesondere in Art. 667 Abs. 2 ZGB zum Ausdruck.

<sup>18</sup> Vgl. Art. 675 Abs. 1 und Art. 779 Abs. 1 ZGB.

<sup>19</sup> So kann es beispielsweise Monate oder gar Jahre dauern, bis mangelhaft abgedichtetes Mauerwerk oder ein schlecht erstelltes Flachdach so stark durchfeuchtet ist, dass der Mangel sichtbar wird.

<sup>20</sup> Selbstverständlich können auch bei bestehenden Bauten versteckte Mängel vorliegen, sei es, weil gewisse Schäden infolge Alterung der Baute noch nicht sichtbar geworden sind, sei es, weil solche Schäden mit unzureichenden Massnahmen beseitigt worden sind, wie z.B. ein Feuchtigkeitsschaden, welcher kurz vor dem Verkauf lediglich überstrichen wird. Insgesamt steht aber die Aufnahme der (sichtbaren) Alterungserscheinungen und daraus folgend die realistische Einschätzung des Marktwerts im Vordergrund.

<sup>21</sup> Siehe dazu grundlegend BGE 117 II 259 E. 2b.

<sup>22</sup> Siehe dazu ausführlich GAUCH, Werkvertrag, Nr. 347 ff.

---

*künftigen Sache* zu regeln. Welche vertragliche Regelung die Parteien gewollt haben, ist aufgrund der konkreten Ausgestaltung der Leistungspflichten im Rahmen der Vertragsauslegung zu entscheiden. Dabei sind der Einfluss des Erwerbers auf den Arbeitsprozess, der Zeitpunkt des Eigentumsübergangs und die Ausgestaltung der Vergütung von Bedeutung. Sieht der Vertrag vor, dass die Handänderung sofort nach Vertragsschluss zu erfolgen hat, so können die noch zu erbringenden Bauleistungen zur Erstellung oder Fertigstellung der Baute nur noch Gegenstand eines Werkvertrages sein, denn die Eigentumsverschaffung an der Baute ist aufgrund des Akzessionsprinzips nicht mehr erforderlich und ein Kaufvertrag darüber rechtlich auch nicht mehr möglich.<sup>23</sup> Wird die Handänderung hingegen aufgeschoben, so ist die Unterscheidung schwieriger: Ist eine eigentliche *Herstellungspflicht* vereinbart worden, worauf namentlich die Möglichkeit des Erwerbers zur Einflussnahme auf den Arbeitsprozess hindeutet, beispielsweise durch Genehmigung und Änderung der Pläne, so liegt in der Regel ein gemischter Vertrag mit werkvertraglichen Elementen vor; wäre eine solche Einflussnahme nicht möglich gewesen und hätte der Veräusserer die Baute ohnehin in dieser Form hergestellt und veräussert, so deutet dies auf einen Kaufvertrag hin.<sup>24</sup> Die Vereinbarung einer Vergütung nach Aufwand oder Ausmass für die Erstellung der Baute mag sodann ein Indiz für einen gemischten Vertrag sein. Bisweilen werden solche Merkmale freilich eher aufgrund zufälliger Umstände vorliegen und weniger Ausdruck einer spezifischen Interessenlage der Parteien sein. Andererseits können die Parteien durch entsprechende Abreden die Vertragsqualifikation bewusst steuern.

### **Vertrag über den Erwerb von Stockwerkeigentum**

Stockwerkeigentum ist der Miteigentumsanteil an einem Grundstück, der dem Miteigentümer das Sonderrecht gibt, bestimmte Teile eines Gebäudes ausschliesslich zu benutzen und innen auszubauen (Art. 712a Abs. 1 ZGB<sup>25</sup>). Als Miteigentumsanteil an einem Grundstück ist das Stockwerkeigentum ebenfalls als Grundstück zu qualifizieren (vgl. Art. 655 Abs. 2 Ziff. 4 ZGB). Somit ist das Geschäft über den Erwerb von Stockwerkeigentum an einem Grundstück mit einer *bestehenden* Baute als *Grundstückkauf* zu qualifizieren.<sup>26</sup>

Das Stockwerkeigentum wird durch Eintragung im Grundbuch begründet (Art. 712d Abs. 1 ZGB). Obwohl Stockwerkeigentum grundsätzlich den Bestand eines Gebäudes mit sonderrechtsfähigen Räumen (vgl. dazu Art. 712b Abs. 1 ZGB) voraussetzt, ist die Begründung von Stockwerkeigentum unter gewissen Voraussetzung auch *vor* der Erstellung des Gebäudes möglich. Dazu muss namentlich der Aufteilungsplan, welcher die Ausscheidung der im Sonderrecht stehenden Teile aufzeigt, eingereicht werden (Art. 69 Abs. 1 GBV<sup>27</sup>). Damit ist auch die Übertragung von Stockwerkeigentum vor Erstellung des Gebäudes, also der sog. «Erwerb von Stockwerkeigentum ab Plan», möglich. Für die Vertragsqualifikation dieses Geschäfts sind im Wesentlichen dieselben Überlegungen relevant wie beim Erwerb eines Grundstücks mit geplanter Baute

<sup>23</sup> Vgl. STÖCKLI, Stockwerkeigentum, S. 8.

<sup>24</sup> Vgl. zur Herstellungspflicht m.w.H. GAUCH, Werkvertrag, Nr. 127; STÖCKLI, Stockwerkeigentum, S. 7; TERCIER/BIERI/CARRON, Rz. 3538.

<sup>25</sup> Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907; SR 210.

<sup>26</sup> Vgl. auch KRAUSKOPF, S. 119; KRAUSKOPF/MÄRKI, S. 57.

<sup>27</sup> Grundbuchverordnung vom 23. September 2011; SR 211.432.1.

---

(siehe dazu gerade vorgehend).<sup>28</sup> Erfolgt die Handänderung unmittelbar nach Vertragsschluss und noch bevor das Gebäude im Wesentlichen fertig gestellt ist, so liegt betreffend das Grundstück und die allenfalls bereits erstellten Teile des Gebäudes wiederum ein *Grundstückkaufvertrag* vor, und betreffend die noch zu erstellenden Teile ein *Werkvertrag*. Wird das Stockwerkeigentum erst *nach* Abschluss aller wesentlicher Bauarbeiten auf den Erwerber übertragen, so kann es sich wiederum um einen *gemischten* Vertrag mit kauf- und werkvertraglichen Elementen handeln oder um einen *reinen Kaufvertrag*. Entscheidend ist auch hier, ob eine *Herstellungspflicht* vereinbart wurde.

## 1.2.4 Mängelrechte bei Bauverträgen im Besonderen

### Anwendbares Gewährleistungsrecht

Soweit ein (Grundstück-)Kaufvertrag vorliegt, sind die kaufvertraglichen Gewährleistungsregeln (Art. 197 ff. OR) anwendbar, und soweit ein Werkvertrag vorliegt, diejenigen des Werkvertragsrechts (Art. 367 ff. OR). Besonderheiten ergeben sich, wenn es sich um ein gemischtes Rechtsverhältnis mit kauf- und werkvertraglichen Elementen handelt. Dies ist, wie oben (vgl. Ziff. 1.2.3) dargestellt, beim Grundstückkauf mit Bauleistungspflicht der Fall. Dann untersteht die Mängelhaftung für das Grundstück dem Kaufrecht, während hinsichtlich der Mängelhaftung für die Baute ausschliesslich auf das Werkvertragsrecht abzustellen ist, und zwar auch hinsichtlich jener Gebäudeteile, welche bei Vertragsschluss schon erstellt waren.<sup>29</sup> Eine nach den verschiedenen Vertragstypen differenzierte Mängelhaftung würde zu unpraktikablen Ergebnissen führen. Die Anwendung der Gewährleistungsregeln des Kaufrechts auf bereits erstellte Bauten wird dementsprechend nur soweit befürwortet, als die weitere Bauleistungspflicht weder in die bereits vorhandene Bausubstanz eingreift, noch dieser etwas wesentlich Neues hinzufügt.<sup>30</sup> Liegt ein Kauf einer künftigen Sache (vgl. dazu oben Ziff. 1.2.3) vor, so gelangt ohne Weiteres das kaufvertragliche Gewährleistungsrecht zur Anwendung.

### Rechtsbehelfe

Dem *Besteller* stehen im Falle von Sachmängeln das Recht zur Wandelung, Minderung oder Nachbesserung sowie auf Schadenersatz zu (vgl. Art. 368 OR). Wandelung, Minderung und Nachbesserung sind alternative Rechtsbehelfe, zwischen welchen der Besteller – sofern die jeweils geltenden Voraussetzungen gegeben sind – frei wählen kann. Es handelt sich um Gestaltungsrechte<sup>31</sup>, welche der Bauherr durch Erklärung gegenüber dem Unternehmer ausübt; ein gerichtliches Vorgehen ist nicht erforderlich. Die Wahl eines Rechts führt zum Erlöschen der anderen Rechte, und der Besteller ist

<sup>28</sup> Vgl. dazu bspw. BGer 4C.301/2002 vom 22. Januar 2003 E. 2; dazu im Allgemeinen auch KRAUSKOPF/MÄRKLI, S. 58 ff.; KRAUSKOPF, S. 118 ff.; STÖCKLI, Stockwerkeigentum, S. 11 ff.

<sup>29</sup> BGE 118 II 144 E. 1a; BGer 4C.301.2002 vom 22. Januar 2003 E. 2.2.

<sup>30</sup> GAUCH, Werkvertrag, Nr. 350.

<sup>31</sup> BGE 136 III 273 E. 2.2.

---

an seine einmal getroffene Wahl gebunden. Diese Mängelrechte treten an die Stelle des Erfüllungsanspruchs<sup>32</sup> und setzen kein Verschulden des Unternehmers voraus.<sup>33</sup>

Beim *Kaufvertrag* kann der Käufer bei Sachmängeln Wandelung oder Minderung (Art. 205 Abs. 1 OR) sowie Schadenersatz (Art. 208 Abs. 2 und 3 OR bzw. Art. 97 Abs. 1 OR) verlangen. Obwohl dies von Teilen der Lehre postuliert wird, besteht *de lege lata* kein gesetzliches Nachbesserungsrecht.<sup>34</sup> Ohne entsprechende Vereinbarung kann der Käufer somit keine Nachbesserung verlangen.

Mit der *Wandelung* wird der Vertrag rückgängig gemacht. Noch bestehende Erfüllungsansprüche erlöschen, und bereits erbrachte Leistungen müssen rückerstattet werden. Gerade bei Bauwerkverträgen bestehen jedoch Schranken: Wandelung ist nur dann zulässig, wenn das Werk an derart erheblichen Mängeln leidet oder so sehr vom Vertrag abweicht, dass es für den Besteller unbrauchbar ist oder ihm die Annahme billigerweise nicht zugemutet werden kann (Art. 368 Abs. 1 OR). Bei Bauten, welche auf dem Grundstück des Bestellers errichtet worden sind und welche nur mit unverhältnismässigen Nachteilen entfernt werden können, ist Wandelung sodann gänzlich ausgeschlossen (Art. 368 Abs. 3 OR). Das gilt aber nur dann, wenn das Werk für den beabsichtigten Gebrauch nicht völlig untauglich ist.<sup>35</sup> Baumängel können zwar erhebliche finanzielle Auswirkungen haben, gleichwohl ist die Baute zumeist trotzdem nutzbar, weswegen die Wandelung bei Bauwerkverträgen oft nicht im Vordergrund steht. Im Übrigen hat der Bauherr, wenn er ausnahmsweise trotzdem Wandelung verlangen kann, zwar keinen Anspruch auf Entfernung des mangelhaften Gebäudes, er kann dieses jedoch selber entfernen oder durch einen Dritten auf Kosten des Unternehmers beseitigen lassen.<sup>36</sup> Auch bei Grundstückkaufverträgen mit einer Neubaute besteht die Möglichkeit zur Wandelung, sie ist jedoch ebenfalls eingeschränkt: So kann das Gericht im Rahmen einer Wandelung auf Minderung erkennen, wenn es als nicht gerechtfertigt erscheint, den Kauf rückgängig zu machen.<sup>37</sup>

Mit der *Minderung* kann der Besteller oder Käufer den Werklohn beziehungsweise den Kaufpreis herabsetzen, ohne dass der Vertrag aufgehoben würde. Die Herabsetzung erfolgt entsprechend dem Verhältnis des objektiven Minderwerts des Bauwerks oder Grundstücks zum objektiven Wert des mängelfrei gedachten Werks (sog. *relative*

<sup>32</sup> BGer 4C.258/2001 vom 5. September 2002 E. 4.1.4.

<sup>33</sup> Diese Mängelrechte knüpfen direkt an die Primärpflichten bzw. modifizieren diese. Es handelt sich aber nicht um eine (Kausal-)Haftung für die Schlechterfüllung. Diese Unterscheidung ist von Bedeutung, weil bei diesen «kausalen» Mängelrechten die allgemeinen Haftungsvoraussetzungen einer Kausalhaftung (insbes. Schaden, Widerrechtlichkeit, adäquater Kausalzusammenhang, sowie die Grundsätze der Bestimmung des Ersatzes) *nicht* zu berücksichtigen sind, sondern ausschliesslich ihre spezifischen eigenen Voraussetzungen.

<sup>34</sup> BGE 95 II 119 E. 6; BGer 4C.307/2000 vom 22. Februar 2001 E. 6.

<sup>35</sup> GAUCH, Werkvertrag, Nr. 1575; vgl. auch BGer 4.C.347/2005 vom 13. Februar 2006 E. 4.

<sup>36</sup> BGE 98 II 123 E. 4.

<sup>37</sup> Die Wandelung ist z.B. dann gerechtfertigt, wenn der Vertragsgegenstand aufgrund des Mangels unbrauchbar ist, oder wenn die Reparaturkosten bzw. der Minderwert hoch sind und sich der Mangel dennoch nicht gänzlich beseitigen lässt. Ist aber dem Käufer das Aufrechterhalten des Vertrages zumutbar, und sprechen die Interessen des Verkäufers gegen eine Rückabwicklung des Vertrages, ist bloss auf Minderung zu erkennen; BGE 124 III 456 E. 4d/aa.

---

*Methode*).<sup>38</sup> Deckt sich der objektive Wert des mängelfrei gedachten Werkes mit der vertraglichen Vergütung, so entspricht der Herabsetzungsbetrag dem Minderwert. Dabei kann davon ausgegangen werden, dass der Minderwert des Werkes den Kosten der Mängelbehebung entspricht.<sup>39</sup> Dies macht die Handhabung dieses Rechtsbehelfs für den Bauherrn oder Käufer sehr einfach, da er dann den Minderwert nicht berechnen muss, sondern einfach die Nachbesserungskosten vom Werklohn oder Kaufpreis abziehen kann. Im Ergebnis wird er deswegen in finanzieller Hinsicht auch oft dasselbe Resultat zu erwarten haben, wie wenn er Nachbesserung verlangen würde. Kann der Unternehmer jedoch nachweisen, dass der Minderwert geringer ist als die Nachbesserungskosten, so ist die Wahl der Minderung für den Bauherrn ungünstig. Deswegen ist für den Bauherrn oftmals die Nachbesserung der günstigere Rechtsbehelf. Minderung wird vor allem dann in Frage kommen, wenn er das Vertrauen in den Unternehmer verloren hat.

Mit der *Nachbesserung* kann der Besteller vom Unternehmer die unentgeltliche Verbesserung des mangelhaften Werks verlangen, so dass das Werk den vertraglich vereinbarten Zustand erreicht. Bei der Nachbesserung handelt es sich um den modifizierten Erfüllungsanspruch.<sup>40</sup> Die Nachbesserung unterliegt allerdings einer Einschränkung: Sie kann nur verlangt werden, wenn dies dem Unternehmer keine übermässigen Kosten verursacht (Art. 368 Abs. 2 OR). Dies bedeutet, dass der Nutzen der Nachbesserung nicht in einem Missverhältnis zu den Nachbesserungskosten stehen darf.<sup>41</sup> Der Besteller hat dem Unternehmer eine angemessene Frist zur Nachbesserung anzusetzen; gerät jener mit der Nachbesserung in Verzug, so stehen dem Besteller die in Artikel 107 Absatz 2 OR vorgesehenen Möglichkeiten offen, allerdings unter Berücksichtigung der werkvertraglichen Besonderheiten: Im Ergebnis hat der Besteller wiederum das Wahlrecht nach Artikel 368 OR, ergänzt durch das alternative Recht auf Ersatz des durch die Nichterfüllung der Nachbesserungsschuld entstandenen Schadens.<sup>42</sup> Der Besteller kann allerdings auch auf Nachbesserung bestehen und, wenn der Unternehmer nicht gewillt oder nicht fähig dazu ist, diese ohne gerichtliche Ermächtigung durch einen Dritten ausführen lassen und vom Unternehmer dafür Ersatz verlangen (analog Art. 366 Abs. 2 OR).<sup>43</sup> Der Besteller hat dabei einen Anspruch auf Bevorschussung der zu erwartenden Kosten der Ersatzvornahme durch den Unternehmer.<sup>44</sup> Es handelt sich bei der Nachbesserung um einen für den Bauherrn vorteilhaften, einfachen und in der Praxis wichtigen Rechtsbehelf, welcher einem Käufer heute aber nicht zur Verfügung steht.

Kumulativ zu den Mängelrechten kann der Bauherr *Schadenersatz* verlangen (vgl. für den Werkvertrag Art. 368 Abs. 2 OR und für den Kaufvertrag Art. 208 Abs. 2 und 3 OR). Schadenersatz kann nur für Schäden, die aus der Mangelhaftigkeit des Werks an anderen Rechtsgütern des Bestellers oder Käufers entstanden sind, verlangt werden (*Mangelfolgeschäden*), nicht jedoch für die Mangelhaftigkeit des Werks oder der

38 BGE 116 II 305 E. 4a; 111 II 162 E. 3a; 105 II 99 E. 4a.

39 BGE 116 II 305 E. 4a; 111 II 162 E. 3c.

40 HONSELL, S. 317.

41 BGE 111 II 173 E. 5; vgl. auch BGer 4C.346/2003 vom 26. Oktober 2004 E. 4.2.1.

42 BGE 109 II 40 E. 6a; vgl. auch 136 III 273 E.2 m.w.H. GAUCH, Werkvertrag, Nr. 1795 ff.

43 BGE 107 II 50 E. 3; BGer 4C.286/2001 vom 22. Januar 2002 E. 3d.

44 BGE 128 III 416 E. 4.2.2.

---

Kaufsache selbst, denn dafür stehen nur die kausalen Rechtsbehelfe zur Verfügung.<sup>45</sup> Der Schadenersatzanspruch setzt grundsätzlich ein Verschulden des Unternehmers voraus, welches allerdings zu vermuten ist (analog Art. 97 Abs. 1 OR).<sup>46</sup> Beim Kauf besteht überdies für den *unmittelbaren* Schaden eine verschuldensunabhängige Haftung (Art. 208 Abs. 2 OR).<sup>47</sup> Schäden, welche nicht mit der Mangelhaftigkeit des Werks oder der Kaufsache zusammenhängen, unterliegen sodann der Haftungsnorm von Artikel 97 Absatz 1 OR.

## Prüfungs- und Rügeobliegenheit

Der Käufer oder Besteller hat die Kaufsache oder das Werk nach der Ablieferung zu *prüfen* und allfällige Mängel gegenüber dem Unternehmer oder Verkäufer *zu rügen* (vgl. Art. 201 Abs. 1 und Art. 367 Abs. 1 OR). Umfang, Intensität und Dauer der Prüfung ergeben sich aus der Natur der Kaufsache oder des Werks und aus der *Übung*.<sup>48</sup> Erkennbare Mängel (sog. «offene» Mängel) sind sofort nach Abschluss der Prüfung und Mängel, welche bei der gesetzlich vorgeschriebenen Prüfung nicht erkennbar waren (sog. «versteckte» oder «geheime» Mängel), *sofort* nach ihrer Entdeckung zu rügen («Sofort-Rüge»).<sup>49</sup> Offene Mängel sind, wenn sie schon bei der Ablieferung offensichtlich waren, unter Umständen sogar noch *vor* Abschluss der Prüfung zu rügen.<sup>50</sup> Bei der Beurteilung, ob eine Rüge rechtzeitig erfolgt ist, muss auf die konkreten Umstände des Einzelfalls, insbesondere auf die Art der Mängel, abgestellt werden. Als Richtwert für die Sofort-Rüge können nach der bundesgerichtlichen Praxis *sieben Tage* gelten; wenn es sich um einen Mangel handelt, bei dem die Gefahr besteht, dass ein Zuwarten zu einem grösseren Schaden führen kann, kann sogar noch eine *kürzere Frist* geboten sein.<sup>51</sup> Die Frist beginnt mit der Entdeckung des Mangels. Ein Mangel gilt als entdeckt, wenn der Besteller davon solche Kenntnis erlangt hat, dass er eine genügend substantiierte Rüge erheben kann. Der Besteller muss in der Mängelrüge nicht nur die einzelnen Mängel substantiiert bezeichnen, sondern auch

<sup>45</sup> BGE 126 III 388 E. 10a; 100 II 30 E. 2.

<sup>46</sup> BGE 107 II 439; 93 II 311 E. 3a.

<sup>47</sup> Auch beim unmittelbaren Schaden handelt es sich nicht um den Schaden an der Kaufsache selber. Für die Unterscheidung zwischen mittelbarem und unmittelbarem Schaden ist nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung vielmehr auf die Länge der Kausalkette zwischen der Lieferung der fehler- bzw. mangelhaften Ware und dem eingetretenen Schaden abzustellen; unmittelbare Schäden sind demnach direkt durch die Lieferung solcher Ware und nicht erst durch das Hinzutreten weiterer Schadensursachen hervorgerufen worden; vgl. BGE 133 III 257 E. 2.

<sup>48</sup> BGE 76 II 221 E. 2; GAUCH, Werkvertrag, Nr. 2112 ff.; HONSELL, S. 101; KOLLER, Werkvertragsrecht, Rn. 597; TERCIER/BIERI/CARRON, Rz. 3805 ff.

<sup>49</sup> Im Kaufvertragsrecht ist das Prinzip der Sofort-Rüge bereits im Gesetzestext festgehalten (vgl. Art. 201 Abs. 1 OR). Im Werkvertragsrecht geht es dagegen nur für versteckte Mängel aus dem Gesetzestext hervor (Art. 370 Abs. 3 OR). Es besteht aber auch für offene Mängel die Pflicht zur Sofort-Rüge, vgl. dazu bspw. BGer 4A\_53/2012 vom 31. Juli 2012 E. 5.1 mit Verweis auf GAUCH, Werkvertrag, Nr. 2141 ff.

<sup>50</sup> Vgl. m.w.H. GAUCH, Werkvertrag, Nr. 2143.

<sup>51</sup> Vgl. dazu BGE 118 II 142 E. 3b; 107 II 172 E. 1a und b; BGer 4A\_53/2012 vom 31. Juli 2012 E. 6.2; BGer 4A\_82/2008 vom 29. April 2009 E. 7.1; BGer 4C.82/2004 vom 3. Mai 2004 E. 2.3 und zuletzt etwa BGer 4A\_399/2018 vom 8. Februar 2019 E. 3.2.

---

zum Ausdruck bringen, dass er das abgelieferte Werk nicht als vertragsgemäss anerkennt und den Unternehmer haftbar machen will.<sup>52</sup> Die Beweislast für die Rechtzeitigkeit der Rüge liegt beim Besteller beziehungsweise Käufer.<sup>53</sup> Unterbleibt die Mängelrüge, so gilt das Werk oder die Kaufsache hinsichtlich dieses Mangels als genehmigt und der Besteller oder Käufer verliert diesbezüglich sämtliche Mängelrechte (vgl. Art. 201 Abs. 2 und Art. 370 Abs. 1 und 2 OR). Die Thematik der Mängelrüge ist bei Neubauten von grosser Bedeutung (vgl. dazu unten Ziff. 2.1.1).

## Verjährung

Baumängel verjähren innert fünf Jahren, wobei bei Bauwerkverträgen die Frist mit der Ablieferung des Werks zu laufen beginnt und bei Grundstückkaufverträgen mit dem Erwerb des Eigentums am Grundstück (vgl. Art. 219 Abs. 3 und Art. 371 Abs. 1 OR). Die Frist beginnt auch hinsichtlich versteckter Mängel in diesem Zeitpunkt (vgl. zum Kaufvertrag Art. 210 Abs. 1 OR, welcher gemäss dem Verweis in Art. 371 Abs. 3 OR auch für den Werkvertrag gilt). Dies bedeutet, dass Ansprüche aus versteckten Mängeln unter Umständen verjähren, bevor die Mängel entdeckt sind. Ansprüche auf Schadenersatz verjähren ebenfalls nach diesen Bestimmungen.<sup>54</sup>

## Mängelrechte beim Erwerb von neuerstem Stockwerkeigentum im Besonderen

Wie oben gezeigt (vgl. Ziff. 1.2.3), ist beim Erwerb von Stockwerkeigentum an einem Grundstück mit einer neu erstellten Baute Kauf- und/oder Werkvertragsrecht anwendbar. Das Vertragsverhältnis besteht dabei zwischen dem Erwerber, also dem Stockwerkeigentümer, und dem Verkäufer oder Unternehmer. Die Mängelrechte leiten sich ausschliesslich aus diesem Vertragsverhältnis ab, weswegen die Gemeinschaft der Stockwerkeigentümer in der Regel keine eigenen Ansprüche wegen Mangelhaftigkeit der Baute hat.<sup>55</sup> Die Geltendmachung und Durchsetzung der Mängelrechte obliegt in diesem Fall also grundsätzlich dem einzelnen Stockwerkeigentümer. Während die Ausübung des Wandelungs- oder Minderungsrechts sowie die Geltendmachung von Schadenersatz seit jeher wenig Probleme bereiten,<sup>56</sup> war die Ausübung des Nachbesserungsrechts bis vor kurzem stark eingeschränkt: Der einzelne Stockwerkeigentümer konnte sein Nachbesserungsrecht wegen Mängeln an *gemeinschaftlichen Teilen* (z.B. Dach, Treppenhaus, Fassade, Zentralheizung) des im Stockwerkeigentum stehenden Grundstücks gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts<sup>57</sup> nämlich lediglich im Umfang seiner Wertquote geltend machen. Dies bedeutete, dass der einzelne Stockwerkeigentümer zwar die Behebung des gesamten Mangels durch den Unternehmer

<sup>52</sup> BGE 107 II 172 E. 1a; zuletzt etwa BGer 4A\_293/2017 vom 13. Februar 2018 E. 2.2.2.

<sup>53</sup> BGE 118 II 142 E. 3a; 107 II 172 E. 1a.

<sup>54</sup> Siehe zum Werkvertragsrecht BGE 113 II 264 E. 2c; 77 II 243 E. 3.

<sup>55</sup> Siehe zur Rechtszuständigkeit BGE 114 II 239 E. 3 und 4; demnach erfolgt insbesondere auch keine Legalzession, eine Abtretung der Gewährleistungsansprüche nach Ausübung des Wahlrechts ist aber möglich. Im Übrigen besteht eine Rechtszuständigkeit der Gemeinschaft, wenn sie den Vertrag mit dem Unternehmer eingegangen ist, was aber in der Regel erst bei Verträgen über bauliche Massnahmen nach der Neuerstellung der Baute der Fall ist.

<sup>56</sup> Das Wandelungsrecht dürfte allerdings wegen Unverhältnismässigkeit nach Art. 368 Abs. 3 OR in der Regel gar nicht in Frage kommen; siehe dazu GAUCH, Werkvertrag, Nr. 1496a.

<sup>57</sup> Vgl. die Grundsatzentscheide zu dieser Thematik: BGE 114 II 239; 111 II 458.

---

verlangen konnte, für ihn jedoch nur der Anteil an den Nachbesserungskosten, der seiner Wertquote an der Liegenschaft entsprach, unentgeltlich war. Den restlichen Betrag hatte der Stockwerkeigentümer dem Unternehmer zu vergüten. Ob er seine Kosten auf die anderen Stockwerkeigentümer überwälzen konnte, war dann eine Frage der internen Auseinandersetzung zwischen den Stockwerkeigentümern.

Das Bundesgericht hat diese in der Lehre zuletzt immer stärker kritisierte Praxis vor Kurzem geändert und die Quotenbezogenheit des Nachbesserungsrechts aufgegeben.<sup>58</sup> Demnach kann nun jeder Stockwerkeigentümer vom Unternehmer die Behebung des gesamten Mangels verlangen, ohne dem Unternehmer einen Teil der Nachbesserungskosten vergüten zu müssen. Bei der Nachbesserung an gemeinschaftlichen Teilen muss der Stockwerkeigentümer dafür aber nach wie vor die Zustimmung der Gemeinschaft der Stockwerkeigentümer nach den Regeln des Miteigentums über bauliche Massnahmen einholen (Art. 712g Abs. 1 i.V.m. Art. 647c ff. ZGB).

### **Dispositive Natur der Mängelrechte**

Die Mängelrechte sind grundsätzlich dispositiver Natur und können somit durch Parteivereinbarung abgeändert werden; insbesondere ist es zulässig, die Haftung des Unternehmers oder Verkäufers einzuschränken oder gar vollständig aufzuheben.<sup>59</sup> Bei der Haftungsfreizeichnung sind allerdings die Grenzen von Artikel 100 OR zu beachten, wonach eine Wegbedingung der Haftung für grobe Fahrlässigkeit und Vorsatz nichtig ist. Für Hilfspersonen, beispielsweise Subunternehmer, kann die Haftung dagegen vollständig wegbedungen werden (Art. 101 Abs. 2 OR). Beim Kaufvertrag ist sodann Artikel 199 OR zu beachten, wonach eine Freizeichnung für arglistig verschwiegene Mängel nichtig ist. Ob daneben auch beim Kaufvertrag Artikel 100 OR zur Anwendung gelangt, ist unklar.<sup>60</sup> Bei Grundstückskaufverträgen sind Freizeichnungsklauseln nach der Praxis des Bundesgerichts zudem einschränkend auszulegen: Demnach fällt ein Mangel bei Grundstückskaufverträgen nicht unter den Gewährleistungsausschluss, wenn er gänzlich ausserhalb dessen lag, womit ein Käufer vernünftigerweise rechnen musste.<sup>61</sup> Diese Rechtsprechung bezieht sich vor allem auf Fälle, in welchen eine Sache für den vorgesehenen Gebrauch weitgehend untauglich ist.<sup>62</sup>

### **Abtretbarkeit der Mängelrechte**

Gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts sind das Wandelungs- und das Minderungsrecht als Gestaltungsrechte (vor Ausübung der Wahl) nicht abtretbar, es können einzig die (nach der Wahl entstandenen) Forderungen auf ganze oder teilweise

<sup>58</sup> Vgl. dazu BGE **145** III 8 E. 3.5.

<sup>59</sup> BGE **118** II 142 E. 1a; **114** II 239 E. 5a/aa; **109** II 213 E. 1a; **91** II 344 E. 2a.

<sup>60</sup> Diese Frage wurde vom Bundesgericht bislang offengelassen; vgl. BGE **126** III 59 E. 4a; **107** II 161 E. 7b; BGer 4C.295/2004 vom 12. November 2004 E. 5.2.

<sup>61</sup> BGE **130** III 686 E. 4.3.1; **107** II 161 E. 6c; zuletzt etwa BGer 4A\_444/2017 vom 12. April 2018 E. 5.1.

<sup>62</sup> In BGer 4A\_444/2017 vom 12. April 2018 ging es um eine ungenügende Fundation des Gebäudes. Die Behebung dieses Mangels machte relativ gesehen nur knapp 5 % des Kaufpreises aus, der Mangel hätte jedoch zu einer Instabilität des Gebäudes führen können. Das Bundesgericht entschied, dass dies gänzlich ausserhalb dessen lag, womit die Käufer vernünftigerweise rechnen mussten.

---

Rückerstattung der geleisteten Vergütung zediert werden; auch der Nachbesserungsanspruch ist abtretbar<sup>63</sup> sowie der Schadenersatzanspruch als Geldforderung. Ein Teil der Lehre befürwortet demgegenüber die Zulässigkeit der Abtretung der Mängelrechte im Bündel,<sup>64</sup> was allerdings nicht mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung vereinbar ist.

## 1.2.5 Die Vertragspraxis

### Private Regelwerke und allgemeine Geschäftsbedingungen

In der Praxis kommt es häufig zum Einbezug vorformulierter privater Regelwerke in die Bauverträge. Bekanntestes Beispiel sind die Normen des Schweizerischen Ingenieur- und Architektenvereins (SIA). Darunter ist wiederum die SIA-Norm 118 «Allgemeine Bedingungen für Bauarbeiten» von herausragender Bedeutung, welche Regeln über den Abschluss von Bauwerkverträgen und den Inhalt und die Abwicklung von Bauarbeiten enthält. Es handelt sich dabei um eine umfassende Regelung von Bauwerkverträgen, welche das gesetzliche Werkvertragsrecht ergänzt und teilweise abändert. Im Bereich der Planungs- und Bauleitungsverträge sind auch die SIA-Norm 102 «Ordnung für Leistungen und Honorare der Architektinnen und Architekten» und die SIA-Norm 103 «Ordnung für Leistungen und Honorare der Bauingenieurinnen und Bauingenieure» von Bedeutung.

In der Praxis werden sodann häufig Musterverträge von Notarinnen oder Notaren verwendet. Bei diesen Musterverträgen wird zumeist versucht, mit verschiedenen Varianten vorformulierter Klauseln den situativen Interessen der Parteien Rechnung zu tragen. Von den Notarinnen und Notaren werden zur Lückenfüllung im Rahmen dieser Musterverträge darüber hinaus bisweilen auch die SIA-Vertragsnormen herangezogen.

Private Regelwerke werden bei Verträgen mit privaten Bauherren vielfach auf Veranlassung des Unternehmers oder Verkäufers übernommen. Dann gelten solche vorformulierten Vertragsbestimmungen als allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB). Dies gilt beispielsweise auch für die SIA-Vertragsnormen, die in solchen Fällen die Wirkung von AGB haben und der Übernahme der Parteien bedürfen, um Wirkung zu entfalten.<sup>65</sup> Auch Musterverträge von Notarinnen und Notaren können unter Umständen als AGB gelten: Besonders beim Kauf von Stockwerkeigentum steht in der Praxis mehreren oder sogar vielen Bauherren ein einzelner Verkäufer oder Unternehmer gegenüber. Oft erstellt dann die Notarin oder der Notar im Auftrag des Unternehmers oder Verkäufers die Vertragsdokumente für sämtliche Vertragsparteien. Solche Musterverträge können nach Auffassung der Lehre durchaus als AGB gelten.<sup>66</sup>

Die Qualifikation von Vertragsbestimmungen als AGB hat in rechtlicher Hinsicht verschiedene Folgen: So ist Bedingung für die *Übernahme* der AGB, dass ihr Inhalt der

<sup>63</sup> BGE 114 II 239 E. 5c/aa, bb mit Verweis auch GAUCH, Werkvertrag, 3. Aufl., Nr. 1781 ff.

<sup>64</sup> So namentlich HONSELL, S. 322 f.; KOLLER, Werkvertragsrecht, Rz. 530.

<sup>65</sup> BGE 118 II 295 E. 2a.

<sup>66</sup> Vgl. dazu ERICH RÜEGG, in: Grundstückkauf, Rn 139; SCHMID, S. 56 ff.; STÖCKLI/AESCHIMANN, S. 84 ff. und 93.

---

Gegenpartei des AGB-Verwenders vor Vertragsschluss zugänglich ist. Ist dies nicht der Fall, so werden die AGB nicht Vertragsbestandteil.<sup>67</sup> Obwohl in der Praxis zwar oft auf die SIA-Vertragsnormen verwiesen wird, sind diese dem Bauherrn aber bei Vertragsschluss oft nicht bekannt und zugänglich. Ob es dann überhaupt zu einem wirksamen Einbezug der Normen kommt, ist fraglich.<sup>68</sup>

Weiter wird vermutet, dass die Partei, welche die Übernahme nicht vorgeschlagen hat, den AGB auch ohne tatsächliche Kenntnisnahme des Inhalts zugestimmt hat (sog. «Globalübernahme»). Solange die Vermutung der Globalübernahme nicht widerlegt ist, gilt die *Ungewöhnlichkeitsregel*. Demnach entfalten Klauseln, die derart ungewöhnlich sind, dass die global zustimmende Partei damit nicht rechnen musste, keine Geltung.<sup>69</sup> Bezüglich der SIA-Vertragsnormen und vergleichbarer Regelwerke wird die Vermutung der Globalübernahme bei privaten Einmalbauherren zumeist bestehen bleiben, da kaum davon auszugehen ist, dass diese Normen von einem Laien vollständig durchgelesen und auch verstanden werden. Betreffend die Vertragsmuster von Notarinnen und Notaren ist hingegen fraglich, inwieweit die Ungewöhnlichkeitsregel zur Anwendung gelangt, da im Rahmen des Verfahrens der öffentlichen Beurkundung eine Erläuterung der Bestimmungen zu erfolgen hat. Betreffend den Inhalt von übernommenen AGB gilt sodann die *Unklarheitsregel*, wonach unklare Bestimmungen im Zweifel zulasten des AGB-Verwenders auszulegen sind.<sup>70</sup> Bei öffentlich zu beurkundenden Verträgen sind überdies die Notarinnen und Notare verpflichtet, die Urkunde klar zu formulieren, was die Bedeutung der Unklarheitsregel relativieren mag.<sup>71</sup> Während im Schweizerischen Recht im Allgemeinen keine offene Inhaltskontrolle von AGB besteht, gilt für Konsumentenverträge sodann *Artikel 8 UWG*<sup>72</sup>. Demnach ist die Verwendung von AGB, die in Treu und Glauben verletzender Weise zum Nachteil der Konsumentinnen und Konsumenten ein erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis zwischen den vertraglichen Rechten und den vertraglichen Pflichten vorsehen, unlauter. Die Rechtsfolge ist die Unwirksamkeit solcher Bestimmungen oder des ganzen Vertrags.<sup>73</sup> Ob Bauherren, welche für private Zwecke ein Haus bauen lassen oder ein Grundstück kaufen, als Konsumentinnen oder Konsumenten im Sinne dieser Bestimmung gelten, ist nicht abschliessend geklärt; eine solche Auslegung ist jedoch denkbar und wird in der Lehre teilweise vertreten.<sup>74</sup> Auch private Regelwerke und die

67 BGE 100 II 200 E. 5d.

68 GAUCH, Werkvertrag, Nr. 286b, verneint dies für private branchenunkundige Bauherren.

69 Vgl. m.w.H. BGE 138 III 411 E. 3.1.

70 Vgl. m.w.H. BGE 133 III 607 E. 2.2.;

71 Vgl. bspw. BGE 118 II 32 E. 3.d; 90 II 274 E. 6.

72 Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 19. Dezember 1986; SR 241.

73 Vgl. dazu Botschaft UWG, 6180.

74 Der Konsumentenbegriff nach Art. 8 UWG ist autonom und in Anlehnung an Art. 3 Abs. 1 RL 93/13/EWG auszulegen und nicht etwa in Übereinstimmung mit Art. 32 Abs. 2 der Zivilprozessordnung (SR 272) oder Art. 7 Abs. 1 Bst. e des Konsumkreditgesetzes (SR 221.214.1), so dass auch ein Konsumentengeschäft vorliegen kann, wenn Vertragsgegenstand eine Leistung ist, welche weit über den laufenden Gebrauch hinausgeht; siehe dazu mit Hinweisen auf die Materialien PROBST, Art. 8 Rz. 285 f.; MARTENET/PICHONNAZ, Art. 8 Rz. 124 ff. insb. Rz. 131. Für eine solche Auslegung und m.w.H. auf die Lehrmeinungen STÖCKLI/AESCHIMANN, S. 92 f. Die Frage ist in der Lehre allerdings umstritten.

---

Musterverträge von Notarinnen und Notaren unterliegen sodann prinzipiell der Inhaltskontrolle nach Artikel 8 UWG, denn das Verfahren der öffentlichen Beurkundung verhindert nicht, dass ein einseitiger Vertrag abgeschlossen wird.<sup>75</sup>

### **Freizeichnung von der Mängelhaftung und Abtretung von Gewährleistungsansprüchen**

Häufig erfolgt in den Verträgen über den Verkauf von neu erstelltem Stockwerkeigentum eine Beschränkung oder weitgehende Wegbedingung der Haftung des Verkäufers. Auch in Bauwerkverträgen ist bisweilen eine entsprechende Haftungsbeschränkung des Generalunternehmers enthalten. In der Regel erfolgt im Gegenzug zu dieser Freizeichnung eine Abtretung der Gewährleistungsansprüche des Verkäufers oder Unternehmers gegen dessen Subunternehmer an den Käufer.<sup>76</sup> Es ist die Meinung dieser Vertragsklauseln, dass sich der Käufer für Baumängel nicht an den Verkäufer oder Unternehmer halten können soll, dafür aber den oder die Subunternehmer in Anspruch nehmen kann, gegen welche der Verkäufer oder Unternehmer sonst selber vorgehen müsste. Die rechtliche Wirksamkeit dieser Klauseln unterliegt indessen gewissen Beschränkungen: So ist die Freizeichnung für eigenes Verschulden im Falle von Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit unwirksam (siehe dazu oben Ziff. 1.2.4). Freizeichnungsklauseln werden sodann eng ausgelegt (siehe dazu oben Ziff. 1.2.4), wobei der Umstand, dass der Verkäufer gleichzeitig Hersteller der Baute ist, für eine noch engere Auslegung spricht.<sup>77</sup> Ebenso ist eine Abtretung von Gewährleistungsansprüchen, mit Ausnahme des Nachbesserungsrechts, nicht wirksam (siehe dazu oben Ziff. 1.2.4). Diesen offensichtlichen Mängeln solcher Klauseln wird in der Praxis durch ähnliche Konzepte teilweise Rechnung getragen; so wird beispielsweise nur das Nachbesserungsrecht abgetreten und die übrigen Rechte werden wegbedungen, oder es wird versucht, die erwähnten Schranken zu umgehen, indem der Käufer oder Bauherr vom Verkäufer oder Unternehmer bevollmächtigt wird, dessen Mängelrechte gegenüber den Subunternehmern auszuüben und den etwaigen Minderungsbetrag einzuziehen anstatt die eigenen Mängelrechte geltend zu machen. Die Wirksamkeit solcher Regelungen ist im Einzelfall zu prüfen. Bei der rechtlichen Verbindlichkeit solcher Klauseln sind neben der Frage der Zulässigkeit der Freizeichnung und der Abtretbarkeit der Mängelrechte auch die für AGB geltenden Grundsätze zu beachten (siehe dazu der gerade vorangehende Abschnitt). Hinsichtlich mancher dieser Bestimmungen werden sich unter dem Gesichtspunkt der Ungewöhnlichkeits- und Unklarheitsregel Fragen stellen. Inwiefern solche Klauseln sodann im Widerspruch zu Art. 8 UWG stehen, ist bislang nicht höchstrichterlich geklärt.<sup>78</sup> Obwohl die zivilrechtliche Zulässigkeit solcher Klauseln unklar ist, werden sie regelmässig öffentlich beurkundet und finden sie sich auch in den Musterverträgen vieler Notarinnen und Notare.<sup>79</sup>

<sup>75</sup> Grundlegend zu dieser Frage STÖCKLI/AESCHIMANN; vgl. ferner auch KRAUSKOPF/MÄRKI, S. 74 f.; STÖCKLI, Gutachten, Rz. 29 und 47.

<sup>76</sup> Vgl. zu dieser Praxis auch m.w.H. KRAUSKOPF/MÄRKI, S. 69 f. und 79 ff.

<sup>77</sup> BGer 4A\_444/2017 vom 12. April 2018 E. 5.5.

<sup>78</sup> Siehe zur ausführlichen Kritik an diesen Klauseln unter der Problematik des mangelnden Rechtsschutzes durch Art. 8 UWG unten Ziff. 2.1.2.

<sup>79</sup> Für Beispiele dazu wird auf KRAUSKOPF/MÄRKI, Fn 96 und 114, sowie STÖCKLI, Stockwerkeigentum, S. 11 f. verwiesen.

---

## 1.3 Ausarbeitung des Vorentwurfs

Im Dezember 2012 beauftragte das Bundesamt für Justiz (BJ) das Institut für Schweizerisches und Internationales Baurecht der Universität Freiburg, ein Gutachten zu den in der Motion 09.3392 Fässler-Osterwalder aufgeworfenen Fragen zu verfassen. Das Gutachten ist von Prof. Dr. Hubert Stöckli ausgearbeitet und im Dezember 2013 abgeliefert worden.<sup>80</sup>

Am 23. Februar 2018 führte das BJ eine Informationsveranstaltung für die interessierten Kreise durch. Dabei wurden Vertreter der Verbände der Baumeister, der Generalunternehmer und Entwickler, der Hauseigentümer, der Planer und der Konsumenten über den Stand und Fortgang des Projektes informiert und ihnen Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben.

In der Zeit zwischen Dezember 2017 und Oktober 2019 führte das BJ mehrere Fachgespräche mit den folgenden externen Experten durch:

- Prof. Dr. Hubert Stöckli, MCL, Rechtsanwalt, ordentlicher Professor an der Universität Freiburg (Schweiz) für Zivil- und Handelsrecht, Co-Leiter Institut für Schweizerisches und Internationales Baurecht;
- Dr. iur. Thomas Siegenthaler, MJur, Rechtsanwalt, Fachanwalt SAV Bau- und Immobilienrecht, Lehrbeauftragter an der Universität Freiburg (Schweiz);
- Prof. Dr. Jörg Schmid, Rechtsanwalt und Notar, ordentlicher Professor an der Universität Luzern für Privatrecht und Privatrechtsvergleichung.

Konsultiert wurden ausserdem auch die folgenden externen Experten:

- Prof. em. Dr. Dr. h.c. Peter Gauch, Professor em. der Universität Freiburg (Schweiz);
- Prof. em. Dr. Dr. h.c. Hans Peter Walter, Professor em. der Universität Bern.

Gestützt auf diese Abklärungen und Fachgespräche hat das BJ den Vorentwurf ausgearbeitet.

## 1.4 Lokalisierung des Handlungsbedarfs

Grundsätzlich enthält das geltende Recht und insbesondere das Werkvertragsrecht zweckmässige Regelungen für das Rechtsverhältnis zwischen Bauunternehmern und Bauherren. Dem relativ hohen Abstraktionsgrad des OR ist es zu verdanken, dass sich der Bauwerkvertrag unter den Regeln des allgemeinen Werkvertrags abhandeln lässt (vgl. Ziff. 1.2.3).

<sup>80</sup> Das Gutachten ist abrufbar unter: [www3.unifr.ch/ius/baurecht/de/publikationen/bauvertragsrecht.html](http://www3.unifr.ch/ius/baurecht/de/publikationen/bauvertragsrecht.html) oder [https://issuu.com/baurechtdroitdelaconstruction/docs/stoekli\\_\\_bauherrschaft\\_und\\_baumaen](https://issuu.com/baurechtdroitdelaconstruction/docs/stoekli__bauherrschaft_und_baumaen) (zuletzt besucht am 1. Juli 2020).

---

Der Nachteil des hohen Abstraktionsgrads des Gesetzes liegt allerdings darin, dass es auf spezifische Fragen kaum je konkrete Antworten liefert. Die gesetzliche Regelungsdichte ist – gemessen am Regelungsbedarf, der mit Bauvorhaben meist verbunden ist – sehr dünn.<sup>81</sup> Deswegen besteht in der Praxis ein erheblicher Bedarf nach präzisen und situativ angepassten vertraglichen Abreden zwischen den Parteien. Dies zeigt sich namentlich in der weiten Verbreitung von privaten Regelwerken (siehe dazu auch oben Ziff. 1.2.5). Zwar hat sich zur spärlichen Regelung des Gesetzes mittlerweile eine reichhaltige Rechtsprechung gebildet. Gerade bei grösseren Bauprojekten rechtfertigen sich für die Parteien trotzdem massgeschneiderte vertragliche Vereinbarungen.

Trotz ihrer grundsätzlichen Zweckmässigkeit hat das weitestgehend dispositive Gesetzesrecht heute zugunsten vertraglicher Abreden der Parteien stark an Bedeutung eingebüsst und gelangt daher in vielen Fällen gar nicht mehr zur Anwendung. Ausserdem ist das Bauwerkvertragsrecht eine Spezialmaterie für Fachleute geworden. Der Grund dafür dürfte hauptsächlich in der komplexen technischen Natur des Bauwesens sowie in der komplexen Vertrags- und Geschäftspraxis der beteiligten Parteien liegen, was auch zu einer ergiebigen Rechtsprechung geführt hat.

Neben der Zweckmässigkeit des Gesetzes wurde auch seine *Ausgewogenheit*, insbesondere mit Blick auf die Mängelrechte der Bauherren, untersucht. Eine *systematische* Benachteiligung der Bauherren lässt sich dabei nicht feststellen. Was die Mängelrechte der Bauherren betrifft, so sind die praktisch sehr wichtigen «kausalen» Rechtsbehelfe der Wandelung, Minderung und Nachbesserung (siehe dazu im Einzelnen oben Ziff. 1.2.4) im Gesetz schematisch definiert. Ihre Ausübung ist relativ einfach und bedarf keiner gerichtlichen Mitwirkung. Auch unterliegen sie im Vergleich zur ursprünglichen Hauptleistungspflicht keinen wesentlichen Einschränkungen und knüpfen insbesondere nicht an ein Verschulden des Unternehmers respektive Verkäufers an. *Im Grundsatz* ist das Gewährleistungsrecht somit relativ bauherrenfreundlich. Demgegenüber stellen aber gewisse Voraussetzungen zur Ausübung der Mängelrechte – namentlich die *Mängelrüge* – in der Praxis geradezu einen Fallstrick auch für professionelle Bauherren dar.<sup>82</sup> Ebenso war die Ausübung der Mängelrechte bei *Mängeln an gemeinschaftlichen Teilen im Stockwerkeigentum* bis vor Kurzem erheblich erschwert (vgl. dazu ausführlich oben Ziff. 1.2.4 und unten Ziff. 2.2.2). Aufgrund der weitgehend dispositiven Natur des Mängelrechts kommt es in der Praxis zudem oft zu *vertraglichen Abreden*, welche die Bauherren stark benachteiligen.<sup>83</sup> Obwohl dies in der Praxis erhebliche Auswirkungen auf die Situation der Bauherren hat, handelt es sich dabei um *punktueller Erscheinungen*, welche an der grundsätzlichen Ausgewogenheit des Gesetzes nichts ändern.

81 STÖCKLI, Gutachten, Rz. 5 und 15.

82 Vgl. dazu STÖCKLI, Gutachten, Rz. 36 ff., 89.

83 Vgl. dazu STÖCKLI, Gutachten, Rz. 24 ff., 48 ff., 91.

---

## 2 Grundzüge der Vorlage

### 2.1 Die beantragte Neuregelung

Angesichts der Ergebnisse der umfassenden Untersuchung des Bauvertragsrechts in Umsetzung der Motion 09.3392 und der als Postulat überwiesenen Motion 02.3532 (siehe dazu gerade oben Ziff. 1.4), schlägt der Bundesrat eine punktuelle Revision des Gesetzes vor, welche gezielt jene Punkte aufgreift, die sich für die Bauherren heute als *besonders nachteilig* erwiesen haben. Dies betrifft die Frist zur Rüge von Baumängeln (siehe dazu nachfolgend Ziff. 2.1.1) sowie die Vertragspraxis der Abtretung von Mängelrechten unter gleichzeitiger Freizeichnung des Verkäufers oder Generalunternehmers (siehe dazu nachfolgend Ziff. 2.1.2). Diese wesentlichen Punkte des Vorentwurfs betreffen gleichzeitig die wichtigsten im Gutachten STÖCKLI identifizierten Problembereiche<sup>84</sup> wie auch die von den parlamentarischen Initiativen 12.502 und 14.453 aufgeworfenen Punkte. Daneben enthält der Vorentwurf auch einen Vorschlag zur Umsetzung der Motion 17.4079. Der Vorentwurf ist vom Gedanken geleitet, diese Punkte einer möglichst direkten und praktisch wirksamen Lösung zuzuführen, welche für die Bauherren und Käufer verständlich ist und gleichzeitig für die Unternehmer und Verkäufer keine erheblichen Nachteile oder Einschränkungen bewirken. Der Bundesrat verzichtet demgegenüber sowohl auf eine Totalrevision des Werkvertragsrechts wie auch auf die Schaffung eines speziellen Bauwerkvertragstypus im Gesetz (vgl. dazu auch unten Ziff. 2.2.1).

#### 2.1.1 Rügefrist

Die Mängelrüge stellt für Bauherren heute in der Praxis ein sehr grosses Problem dar. Primär für private Einmalbauherren ist die geltende Rechtslage *kaum beherrschbar* und daher *unbefriedigend*;<sup>85</sup> sie führt jedoch auch bei professionellen Bauherren immer wieder zu Unsicherheiten und Überraschungen.<sup>86</sup>

Die Probleme ergeben sich hauptsächlich aus der Kombination der äusserst kurzen Frist zur Ausübung der Mängelrüge (Sofort-Rüge) mit der Rechtsfolge der vollständigen Verwirkung sämtlicher Mängelrechte bei unterlassener, verspäteter oder nicht genügend substantzierter Mängelrüge (siehe dazu auch oben Ziff. 1.2.4). Der Bauherr muss dann ungeachtet des Ausmasses der Mängel die volle Vergütung leisten und die Kosten für die Beseitigung der Mängel selber tragen.

Die kurze Frist überfordert in der Praxis viele Bauherren, da sie oft nicht in der Lage sind, nach dem Auftreten von Mängeln deren rechtliche Bedeutung zu erkennen und innert Frist eine Mängelrüge zu erheben, welche den inhaltlichen Anforderungen genügt (siehe zu den inhaltlichen Anforderungen an die Mängelrüge oben Ziff. 1.2.4). Wenn dafür zuerst rechtliche Beratung benötigt wird, ist die Einhaltung der Rügefrist von wenigen Tagen praktisch unmöglich. Diese Problematik betrifft offene wie auch

<sup>84</sup> Siehe dazu die oben in Fn. 82 und 83 angegebenen Stellen im Gutachten STÖCKLI.

<sup>85</sup> STÖCKLI, Gutachten, Rz. 36, erachtet die heutige Rechtslage als «geradezu stossend».

<sup>86</sup> Vgl. dazu die Entscheide des Bundesgerichts zur sog. «Sennhof-Affäre», wo eine grosse Schweizer Stadt als Bauherrin Mängel nicht rechtzeitig gerügt hatte und so ihrer Rechte verlustig ging: BGer 4A\_53/2012 und BGer 4A\_55/2012 je vom 31. Juli 2012.

---

versteckte Mängel. Bei offenen Mängeln widerspricht die kurze Rügefrist dem Rechtsempfinden, da der Unternehmer oder Verkäufer als Fachperson oder Ersteller des Gebäudes über dessen Zustand und damit auch über offene Mängel in der Regel besser informiert ist als der Bauherr.<sup>87</sup> Bei versteckten Mängeln besteht zusätzlich die Problematik, dass für Laien deren Tragweite und Ernsthaftigkeit oft nicht bekannt oder auch nur erkennbar ist. Insbesondere bei technisch komplexen Bauwerken ist während dem erstmaligen, schleichenden Auftreten eines Mangels zunächst oft nicht klar, ob tatsächlich ein Mangel vorliegt und ob er so deutlich erkennbar ist, dass er nunmehr innert Tagen gerügt werden kann und muss. Daher widerspricht die extreme zeitliche Dringlichkeit einer Mängelrüge auch in diesen Fällen dem allgemeinen Rechtsempfinden.

Eine zwingende Rechtfertigung für eine derart strenge Regelung gibt es bei Bauverträgen und im Werkvertragsrecht im Allgemeinen nicht. Die betreffende Regelung des Werkvertragsrechts wurde aus dem Kaufrecht übernommen. Sie war ursprünglich auf den handelsrechtlichen Distanzkauf gemünzt, wurde vom Gesetzgeber aber zur allgemeinen Regel erhoben.<sup>88</sup> Das Bundesgericht und die Lehre haben für diese Regel nachträglich verschiedene Begründungen herangezogen: Im Interesse der Rechtssicherheit sei eine rasche Klarstellung der tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse erforderlich, weswegen dem Verkäufer möglichst bald Gewissheit darüber verschaffen werden soll, ob die Ware genehmigt werde.<sup>89</sup> Der Verkäufer soll von Beanstandungen rechtzeitig Kenntnis erhalten, damit er sich durch eigene Prüfung ein Urteil über die Begründetheit der Rüge bilden und beurteilen könne, ob er die Mängel zu vertreten habe.<sup>90</sup> Auch soll die kurze Rügefrist verhindern, dass der Käufer rasche Konjunkturschwankungen zu Lasten des Verkäufers ausnutze, indem er nach dem Kauf fallende Preise abwarte und hernach Wandelung des Geschäfts verlange, um sich die Sache anderswo günstiger zu besorgen.<sup>91</sup> Diese Argumente überzeugen für Verträge über Grundstücke nicht, und auch für Werkverträge im Allgemeinen können sie kaum als Begründung für eine Pflicht zur sofortigen Rüge dienen. Vertragsgegenstand bei Werkverträgen sind gerade für den einzelnen Besteller individuell angefertigte Werke und nicht etwa standardisierte Güter. Ein rascher Weiterverkauf an Dritte steht nicht zur Diskussion. Gelegentlich wird auch das Argument vorgebracht, der Unternehmer oder Verkäufer müsse davor geschützt werden, für die durch einen «weiterfressenden» Mangel entstandenen Schäden in Anspruch genommen zu werden, welche durch eine frühere Mängelrüge hätten vermieden werden können. Mit

<sup>87</sup> Die Bestimmungen von Art. 370 Abs. 1 oder Art. 199 OR, wonach vom Unternehmer absichtlich verschwiegene Mängel nicht als genehmigt gelten, greift gleichwohl in den wenigsten Fällen, da die Rechtsprechung relativ hohe Voraussetzungen an den Tatbestand des absichtlichen oder arglistigen Verschweigens knüpft. Im Ergebnis wird dem Besteller oder Käufer überraschenderweise eine grössere Verantwortung zur Erkennung von Mängeln angelastet als dem Unternehmer oder Verkäufer; ähnlich auch STÖCKLI, Gutachten, Fn. 41.

<sup>88</sup> So THEODOR BÜHLER, N 3 ff. zu Art. 367 OR.

<sup>89</sup> BGE **91** II 216; **88** II 365 E. 2; vgl. bspw. auch BGer 4A\_53/2012 vom 31. Juli 2017 E. 6.2; BGer 4C.159/1999 vom 28. Juli 2000 E. 1b/bb.

<sup>90</sup> BECKER, N 1 zu Art. 201 OR.

<sup>91</sup> BGE **88** II 365; BECKER, N 1 zu Art. 201 OR; OSER/SCHÖNENBERGER, N 3 und 22 zu Art. 201 OR.

---

den heutigen technischen Möglichkeiten kann jedoch mehr als in früheren Zeiten festgestellt werden, welche Schäden durch ein unnötiges Zuwarten entstanden sind. Aus der allgemeinen Schadenminderungspflicht hat der Bauherr sodann Mängel, welche durch Zuwarten einen grösseren Schaden bewirken, ohnehin unverzüglich zu rügen.<sup>92</sup> Ein Schutz des Unternehmers durch eine sofortige Rügefrist, deren verstreichen lassen durch Verwirkung sämtlicher Mängelrechte des Bauherrn sanktioniert wird, ist also weder notwendig noch gerechtfertigt.<sup>93</sup> Das Bundesgericht hat in einem neuen Entscheid die Kritik in der Lehre, wonach es keine *ratio legis* gibt, welche zum Schutz des Verkäufers oder Unternehmers eine starre Beschränkung auf eine Woche rechtfertigt, für berechtigt erklärt.<sup>94</sup> Dabei hat es *obiter dictum* betont, dass sich die Rügefrist jeweils am Einzelfall zu bemessen habe und auf seine bisherige Rechtsprechung hingewiesen, welche bei nicht weiterfressenden Mängeln auch schon deutlich längere Rügefristen als wirksam erachtet hat; die «Faustregel» von sieben Arbeitstagen hat es dabei jedoch nicht ausdrücklich in Frage gestellt, weswegen einstweilen wohl keine Praxisänderung angenommen werden kann.<sup>95</sup> Die Rechtsordnungen der Nachbarländer kennen im Übrigen auch keine entsprechend strenge Regelung wie die Schweiz: Während im italienischen Recht eine Rügefrist von 60 Tagen vorgesehen ist,<sup>96</sup> sehen das deutsche, das österreichische und das französische Recht keine Rügefristen für innerhalb der Verjährungsfrist auftretende Mängel vor.<sup>97</sup>

Aus diesen Gründen schlägt der Bundesrat vor, die Rügefrist zwar grundsätzlich beizubehalten, sie aber gegenüber heute in drei wichtigen Punkten zu verlängern. Für Mängel an *unbeweglichen Werken* wird neu eine Rügefrist von *60 Tagen* vorgeschlagen (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 können also gemäss dem 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 zumindest 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 SIA-Norm 118 in ihrem Artikel 172 Absatz 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

<sup>92</sup> Siehe zur Schadenminderungspflicht im Einzelnen unter Ziff. 3.1 die Kommentierung zu Art. 219a VE-OR.

<sup>93</sup> Vgl. auch die umfassende Kritik an dieser Regel von THEODOR BÜHLER, N 62 ff. zu Art. 367 OR; auch gemäss STÖCKLI, Gutachten, Rz. 36, korrespondiert kein schützenswertes Interesse des Unternehmers mit dieser Belastung des Bauherrn durch die Rügepflicht.

<sup>94</sup> BGer 4A\_399/2018 vom 8. Februar 2019 E. 3.2.

<sup>95</sup> Siehe dazu m.w.H. BGer 4A\_399/2018 vom 8. Februar 2019 E. 3.2.; eine Praxisänderung stand wohl schon deswegen nicht zur Diskussion, weil es im konkreten Fall um eine Rügefrist von sechs Arbeitstagen ging.

<sup>96</sup> Art. 1667 Abs. 2 des Codice civile italiano.

<sup>97</sup> Vgl. dazu ZINDEL/PULVER/SCHOTT, Art. 367 N 36 mit Hinweis auf ALFRED BÜHLER, S. 331 und TRACHSEL, N 149 und N 156 ff.

---

erforderlich, da es bei dieser Gesetzesänderung nicht um eine Korrektur einer missbräuchlichen Vertragspraxis, sondern vielmehr um eine Korrektur einer unbilligen Gesetzesbestimmung geht. Das dispositive Gesetzesrecht soll eine für alle Parteien gerechte und ausgewogene Lösung enthalten, was gegenwärtig nicht der Fall ist. Die dispositive Natur der neuen Frist sorgt auch dafür, dass den Vertragsparteien die Flexibilität bleibt, eine kürzere oder längere Frist zu vereinbaren.

## **2.1.2 Nachbesserungsrecht für Erwerber von neu erstelltem Wohneigentum zur Eigennutzung**

### **Unabdingbares Recht auf unentgeltliche Nachbesserung**

Wie bereits oben (vgl. Ziff. 1.2.5) dargestellt, kommt es in der Praxis 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, wie nachfolgend gezeigt wird, Bauherren und Käufer stark benachteiligen. Ihre rechtliche Verbindlichkeit ist aus vertragsrechtlicher Sicht bisweilen zweifelhaft. Solche Vertragsbestimmungen können unter Umständen missbräuchlich im Sinne von Artikel 8 UWG sein, da die Anwendung dieser Bestimmung auch auf Grundstückkaufverträge und Bauwerkverträge mit privaten Einmalbauherren denkbar ist (vgl. dazu oben Ziff. 1.2.5). Da jedoch diese Schutzbestimmung relativ hohe Anforderungen stellt, sie sehr offen formuliert ist und eine gerichtliche Klärung der entscheidenden Fragen bislang fehlt, bietet sie in der Praxis keinen effektiven Schutz für Konsumentinnen und Konsumenten vor unbilligen AGB.

Solche Vereinbarungen erscheinen auf den ersten Blick nicht als besonders nachteilig, tatsächlich handelt es sich dabei aber aus verschiedenen Gründen um eine starke und daher auch kritisierte<sup>98</sup> Schwächung der Position des Bauherrn:

- Aufgrund der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist die Abtretung des Wandelungs- und Minderungsrechts unwirksam (siehe dazu auch oben Ziff. 1.2.4). Somit gehen letztlich nur der Nachbesserungsanspruch und gegebenenfalls der Anspruch auf Ersatz des Mangelfolgeschadens des (General-)Unternehmers gegen seine Subunternehmer auf den Bauherrn über. Der Bauherr verliert somit seine anderen Rechtsbehelfe, oft ohne dass er sich dessen bei Vertragsschluss bewusst wäre. Gewisse Unternehmer oder Notare versuchen deshalb, eine Konstruktion zu wählen, mit welcher der Bauherr ermächtigt wird, als Vertreter des Generalunternehmers dessen Minderungsansprüche gegenüber den Subunternehmern gelten zu machen.
- Die Leistungspflicht des Subunternehmers gegenüber dem Generalunternehmer ist nicht zwingend identisch mit der Leistungspflicht des Generalunternehmers gegenüber dem Bauherrn. Der Generalunternehmer kann sich eine

<sup>98</sup> Siehe dazu eingehend STÖCKLI, Gutachten, Rz. 24 ff.; KRAUSKOPF/MÄRKI, S. 69 f. und 79 ff. und die Hinweise auf weitere Kritik aus der Lehre in KRAUSKOPF/MÄRKI, Fn. 95.

---

geringere Leistung versprechen lassen, als er dem Bauherrn gegenüber versprochen hat.<sup>99</sup> Dann kann der Bauherr nur soweit Nachbesserung verlangen, als damit der Subunternehmervertrag erfüllt wird.

- Der abgetretene Minderungsanspruch hat in der Regel eine tiefere Berechnungsgrundlage als der ursprüngliche Minderungsanspruch des Bauherrn, da im Werk- oder Kaufpreis, den der Bauherrn zu zahlen hat, noch die Marge des Generalunternehmers enthalten ist (siehe zur Berechnung des Minderungsanspruchs im Einzelnen oben Ziff. 1.2.4). Für den Bauherrn besteht damit ein Risiko, dass er aus dem abgetretenen beziehungsweise ihm zur vertretungsweisen Geltendmachung überlassenen Minderungsanspruch weniger erhält, als ihm gegenüber dem Generalunternehmer zustehen würde.
- Die Geltendmachung eines abgetretenen Mangelfolgeschadens durch den Bauherrn setzt voraus, dass der Generalunternehmer überhaupt einen Schaden erlitten hat. Ein solcher entsteht in der Regel dadurch, dass der Bauherr oder Käufer seine Mängelrechte gegenüber dem Generalunternehmer geltend macht. Da die Mängelrechte des Bauherrn aber wegbedungen worden sind, entsteht dem Generalunternehmer oft gar kein Mangelfolgeschaden, welcher auf den Bauherrn übergehen könnte.
- Bei der Abtretung von Nachbesserungsansprüchen stellt sich im Zusammenhang mit gemeinschaftlichen Teilen beim Stockwerkeigentum die Frage, welcher der verschiedenen Stockwerkeigentümer, denen das Nachbesserungsrecht im Vertrag abgetreten worden ist, das Recht letztlich ausüben kann. Ein Recht kann grundsätzlich nur einmal abgetreten werden, und eine Gesamtgläubigerschaft kann nicht ohne weiteres bejaht werden, da die Abtretungen in einzelnen Verträgen unabhängig voneinander erfolgen. Die Wirksamkeit und die Rechtsfolgen solcher Vertragsbestimmungen sind deswegen unklar. Auch dieses Problem haben gewisse Unternehmer und Notare erkannt, und sie versuchten in ihren Vertragsbestimmungen in Anlehnung an die bis vor Kurzem geltende bundesgerichtliche Rechtsprechung, eine «quotenmässige» Abtretung zu bewirken. Solche Klauseln sind ebenfalls stark nachteilig für den einzelnen Stockwerkeigentümer (siehe dazu auch unten Ziff. 2.2.2). Mit der Änderung der Rechtsprechung des Bundesgerichts über die Quotenbezogenheit des Nachbesserungsrechts an gemeinschaftlichen Teilen (siehe dazu unten Ziff. 2.2.2) hat sich diese Problematik tendenziell noch verschärft.
- Das *schwerwiegende* Problem in diesem Zusammenhang ist aber regelmässig ein rein praktisches: Sehr oft kann der Bauherr mangels Fachkenntnissen gar nicht beurteilen, welcher Subunternehmer für den Mangel verantwortlich ist. Ihm ist vom Generalunternehmer zusammen mit der Abtretung der Gewährleistungsansprüche eine Liste der Subunternehmer ausgehändigt worden, und nun müsste er bestimmen, welcher Subunternehmer für den Mangel verantwortlich ist. Gerade bei komplexen Mängeln, wie beispielsweise eindringender Feuchtigkeit, ist es für den Bauherrn ohne Fachkenntnisse und damit ohne

<sup>99</sup> Beispielsweise wenn der Generalunternehmer dem Bauherrn wertvollere Bodenplatten versprochen hat, als er sich vom Subunternehmer hat versprechen lassen.

---

zuerst auf eigene Kosten zu erstellendes Gutachten oft unmöglich zu beurteilen, an welchen Subunternehmer er sich zu halten hat.<sup>100</sup>

Die angesprochenen Bestimmungen sind somit *stark nachteilig* für den Bauherrn, ja sogar *dysfunktional*: Die Abtretung der Mängelrechte wird den unterschiedlichen Stellungen und Funktionen von Generalunternehmer und Bauherrn in dieser «Vertragskette» nicht gerecht. Unbillig ist dabei nicht bereits die Einschränkung der Mängelrechte des Bauherrn oder dass sich dieser für Ansprüche wegen Mängeln an Subunternehmer halten muss; unbillig ist vielmehr der Umstand, dass der Bauherr bei Abschluss solcher Vereinbarungen ihre Auswirkungen in der Regel nicht erkennt, sondern im Irrglauben zustimmen wird, sich nun in gleicher Weise einfach an die Subunternehmer anstatt an den Generalunternehmer halten zu können. Er wird dabei insbesondere nicht erkennen, dass sich der Generalunternehmer damit seiner charakteristischen Verantwortlichkeit entzieht, dass er mangels Fachkenntnissen die Mängelrechte nicht effektiv wahrnehmen können wird und dass aus den abgetretenen Rechten unter Umständen gegenüber dem dispositiven Recht geringere oder andere Ansprüche resultieren. Da die Konsequenzen dieser Vertragspraxis für einen juristischen Laien kaum absehbar sind, ist dessen freie Willensbildung beim Vertragsabschluss nicht gewährleistet. Die betreffenden Klauseln führen oft zum Ergebnis, dass der Bauherr auf den Baumängeln sitzen bleibt. Solche Klauseln sind daher *unbillig und missbräuchlich*. Zwar ist, wie eingangs erwähnt, davon auszugehen, dass solche Klauseln im Einzelfall missbräuchlich nach Artikel 8 UWG sein können. Nicht zuletzt aber auch wegen den bestehenden Unsicherheiten bei der Anwendung dieser Bestimmung, drängt sich eine klare obligationenrechtliche Regelung auf.

Der Bundesrat schlägt deshalb vor, dass zukünftig das Recht des Bauherrn auf unentgeltliche Nachbesserung bei Mängeln an Bauten, die für seinen persönlichen oder familiären Gebrauch bestimmt sind, *unabdingbar* sein soll. Mängel an Bauten, die zu beruflichen oder gewerblichen Zwecken erworben werden, sowie andere bewegliche und unbewegliche Werke sind von dieser Regel nicht erfasst. Das werkvertragliche Nachbesserungsrecht bleibt somit also grundsätzlich dispositiver Natur. Bei Bauherren, welche Bauten zu einer gewerblichen Tätigkeit erstellen lassen, kann Fachwissen oder die Inanspruchnahme fachkundiger Beratung vorausgesetzt werden. Aus Gründen der Verhältnismässigkeit wird sodann darauf verzichtet, auch das Wandelungs- und Minderungsrecht für zwingend zu erklären. Für den Bauherrn ist die unentgeltliche Nachbesserung oft von grösserem praktischem Nutzen als die anderen Behelfe, und für Unternehmer ist sie oft die günstigste und somit mildeste Variante. Dass es sich um einen geringfügigen, für die Unternehmer hinnehmbaren Eingriff handelt, zeigt sich auch darin, dass das Recht auf unentgeltliche Nachbesserung den Bauherren gemäss Artikel 169 der SIA-Norm 118 zusteht. Die vorgeschlagene Bestimmung ist also damit kompatibel.

<sup>100</sup> Ein Feuchtigkeitsschaden kann verschiedene Ursachen haben, wie beispielsweise einen undichten Wandanschluss oder eine undichte Dachabdeckung, undichtes Mauerwerk, undichte Wasserleitungen oder auch Kondensation im Gebäudeinneren. Mängel können sodann mehrere Verursacher haben, wenn beispielsweise verschiedene Subunternehmer ihre Arbeiten mangelhaft aufeinander abgestimmt haben. Oft ist auch nicht klar, ob es sich um einen Planungs- oder Ausführungsfehler handelt.

---

## Nachbesserungsrecht auch bei Grundstückkaufverträgen

Wie oben (vgl. Ziff. 1.2.3) dargestellt, unterliegt es bisweilen einer gewissen Zufälligkeit und kann von den Parteien in einem begrenzten Rahmen auch bewusst gesteuert werden, ob das Rechtsgeschäft über den Erwerb von Grundstücken mit neuerstellten Bauten als Kaufvertrag, als Werkvertrag oder als Mischform dieser Vertragstypen zu qualifizieren ist. Dies betrifft namentlich den Erwerb von Wohneigentum und dabei insbesondere den Erwerb von neu erstellten Stockwerkeinheiten. Die praktischen Auswirkungen dieser unterschiedlichen Qualifikation können bisweilen gross sein, da ein Käufer im Falle von Baumängeln im Gegensatz zu einem Besteller gemäss Gesetz kein Recht auf unentgeltliche Nachbesserung hat (siehe dazu oben Ziff. 1.2.4). Zudem ist die Praxis der Wegbedingung der Mängelrechte des Bauherrn gegenüber dem Generalunternehmer bei gleichzeitiger Abtretung der Mängelrechte des Generalunternehmers gegen die Subunternehmer bei rechtlich als Kaufverträge zu qualifizierenden Geschäften mindestens ebenso häufig anzutreffen. Aus diesem Grund und zur Vermeidung von Umgehungsversuchen wird im Vorentwurf vorgeschlagen, das dispositive *Recht auf unentgeltliche Nachbesserung* auch auf *Kaufverträge* über Grundstücke auszudehnen. Das Nachbesserungsrecht soll beim Grundstückskaufvertrag wie auch beim Werkvertrag zudem dann unabdingbar sein, wenn der Mangel eine Baute betrifft, die *für den persönlichen oder familiären Gebrauch des Käufers* bestimmt ist. 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. Auch die Problematik der Wegbedingung der Mängelrechte bei gleichzeitiger Abtretung von Mängelrechten gegen Subunternehmer kann naturgemäss nur bei Neubauten auftreten. Für ein generelles Nachbesserungsrecht bei Kaufverträgen oder der Einschränkung der Zulässigkeit von Freizeichnungen besteht demgegenüber kein Anlass. Die Auswirkungen einer solchen Freizeichnung sind auch für juristische Laien als Käufer weitgehend abschätzbar. Da beim Nachbesserungsrecht des Käufers aber im Unterschied zum Werkvertrag nicht schon definitionsgemäss gewährleistet ist, dass es ein neu erstelltes Werk betrifft, muss der Vorentwurf für die Beschränkung auf Neubauten an ein geeignetes Kriterium anknüpfen. Der Vorentwurf sieht daher 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. Damit ist der Tatbestand des definitiven Erwerbs durch einen privaten Käufer zuverlässig erfasst. Neubauten werden praktisch durchwegs deutlich früher als ein Jahr nach Erstellung verkauft. Insgesamt erscheint das Kriterium der Jahresfrist deswegen als angemessene Lösung.

### 2.1.3                    **Recht auf Stellung einer Ersatzsicherheit anstelle des Bauhandwerkerpfandrechts**

Nach geltendem Recht haben Handwerker oder Unternehmer, die auf einem Grundstück zu Bauten oder anderen Werken Material und Arbeit geliefert oder Arbeit allein geleistet haben, für ihre Forderungen Anspruch auf Errichtung eines gesetzlichen Grundpfandrechts an diesem Grundstück (vgl. Art. 836 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB). Als

---

Pfand haftet das betreffende Grundstück, ungeachtet, ob dessen Eigentümer der Vertragspartner und damit Schuldner der Forderungen ist oder ein Dritter, zum Beispiel ein Generalunternehmer. Für Bauherren besteht dadurch das Risiko, dass der Generalunternehmer die Subunternehmer für ihre Arbeiten und das von ihnen gelieferte und verbaute Material nicht bezahlt und deswegen das Grundstück als Pfand für deren Forderungen haftet, verbunden mit der Gefahr einer Doppelzahlung.<sup>101</sup> Das Gesetz sieht deswegen vor, dass der Eigentümer die Eintragung des Pfandrechts im Grundbuch abwenden kann, indem er für die Forderung «hinreichende Sicherheit leistet» (Art. 839 Abs. 3 ZGB). Der Anspruch auf Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts ist also subsidiär zu einer alternativen Sicherheit. Damit eine Ersatzsicherheit als «hinreichend» gelten kann, muss sie gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts qualitativ und quantitativ die gleiche Sicherheit bieten wie das Bauhandwerkerpfandrecht.<sup>102</sup> In quantitativer Hinsicht bietet das Bauhandwerkerpfandrecht dem Gläubiger Sicherheit für die Kapitalforderung (Art. 818 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB) und die Verzugszinsen (Art. 818 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB), allenfalls für die Vertragszinsen (Art. 818 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB).<sup>103</sup> Das Bundesgericht hat sodann festgehalten, dass die Verzugszinsen ihrerseits zeitlich nicht limitiert seien (Art. 104 OR) und dementsprechend auch die Ersatzsicherheit hinsichtlich der Verzugszinsen eine zeitlich beziehungsweise quantitativ nicht limitierte Sicherheit bieten müsse.<sup>104</sup> In einem neueren Entscheid hat es dementsprechend ausdrücklich festgehalten, dass eine Bankgarantie, die zwar den Kapitalbetrag, nicht aber die zeitlich unlimitiert geschuldeten Verzugszinsen abdeckt, die Anforderungen an eine hinreichende Sicherheit nicht erfüllt.<sup>105</sup> Mit diesem Entscheid hat das Bundesgericht der Praxis verschiedener kantonaler Gerichte widersprochen, wonach es genügen soll, wenn der Verzugszins für eine bestimmte (längere) Dauer von der Ersatzsicherheit gedeckt ist.<sup>106</sup>

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 deswegen kaum möglich, das Bauhandwerkerpfandrecht durch eine Bankgarantie oder eine Realsicherheit abzulösen. Eine Bankgarantie für die unlimitierten Verzugszinsen in unbestimmter Höhe ist oft nicht oder nur zu unattraktiven Konditionen erhältlich. Eine Realsicherheit genügt sodann oft auch nicht, da die Forderung aufgrund der theoretisch unlimitierten Verzugszinsen den wirtschaftlichen Wert der Sicherheit übersteigen würde. Dies führt dazu, dass Bauherren (aber auch Generalunternehmen und Investoren) die wichtigsten Formen der Ersatzsicherheit nicht zur Verfügung stehen. Gleichzeitig besteht die Gefahr von Missbrauch, weil zur

<sup>101</sup> Im Rahmen der Motion der Rechtskommission des Nationalrates 98.3362 «Änderung von Art. 839 Abs. 2 ZGB, Bauhandwerkerpfandrecht» vom 7. Juli 1998 hat der Bundesrat im damaligen Vorentwurf vorgeschlagen, die Subunternehmer vom Bauhandwerkerpfandrecht auszuschliessen und ihnen im Gegenzug ein gesetzliches Forderungspfandrecht einzuräumen. Dieser Vorschlag wurde in der Vernehmlassung stark kritisiert und deswegen fallen gelassen, vgl. Botschaft Register-Schuldbrief, 5294, 5295 und 5301. Im Zusammenhang mit dem Doppelzahlungsrisiko wurde sodann im Dezember 2019 das Postulat 19.4638 Caroni. «Ausgewogeneres Bauhandwerkerpfandrecht» eingereicht.

<sup>102</sup> BGE 142 III 738 E. 4.4.2; 121 III 445 E. 5a; 110 II 34 E. 1b.

<sup>103</sup> Vgl. BGE 142 III 738 E. 4.4.2.

<sup>104</sup> BGE 142 III 738 E. 4.4.2; 121 III 445 E. 5a.

<sup>105</sup> BGE 142 III 738 E. 4.4.3.

<sup>106</sup> Dem besagten BGE 142 III 738 lag eine solche Praxis zugrunde.

---

Ablösung von Bauhandwerkerpfandrechten teilweise exorbitante Sicherheiten verlangt werden.

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. Dadurch wird der Umfang der Ersatzsicherheit bestimmbar. 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: Kaum je wird Verzugszins für eine längere Dauer anfallen, denn in der Regel werden die zehn Jahre ausreichen, um allfällige gerichtliche Verfahren betreffend die Beanspruchung der Sicherheit abzuschliessen. Zu bedenken ist auch, dass der erwähnte Entscheid des Bundesgerichts im Hinblick auf die «quantitative» Gleichwertigkeit, also den Umfang der Sicherung, ergangen ist. Über die wirtschaftliche Qualität der Sicherheit ist damit nichts gesagt. Die Frage nach der «qualitativen» Gleichwertigkeit dürfte in der Praxis regelmässig deutlich wichtiger sein als die Frage, ob die Sicherheit für Verzugszins für eine Dauer von mehr als zehn Jahren beansprucht werden kann. Die wirtschaftliche Qualität dürfte bei einer Bankgarantie in vielen Fällen aber gerade grösser sein. Zudem ist die Beanspruchung einer Bankgarantie in aller Regel einfacher und innert kürzerer Frist möglich als die Verwertung eines Grundpfandes, was ein grosser praktischer Vorteil für den Gläubiger ist. Die Erleichterung der Stellung einer Bankgarantie als Ersatzsicherheit kommt somit letztlich auch den Gläubigern zugute.

## **2.2 Verworfenen Alternativen**

### **2.2.1 Totalrevision des Werkvertragsrechts oder Schaffung eines neuen gesetzlichen Bauwerkvertrags**

Weil das geltende Recht insgesamt gleichermassen zweckmässig wie auch ausgewogen ist (vgl. dazu oben Ziff. 1.4), verzichtet der Bundesrat sowohl auf eine Totalrevision des Werkvertragsrechts wie auch auf die Schaffung eines speziellen Bauwerkvertragstypus im Gesetz. Zudem wird das gesetzliche Werkvertragsrecht in der Praxis häufig durch umfassende privatautonome Vereinbarungen überlagert (vgl. dazu oben Ziff. 1.4 und 1.2.5), so dass es für den Bereich des Bauvertragsrechts stark an Bedeutung eingebüsst hat. Da es jedoch fast vollständig dispositiver Natur ist, steht es umgekehrt der Vertragspraxis auch nicht im Wege. Es darf zudem bezweifelt werden, dass eine spezifischere Regelung einen grösseren Nutzen für die privaten Bauherren bringen würde. Angesichts der Komplexität des Bauwesens würde das Bauvertragsrecht nämlich gleichwohl eine Materie für Spezialisten bleiben, deren gesamte Neuregelung mit neuen Rechtsunsicherheiten einhergehen würde. Dies ginge primär zu Lasten der privaten Bauherren, die unter dem Eindruck drohender Gerichtsverfahren ihre Rechte dann oft gar nicht durchzusetzen versuchen würden. Deswegen ist vielmehr eine punktuelle Revision des Gesetzes angezeigt, die gezielt jene Punkte aufgreift, die sich für die Bauherren heute als *besonders nachteilig* erwiesen haben.

---

## 2.2.2

### **Regelung betreffend die Geltendmachung von Gewährleistungsansprüchen bei Mängeln an gemeinschaftlichen Teilen im Stockwerkeigentum**

Die frühere Praxis bei der Geltendmachung von Gewährleistungsansprüchen wegen Mängeln an gemeinschaftlichen Teilen im Stockwerkeigentum war für die einzelnen Stockwerkeigentümer sehr nachteilig: Einerseits hat die Gemeinschaft der Stockwerkeigentümer keine eigenen Mängelrechte, da sie nicht Vertragspartei der entsprechenden Kaufverträge ist und das Bundesgericht eine Legalzession der Mängelrechte an sie ausdrücklich verneinte. Andererseits hatte der einzelne Stockwerkeigentümer nur ein auf seine Wertquote beschränktes Nachbesserungsrecht, so dass er den Verkäufer für den seine Quote übersteigenden Anteil an den Nachbesserungskosten entschädigen musste (siehe zu dieser Rechtslage im Einzelnen oben Ziff. 1.2.4). Die Ausübung des Nachbesserungsrechts für den einzelnen Stockwerkeigentümer war dadurch erheblich erschwert und daher in der Praxis unattraktiv, weshalb hier grundsätzlich Anpassungsbedarf bestand.

Mit einer neuen Entscheidung hat das Bundesgericht seine Rechtsprechung geändert und festgehalten, dass «der Nachbesserungsanspruch [...] unteilbar [ist] und jeder einzelne Stockwerkeigentümer [...] seine vertraglichen Nachbesserungsansprüche gegenüber dem Unternehmer auch dann ungeteilt ausüben [kann], wenn diese Ansprüche gemeinsame Bauteile eines in Stockwerkeigentum aufgeteilten Werkes betreffen».<sup>107</sup> Mit dieser Rechtsprechungsänderung hat sich die Problematik insoweit entschärft, als damit den Interessen der Stockwerkeigentümer hinreichend Rechnung getragen wird und sie ihr Nachbesserungsrecht praktisch auch ausüben können. Nach Ansicht des Bundesrats besteht somit der ursprüngliche gesetzgeberische Handlungsbedarf nicht mehr, auch wenn freilich weiterhin einige Fragen offen sind: So ist namentlich unklar, wie es sich verhält, wenn ein Stockwerkeigentümer für Mängel an gemeinschaftlichen Teilen bereits Minderung erhalten hat und erst danach ein anderer Stockwerkeigentümer Nachbesserung verlangt.<sup>108</sup> Ungelöst ist daneben auch die Frage, wie es sich verhält, wenn die vertraglichen Gewährleistungsansprüche der einzelnen Stockwerkeigentümer nicht identisch sind, weil sie mit dem Verkäufer Verträge mit unterschiedlichen Inhalten abgeschlossen haben. Das Bundesgericht erachtet im erwähnten Entscheid insofern eine Koordination zwischen der Durchsetzung des werkvertraglichen Nachbesserungsanspruchs einzelner Erwerber von Stockwerkeigentum und den Regeln über die Beschlussfassung der Stockwerkeigentümergeinschaft für erforderlich,<sup>109</sup> welche jedoch im Rahmen der Stockwerkeigentümergeinschaft bereits auf der Grundlage der Regeln über bauliche Massnahmen am Miteigentum (Art. 712g Abs. 1 i.V.m. Art. 647c ff. ZGB) erfolgen muss. Die Lösung dieser Unklarheiten kann jedoch nach Ansicht des Bundesrates der Rechtsprechung überlassen werden. So wäre nach Ansicht des Bundesrates insbesondere die teilweise vorgeschlagene

<sup>107</sup> BGE 145 III 8 E. 3.5

<sup>108</sup> Vgl. dazu namentlich PICCININ, Rz. 327. Diese Problematik ist im Übrigen in den Fällen, in welchen die SIA-Norm 118 vereinbart wird, massgeblich entschärft, weil dort in Art. 169 ein Vorrang des Nachbesserungsrechts vorgesehen ist.

<sup>109</sup> BGE 145 III 8 E. 3.5.

---

Schaffung einer *Legalzession* der Gewährleistungsansprüche der Stockwerkeigentümer an die Gemeinschaft nicht zielführend. Auch wenn damit die Zuständigkeit zur Geltendmachung von Gewährleistungsansprüchen eindeutiger geregelt und die Koordination der verschiedenen Ansprüche gewährleistet wäre, wäre die Schaffung einer Legalzession mit Unwägbarkeiten verbunden und würde einen schwerwiegenden Eingriff in die Rechte der Stockwerkeigentümer darstellen, ohne dass dem aus heutiger Sicht eindeutige praktische Vorteile gegenüberstünden.

### **2.2.3 Abschaffung der Verwirkungsfolge bei verspäteter Mängelrüge**

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.<sup>110</sup> Mit der vorgesehenen erheblichen Verlängerung der Rügefrist wird die Härte der heutigen Regelung jedoch so stark gemildert, so dass auf den tiefergreifenden Eingriff der Abschaffung der Verwirkungsfolge verzichtet werden kann. Die vorgeschlagenen Rügefristen von 60 Tagen erscheinen für Bauherren und Käufer zumutbar.

### **2.2.4 Verbot der Abtretung von Mängelrechten**

Die Abtretung des Wandelungs- und des Minderungsrechts sind bereits heute unwirksam (siehe oben Ziff. 1.2.4), so dass ein gesetzliches Verbot nach Ansicht des Bundesrats an sich nicht notwendig erscheint. Das Problem liegt auch nicht in der Abtretung der Mängelrechte, sondern in der gleichzeitigen Wegbedingung der Mängelrechte des Generalunternehmers oder Verkäufers, in deren Gegenzug die Mängelrechte gegen die Subunternehmer abgetreten werden. Zielführender ist deswegen ein zwingendes Nachbesserungsrecht für diejenigen Fälle, wo die heutige Praxis besonders stossend erscheint (vgl. dazu oben Ziff. 2.1.2).

### **2.2.5 Verlängerung der Verjährungsfrist für Baumängel**

Die gegenüber der allgemeinen Verjährungsfrist für vertragliche Ansprüche von 10 Jahren (Art. 127 OR) deutlich kürzere Verjährungsfrist für Baumängel kann angesichts der heutigen technischen Möglichkeiten zur Feststellung von Mängeln und deren Folgeschäden durchaus in Frage gestellt werden. Der Bundesrat verzichtet in dieser Vorlage jedoch auf einen Anpassungsvorschlag zu den Verjährungsfristen, zumal sich dafür auch keine mehrheitsfähigen Lösungen abzeichnen. Nach Ansicht des Bundesrats sind die vorgeschlagenen punktuellen Anpassungen der ungleich problematischeren Regelungen insbesondere zugunsten der Bauherren zielführender.

<sup>110</sup> So auch der Vorschlag von STÖCKLI, Gutachten, Rz. 41 ff., 89.

---

## 2.3

## Übergangsrecht

Ohne besondere übergangsrechtliche Regelung gelten für das Privatrecht die Artikel 1–4 Schlusstitel ZGB. Artikel 1 Schlusstitel ZGB enthält die Grundregel der Nichtrückwirkung einer Gesetzesänderung. Sie schützt das Vertrauen in den Bestand einmal rechtsgeschäftlich gesetzeskonform begründeter Rechte.<sup>111</sup> Ausdrückliche oder stillschweigende vertragliche Vereinbarungen, aber auch der weitere Inhalt eines unter altem Recht begründeten Vertrages werden nach dem alten Recht beurteilt, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob es sich um dispositives oder zwingendes Recht handelt.<sup>112</sup> Dies betrifft insbesondere auch Fragen betreffend die Pflicht zur Gewährleistung.<sup>113</sup> Demgegenüber ist in den Artikeln 2–3 Schlusstitel ZGB festgehalten, in welchen Fällen abweichend von der Grundregel trotzdem eine Rückwirkung stattfinden soll; das gilt insbesondere für Normen, welche der öffentlichen Ordnung und Sittlichkeit willen aufgestellt werden (Art. 2 Abs. 1 Schlusstitel ZGB). Eine Rückwirkung setzt damit voraus, dass die Norm zu den *Grundpfeilern* der heutigen Rechtsordnung gehört und dass ohne ihre Rückwirkung eine Verletzung *grundsätzlicher* sozialpolitischer und ethischer Anschauungen vorliegen würde.<sup>114</sup>

Die vorgeschlagenen Artikel 219a Absatz 2 und Artikel 368 Absatz 2<sup>bis</sup> VE-OR mit ihrer zwingenden Natur sollen eine heute als stossend und missbräuchlich empfundene Vertragspraxis unterbinden. Dennoch stehen solche Freizeichnungsklauseln nicht in einem offensichtlichen Widerspruch zu den Grundprinzipien der Rechtsordnung. Eine Rückwirkung wäre deswegen nicht durch ein hinreichendes öffentliches Interesse gerechtfertigt.<sup>115</sup> Unter altem Recht erfolgte Wegbedingungen von Gewährleistungsansprüchen bleiben somit in den allgemeinen Schranken auch unter neuem Recht wirksam. Ebenso haben Käufer, welche ein Grundstück unter altem Recht gekauft haben, auch wenn keine Wegbedingung der Gewährleistung erfolgt ist, kein Nachbesserungsrecht nach Artikel 219a Absatz 2 VE-OR. Die Anwendung von Artikel 367 Absatz 1 zweiter Satz VE-OR, das heisst die Länge der Rügefrist, bemisst sich gemäss Artikel 1 Absatz 1 und 2 Schlusstitel ZGB für vor dem Inkrafttreten des neuen Rechts abgeschlossene Verträge nach altem Recht. Für solche Verträge gilt also auch nach Inkrafttreten des neuen Rechts die Pflicht zur Sofort-Rüge, was besonders bei versteckten Mängeln relevant sein wird.

<sup>111</sup> BGE 140 III 406; BGE 138 III 662.

<sup>112</sup> MUTZNER, Art. 1 N 64.

<sup>113</sup> MUTZNER, Art. 1 N 65.

<sup>114</sup> BGE 133 III 105 E. 2.1.3; 119 II 46 E. 1a; 100 II 105 E. 2.

<sup>115</sup> Ein hinreichendes öffentliches Interesse wäre auch aus verfassungsrechtlicher Sicht erforderlich; vgl. VISCHER, Art. 2 SchlT ZGB N 3.

---

### 3 Erläuterungen zu den einzelnen Artikeln

#### 3.1 Obligationenrecht

*Art. 219 Randtitel und Abs. 3*

*Absatz 3* der Bestimmung, der heute die Verjährungsfrist für die Gewährleistungsrechte des Grundstückskäufers enthält, soll in einen neuen Artikel 219a verschoben werden, der die Verjährung für Gewährleistungsansprüche (Art. 219a Abs. 3 VE-OR) neu zusammen mit der Mängelrüge und dem Nachbesserungsrecht des Käufers regelt.

Artikel 219 VE-OR wird in Zukunft nur noch die Thematik der Gewährleistung für das Mass enthalten, was sich auch im geänderten *Randtitel* widerspiegeln soll; im Übrigen bleibt die bisherige Bestimmung unverändert.

*Art. 219a*

Gegenstand dieser neuen Bestimmung ist die *Gewährleistung bei Grundstückskäufen* und dabei die Mängelrüge (Abs. 1), das Nachbesserungsrecht des Käufers (Abs. 2) sowie die Verjährung der Gewährleistungsrechte (Abs. 3).

*Absatz 1 erster Satz* sieht neu eine *Rügefrist von 60 Tagen für Sachmängel* beim Grundstückskauf vor. Damit soll die ausserordentliche Härte der heutigen «Sofort-Rüge» im Werkvertrags- und Kaufvertragsrecht für Grundstückskäufer und Bauherren abgemildert werden (vgl. dazu oben Ziff. 2.1.1 sowie die parallele Regel im Werkvertragsrecht, Art. 367 Abs. 1 Satz 2 VE-OR). Erfasst werden gleichermassen Kaufverträge über Grundstücke mit neu erstellten Bauten wie auch über Grundstücke mit schon länger bestehenden Bauten oder ohne Bauten. Letztere beide werden von dieser Regel ebenfalls erfasst, da auch dort die kurze Mängelrüge oft problematisch ist.

Die Rügefrist von 60 Tagen gilt sowohl für offene wie auch für versteckte Mängel. Bei diesen Rügefristen handelt es sich wie bisher um *Verwirkungsfristen*,<sup>116</sup> die grundsätzlich weder unterbrochen noch gehemmt werden können.<sup>117</sup> Die Rügefrist beginnt bei offenen Mängeln mit Ablauf der Prüfungsfrist zu laufen. Die Prüfungsfrist wiederum beginnt beim Grundstückskauf mit der Besitzesübertragung zu laufen<sup>118</sup> und sie ist in der Regel nicht einheitlich lange für das gesamte Grundstück.<sup>119</sup> Einen fixen Zeitpunkt für den Beginn der Rügefrist gibt es deswegen nicht. Die Rügefrist für versteckte Mängel beginnt sodann mit der Entdeckung des Mangels zu laufen (Abs. 1 *zweiter Satz*).<sup>120</sup>

Angesichts dieser verlängerten Fristen werden Käufer insbesondere ihre *Schadenminderungspflicht* zu berücksichtigen haben, welche im Einzelfall eine Mängelrüge innert

<sup>116</sup> BGE 61 II 148 E. 5.c.

<sup>117</sup> GUHL/KOLLER/SCHNYDER/DRUEY, § 38 N 51.

<sup>118</sup> BGE 131 III 145 E. 7.1.

<sup>119</sup> Vgl. ERICH RÜEGG, in: Grundstückskauf, Rn 232, welcher das Beispiel der Wärmedämmung oder Heizung erwähnt, für welche sich die Dauer der Prüfungsfrist bis in die kalte Jahreszeit erstreckt.

<sup>120</sup> Zum Begriff der Entdeckung kann auf die diesbezüglichen von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze zum Werkvertrag (Art. 370 Abs. 3 OR) verwiesen werden, vgl. dazu auch die Erläuterung zu Art. 367 Abs. 1 Satz 2 VE-OR.

---

kürzerer Frist gebieten kann. Dabei handelt es sich 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 (vgl. Art. 44 Abs. 1 OR, welcher aufgrund des Verweises in Art. 99 Abs. 3 OR auch für die Haftung aus Vertrag gilt).<sup>121</sup> Demnach muss der Geschädigte den Schaden selbst tragen, soweit er ihn selbstverantwortlich mitverursacht hat, so dass bei dessen Verletzung nur der Schaden zu ersetzen ist, der auch entstanden wäre, wenn der Geschädigte seiner Obliegenheit zur Schadensminderung nachgekommen wäre.<sup>122</sup> Entsprechend hat der Käufer Mängel, die weitere Schäden verursachen oder erkennbar die Behebung zu einem späteren Zeitpunkt erschweren oder verteuern,<sup>123</sup> nach Treu und Glauben sobald als möglich zu rügen. Kommt der Käufer dieser Obliegenheit nicht nach, wird er aber nicht mehr sämtliche Mängelrechte verlieren, sondern nur den Anspruch auf Ersatz desjenigen Schadens, der bei einer zumutbar früheren Mängelrüge nicht eingetreten wäre.

Die neue Regelung soll entsprechend der heutigen Rechtslage *dispositiver* Natur sein, so dass die neuen Rügefristen vertraglich abgeändert werden. Auch im Hinblick auf alle weiteren Aspekte bleibt es bei der heutigen Rechtslage, namentlich hinsichtlich der Verwirkungsfolge der verspäteten oder unterbliebenen Mängelrüge (Art. 201 Abs. 2 und Abs. 3 OR).

In Absatz 2 wird dem Käufer eines Grundstücks unter gewissen Voraussetzungen analog einem Besteller ebenfalls ein *Nachbesserungsrecht* eingeräumt. Wie oben dargestellt, ist die Qualifikation als Werk- oder Kaufvertrag bei neu erstellten oder noch zu erstellenden Bauten oft von mehr oder weniger zufälligen Umständen abhängig und kann von den Parteien auch bewusst gesteuert werden (vgl. dazu oben Ziff. 1.2.3). Deswegen drängt sich für Werk- wie auch für Kaufverträge eine parallele Regelung auf, auch wenn das Nachbesserungsrecht im Kaufvertrag einen Fremdkörper darstellen mag und bisher von Gesetzes wegen nicht vorgesehen ist (siehe dazu oben Ziff. 1.2.4). Ein Nachbesserungsrecht dient dem Käufer oft am besten und stellt für den Verkäufer in der Praxis meist keine wesentliche Belastung dar. Im Bauwesen ist es Verkäufern zumutbar, dass ihnen eine solche im Grunde vertragsfremde Pflicht aufgebürdet wird, zumal hier meist ein System von Planern, General- und Subunternehmern anzutreffen ist, so dass es zur Erfüllung der Nachbesserungsschuld gar nicht auf die persönlichen Kenntnisse und Mittel des Nachbesserungspflichtigen ankommt. Ausserdem treten die Verkäufer oft andernorts selbst als (General-)Unternehmer in einem Werkvertragsverhältnis auf und sind dort potenziell Nachbesserungsansprüchen ausgesetzt. Zudem erfolgt nicht nur bei Werkverträgen, sondern vor allem auch bei Kaufverträgen über Stockwerkeinheiten und Reiheneinfamilienhäuser oft eine weitgehende Freizeichnung bei gleichzeitiger Abtretung der Mängelrechte des Ver-

<sup>121</sup> M.w.H. BGE 130 III 182 E. 5.5.1; vgl. auch BGer 4C\_37/2011 vom 27. April 2011 E. 4.2; OFTINGER/STARK, § 6 Rz. 42 und § 7 Rz. 16.

<sup>122</sup> BGer 4C\_37/2011 vom 27. April 2011 E. 4.2; 4C.83/2006 vom 26. Juni 2006 E. 4.

<sup>123</sup> So stellt sich beispielsweise die Frage, ob ein Käufer eines Rohbaus, welcher Mängel an der Bodenheizung feststellt und diese erst rügt, nachdem einige Zeit später Bodenplatten verlegt worden sind, die Kosten für die Entfernung und neuerliche Verlegung der Bodenplatten zwecks Reparatur der Bodenheizung selber zu tragen hat.

---

käufers gegenüber seinen Subunternehmern. Das Schutzbedürfnis des Käufers ist hinsichtlich dieser problematischen Vertragspraxis vergleichbar mit demjenigen eines Bestellers im Rahmen eines Werkvertrags.

Ein Nachbesserungsrecht besteht beim Grundstückkauf nur unter *zwei Bedingungen*: Erstens muss Vertragsgegenstand ein *Grundstück mit einer Baute* sein.<sup>124</sup> Der Begriff des Grundstücks ergibt sich aus Artikel 655 ZGB. Damit fallen nicht nur Liegenschaften (Abs. 2 Ziff. 1), sondern auch in das Grundbuch aufgenommene selbständige und dauernde Rechte (Abs. 2 Ziff. 2) sowie Miteigentumsanteile an Grundstücken (Abs. 2 Ziff. 4) darunter. Der Kauf einer Baute im Baurecht wird also auch vom neuen Artikel 219a Absatz 2 VE-OR erfasst, sofern das Baurecht nach Artikel 779 Absatz 3 ZGB als selbständiges und dauerndes Recht in das Grundbuch aufgenommen wird. Ebenso fällt auch der Kauf von Stockwerkeigentum darunter (vgl. Art. 712a Abs. 1 ZGB). Als Baute gilt in Anlehnung an Artikel 667 Absatz 2 ZGB jede mit dem Boden fest und dauerhaft verbundene Vorrichtung. Nicht darunter fallen hingegen Fahrnisbauten (Art. 677 ZGB) und reine Umgestaltungen des Erdbodens<sup>125</sup>. Zweitens besteht das Nachbesserungsrecht nur bei Grundstücken mit Bauten, die *weniger als ein Jahr vor dem Verkauf neu errichtet* wurden oder *noch zu errichten sind*. Damit wird sichergestellt, dass nur der Erwerb einer neuen Baute von dieser Regelung erfasst ist. Nur Käufer einer solchen Baute können wertungsmässig wie Bauherren behandelt werden. Bei schon länger bestehenden Bauten erfolgt in der Regel keine Freizeichnung des Verkäufers bei gleichzeitiger Abtretung der Mängelrechte gegen seine Subunternehmer.<sup>126</sup> Die Jahresfrist beginnt nach der Errichtung zu laufen. Dies bedeutet, dass die Arbeiten abgeschlossen sein müssen, so dass die Baute im Wesentlichen den Zustand erreicht hat, welcher im Kaufvertrag versprochen wurde. Geringfügige oder nebensächliche Arbeiten sowie etwaige Nachbesserungsarbeiten werden den Zeitpunkt der Errichtung in der Regel nicht mehr beeinflussen. Ist dieser Zustand hingegen noch nicht erreicht, so ist der Tatbestand der Bestimmung ohnehin erfüllt, da die Baute dann als *noch zu errichten* gilt. In diesem Fall wird entweder ein gemischtes Vertragsverhältnis oder ein Kauf über eine zukünftige Sache vorliegen (siehe dazu oben Ziff. 1.2.3). In beiden Fällen besteht gemäss dem Vorentwurf ein Nachbesserungsrecht hinsichtlich der noch zu erstellenden Teile. Die Ausübung des Nachbesserungsrechts ist im Übrigen nicht an die Jahresfrist gebunden.

Nach *Absatz 2 zweiter Satz* kommen die werkvertraglichen Voraussetzungen auf das kaufvertragliche Nachbesserungsrecht sinngemäss zur Anwendung. Es gelten für seine Ausübung somit dieselben Voraussetzungen wie beim Werkvertrag (namentlich

<sup>124</sup> Nach dem Akzessionsprinzip (siehe dazu oben Fn. 17) kann Gegenstand des Kaufvertrags – im Gegensatz zum Werkvertrag – nur das Grundstück sein, nicht hingegen die Baute selbst; die Ausnahme dazu ist die Baute im Baurecht (vgl. dazu oben Ziff. 1.2.3).

<sup>125</sup> Vgl. dazu BGE 98 II 191 E. 2.

<sup>126</sup> Freilich kann eine weitgehende Freizeichnung auch für den privaten Einmalkäufer eines Grundstücks problematisch sein; für diesen ist jedoch eher erkennbar, dass er dadurch schlechter gestellt wird, denn er erhält nicht im Gegenzug Ansprüche gegen Subunternehmer abgetreten (siehe zur Problematik dieser Abtretungspraxis oben Ziff. 2.1.2). Ferner verlangen die parlamentarischen Vorstösse nur eine Stärkung der Rechte der Bauherren, nicht jedoch der Käufer von Grundstücken im Allgemeinen (siehe zu den Vorstössen oben Ziff. 1.1).

---

muss die Mangelbeseitigung überhaupt objektiv möglich sein und die Verbesserungskosten dürfen nicht übermässig sein).<sup>127</sup> Der Mangelbegriff wird sich dabei allerdings aus dem Kaufvertrag ableiten. Die Nachbesserungspflicht beinhaltet somit die Herstellung des im Kaufvertrag versprochenen Zustandes. Dabei hat der Verkäufer – gleich einem nachbesserungspflichtigen Unternehmer – auch die erforderlichen Vorbereitungs- und Wiederherstellungskosten zu tragen.<sup>128</sup> Soweit dem Verkäufer die notwendigen Kenntnisse und Fähigkeiten zur Herstellung des vertragsgemässen Zustandes fehlen, kann und muss er dafür einen Dritten heranziehen.<sup>129</sup> Zwingender Natur ist das Nachbesserungsrecht im Rahmen eines Kaufvertrags sodann nur unter den Voraussetzungen von Artikel 368 Absatz 2<sup>bis</sup> VE-OR.

*Absatz 3* entspricht dem bisherigen Absatz 3 von Artikel 219 OR. Die neue Platzierung der Bestimmung über die Verjährung der Gewährleistungsansprüche ergibt sich aus Gründen der Gesetzssystematik. Ausserdem wurde der Wortlaut der Bestimmung demjenigen der bundesgerichtlichen Praxis angepasst, gemäss welcher die Verjährungsbestimmung des bisherigen Artikel 219 Absatz 3 OR auf sämtliche Mängel anwendbar ist und nicht nur auf Mängel an Gebäuden.<sup>130</sup>

#### *Art. 367 Abs. 1 zweiter Satz*

Diese Bestimmung enthält neu eine ausdrückliche Regelung der Rügefrist für offene Mängel. Die Rügefrist für versteckte Mängel ist, entsprechend der heutigen Rechtslage, in Artikel 370 Absatz 3 VE-OR enthalten. Die Bestimmung bezieht sich nur auf unbewegliche Werke. Der Begriff des «unbeweglichen Werks» wird vom Gesetz heute an verschiedener Stelle verwendet, namentlich in Artikel 371 Absatz 1 und 2 OR sowie in Artikel 210 Absatz 2 OR. Vorausgesetzt wird dabei eine feste Verbindung mit dem Erdboden.<sup>131</sup> Unbewegliche Werke sind also beispielsweise ein mit dem Boden fest verbundenes Bauwerk, aber auch Arbeiten an einem solchen, oder eine fest mit dem Boden verbundene Anlage oder Arbeiten am Erdboden selber.<sup>132</sup>

An der bisher in Absatz 1 enthaltenen Prüfungspflicht soll sich nichts ändern. Die Prüfung soll wie bisher erfolgen, sobald es nach Ablieferung des Werks nach dem üblichen Geschäftsgang tunlich ist (siehe zur Prüfung im Einzelnen oben Ziff. 1.2.4). Die Rügefrist beträgt neu jedoch 60 Tage. Offene Mängel gelten mit *Abschluss der Prüfung* als entdeckt; sehr offensichtliche Mängel allenfalls noch vorher. Die Frist beginnt somit in diesem Zeitpunkt zu laufen. Aufgrund der *Schadenminderungspflicht* kann im Einzelfall sodann eine Mängelrüge innert kürzerer Frist geboten sein (siehe dazu die Erläuterung zu Art. 219a Abs. 1 VE-OR). Die Rechtsfolge der verspäteten oder unterlassenen Mängelrüge bleibt wie heute in Artikel 370 Absatz 2 OR geregelt.

Die Bestimmung soll wie bisher *dispositiver Natur* sein, sodass eine vertragliche Abänderung der Rügefrist weiterhin zulässig ist.

<sup>127</sup> Siehe zu den Voraussetzungen des Nachbesserungsrechts im Einzelnen GAUCH, Werkvertrag, Nr. 1745 ff.

<sup>128</sup> Vgl. GAUCH, Werkvertrag, Nr. 1720.

<sup>129</sup> Vgl. GAUCH, Werkvertrag, Nr. 1715.

<sup>130</sup> BGE **104** II 265 E. 3.

<sup>131</sup> GAUCH, Werkvertrag, Nr. 2239.

<sup>132</sup> Vgl. GAUCH, Werkvertrag, Nr. 2244 ff.

---

Art. 368 Abs. 2<sup>bis</sup>

Artikel 368 regelt die Mängelrechte des Bestellers beim Werkvertrag.

Ein neuer Absatz 2<sup>bis</sup> erklärt die zum Voraus getroffene Wegbedingung oder Einschränkung des Nachbesserungsrechts für unwirksam, wenn der Mangel eine Baute betrifft, die für den persönlichen oder familiären Gebrauch des Bestellers bestimmt ist. Damit soll die problematische Praxis der Wegbedingung sämtlicher Mängelrechte des Bauherrn gegenüber dem Generalunternehmer im Gegenzug zur Abtretung der Mängelrechte des Generalunternehmers gegenüber seinen Subunternehmern eingeschränkt werden (vgl. dazu oben Ziff. 2.1.2). Eine Wegbedingung der übrigen Mängelrechte, also des Rechts auf Wandelung, Minderung und Schadenersatz, wird im Rahmen der allgemeinen Schranken (vgl. dazu oben Ziff. 1.2.4) zulässig bleiben.

Aufgrund seiner systematischen Stellung bezieht sich Absatz 2<sup>bis</sup> sowohl auf das werkvertragliche Nachbesserungsrecht in Absatz 2 wie auch auf das diesem nachgebildete Nachbesserungsrecht für Kaufverträge über Grundstücke nach dem neuen Artikel 219a Absatz 2 VE-OR.

Das Nachbesserungsrecht ist jedoch nur unter gewissen Voraussetzungen zwingend. So besteht das zwingende Nachbesserungsrecht nur bei Mängeln an Bauten, nicht aber an Grundstücken im Allgemeinen (siehe zum Begriff der Baute gerade vorne die Kommentierung zu Art. 219a Abs. 2). Dies ist vor allem bei Kaufverträgen relevant, unter Umständen jedoch auch bei Werkverträgen, beispielsweise wenn das Gelände umgestaltet werden muss. Die Norm zielt vor allem auf Verträge mit General- oder Totalunternehmern ab, weswegen nicht sämtliche unbeweglichen Werke darunter fallen. Die zweite Einschränkung besteht im Erwerbzzweck der Baute zum persönlichen oder familiären Gebrauch durch den Besteller. Diese Formulierung entspricht Artikel 40a OR sowie Artikel 32 Absatz 2 der Zivilprozessordnung<sup>133</sup>. Damit wird sichergestellt, dass nur Bauten erfasst werden, welche unmittelbar privaten Zwecken dienen.<sup>134</sup> Wird eine Baute zwecks Weiterverkauf oder gewerbsmässiger Vermietung erstellt oder erworben, ist diese Bestimmung nicht anwendbar. Der Erwerbzzweck beurteilt sich nach der ausdrücklichen oder konkludenten Erklärung des Erwerbers oder Bauherren und bei Fehlen einer solchen nach Treu und Glauben nach jener Gebrauchsbestimmung, die üblich oder billigerweise zu erwarten ist.<sup>135</sup> In aller Regel wird der Zweck des Erwerbs für den Unternehmer oder Verkäufer aus dem gesamten Zusammenhang, namentlich aus der Zweckbestimmung der Baute und aus der Person des Erwerbers, ersichtlich sein. Bei gemischter Gebrauchsbestimmung, das heisst, wenn sowohl beruflicher wie auch privater Gebrauch der Baute beabsichtigt ist, ist für die Anwendung dieser Bestimmung ihr Schutzzweck relevant. Es kommt darauf an, ob vom Erwerber oder Bauherrn erwartet werden kann, die Tragweite der Kombination von Freizeichnungsklausel und Abtretung der Ansprüche gegen die Subunternehmer, zu erkennen (vgl. dazu gerade oben und sowie Ziff. 2.1.2). Hat der Privatgebrauch nicht nur untergeordnete Bedeutung, wird dies in der Regel nicht erwartet werden können und die vorliegende Bestimmung ist anwendbar.

<sup>133</sup> SR 272, wobei in der ZPO von «persönlichen oder familiären Bedürfnissen» die Rede ist.

<sup>134</sup> KOLLER-TUMLER, Art. 40a N 3.

<sup>135</sup> Vgl. m.w.H. KUT, Art. 40a-g N 31.

---

Gemäss dem Wortlaut der Bestimmung ist eine *Einschränkung* oder ein *Ausschluss* des Nachbesserungsrechts unwirksam. Somit ist auch eine nur *teilweise Wegbedingung* unwirksam, wie beispielsweise eine vertragliche Beschränkung der Nachbesserung auf einen bestimmten Maximalbetrag (der Nachbesserungskosten oder des Minderwerts) oder bei Stockwerkeinheiten auf eine bestimmte Quote. Andere Abreden, welche die Ausübung des Nachbesserungsrechts nur indirekt erschweren, wie beispielsweise eine Verkürzung der Rügefrist, werden von dieser Bestimmung jedoch nicht berührt. Als *Rechtsfolge* einer Wegbedingung des Nachbesserungsrechts soll ausdrücklich die Nichtigkeit der entsprechenden Abrede angeordnet werden. Anstelle der nichtigen Wegbedingung tritt dann die gesetzliche Regel über das Nachbesserungsrecht. Der Vertrag bleibt damit entsprechend dem Grundsatz der geltungserhaltenden Reduktion<sup>136</sup> insgesamt grundsätzlich wirksam, lediglich die Abrede über die Beschränkung des Nachbesserungsrechts ist nichtig; die Einwendung einer Vertragspartei, dass sie den Vertrag ohne die nichtige Freizeichnungsklausel nicht geschlossen hätte, ist dabei unbeachtlich.<sup>137</sup> Im Übrigen sind solche Abreden nur dann nichtig, wenn sie *zum Voraus* getroffen werden. Ein Verzicht auf den Nachbesserungsanspruch ist also zulässig, wenn das Nachbesserungsrecht zu diesem Zeitpunkt bereits entstanden ist. Somit können Streitigkeiten über die Nachbesserung weiterhin auch wirksam durch den Abschluss eines Vergleichs beigelegt werden.

*Art. 370 Abs. 3 zweiter Satz*

Diese Bestimmung enthält die Rügefrist für versteckte Mängel bei *unbeweglichen* Werken. Diese beträgt wie bei offenen Mängeln neu 60 Tage (vgl. Art. 367 Abs. 1 zweiter Satz VE-OR). Was den Fristbeginn betrifft, so besteht für versteckte Mängel keine Prüfungsobliegenheit,<sup>138</sup> weswegen die Rügefrist noch nicht mit der objektiven Erkennbarkeit des Mangels alleine zu laufen beginnt und auch die tatsächliche Feststellung erster Mängelspuren noch keinen Fristbeginn auslöst, sofern der Besteller nach Treu und Glauben vorerst davon ausgehen darf, dass es sich um übliche Erscheinungen und nicht um Vertragsverletzungen handelt; als entdeckt gilt ein Mangel erst mit seiner *zweifelsfreien Feststellung*.<sup>139</sup> Diese kann erst angenommen werden, wenn der ernsthafte Charakter des Zustands deutlich wird, so dass der Besteller die Bedeutung und Tragweite des Mangels erfassen kann,<sup>140</sup> was gegebenenfalls auch eine angemessene Beobachtungsfrist umfasst<sup>141</sup>.

<sup>136</sup> Vgl. dazu BGE **134** III 438 E. 2.3; **131** III 467 E. 1.3; **123** III 292 E. 2e/aa.

<sup>137</sup> Bei Verstoss einer Vertragsbestimmung gegen zwingendes Privatrecht tritt anstelle der unwirksamen Vereinbarung die gesetzliche Regel; Art. 20 Abs. 2 OR gelangt nicht zur Anwendung und es stellt sich die Frage nach dem hypothetischen Parteiwillen hinsichtlich des Weiterbestandes des restlichen Rechtsgeschäftes oder der Bestimmung einer Ersatzordnung nicht; vgl. BGE **123** III 292 E. 2e/aa und BGer 4A\_404/2008 vom 18. Dezember 2008 E. 5.6.2 sowie m.w.H. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 708 ff. und insbes. N 712a.

<sup>138</sup> Zum Kaufrecht BGer 4C.152/2003 vom 29. August 2003 E. 3.1.

<sup>139</sup> BGE **117** II 425 E. 2; **107** II 172 E. 1a.

<sup>140</sup> BGE **118** II 142 E. 3b; **131** III 145 E. 7.2.

<sup>141</sup> Vgl. BGer 4C.159/1999 vom 28. Juli 2000 E. 1b.bb.

---

## 3.2

## Zivilgesetzbuch

### Art. 839 Abs. 3

Mit der vorgeschlagenen Änderung der Regelung des Bauhandwerkerpfandrechts wird die Motion 17.4079 umgesetzt und werden die Anforderungen an die Ersatzsicherheit für ein Bauhandwerkerpfandrecht in quantitativer Hinsicht definiert. Im Unterschied zur heutigen Rechtslage soll die Ersatzsicherheit Verzugszins nicht für unbestimmte Zeit, sondern nur, aber immerhin, im Umfang von zehn Jahren sicherstellen (vgl. dazu auch oben Ziff. 2.1.3). Dazu wird die bisherige Formulierung um die Präzisierung «zuzüglich Verzugszinse für die Dauer von zehn Jahren» ergänzt. Dies gilt wiederum nur insoweit, als im konkreten Fall überhaupt für diesen Zeitraum Verzugszinsen geschuldet sind; die Höhe der Verzugszinsen bestimmt sich nach dem tatsächlich anwendbaren Zinssatz, der sich aus dem Gesetz (Art. 104 Abs. 1 OR), aus Vertrag (vgl. Art. 104 Abs. 2 OR) oder aus ausländischem Recht ergeben kann. Wie bisher sind daneben auch weiterhin die übrigen qualitativen und quantitativen Anforderungen zu berücksichtigen, damit eine Sicherheit als «hinreichend» gelten kann, wofür die bisherigen Regeln unverändert weiter gelten. Demnach muss die Ersatzsicherheit insbesondere mindestens die wirtschaftliche Qualität eines Grundpfandes haben und gegebenenfalls auch die Kosten der Betreuung und die Vertragszinsen decken (vgl. Art. 818 Abs. 1 Ziff. 2 und 3 ZGB).<sup>142</sup>

## 4

## Auswirkungen

### 4.1

### Auswirkungen auf den Bund

Die Vorlage hat keine besonderen Auswirkungen, insbesondere auch keine personellen Auswirkungen, auf den Bund.

Auf das öffentliche Bauwesen des Bundes hat die Vorlage grundsätzlich 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.<sup>143</sup> Sollte gleichwohl das OR zur Anwendung gelangen (vgl. dazu oben Ziff. 1.2.1), so hätte die Vorlage dieselben Auswirkungen wie zwischen Privaten.

<sup>142</sup> Zu den qualitativen und quantitativen Anforderungen an eine Ersatzsicherheit vgl. im Einzelnen BGE 142 III 738 E. 4.4.2 und 121 III 445 E. 5.a sowie die entsprechenden Ausführungen oben Ziff. 2.1.3.

<sup>143</sup> Vgl. jeweils Ziff. 2.1 der Musterverträge Nr. 34 «Werkvertrag», Nr. 36 «Rahmenvertrag für Werkleistungen», Nr. 38 «Generalunternehmervertrag Hochbau», Nr. 39 «Totalunternehmervertrag Hochbau» und Nr. 40 «Totalunternehmervertrag Tiefbau», abrufbar unter [www.kbob.admin.ch](http://www.kbob.admin.ch) > Publikationen / Empfehlungen / Musterverträge > Dokumente entlang des Beschaffungsablaufs / Musterverträge (zuletzt abgerufen am 1. Juli 2020).

---

## **4.2 Auswirkungen auf die Kantone und Gemeinden sowie auf urbane Zentren, Agglomerationen und Berggebiete**

Die Vorlage hat keine besonderen Auswirkungen auf Kantone und Gemeinden. Bezüglich öffentlichem Bauwesen kann auf die vorstehenden Ausführungen zu den Auswirkungen auf den Bund (vgl. Ziff. 4.1) verwiesen werden, die sinngemäss gelten.

## **4.3 Auswirkungen auf die Volkswirtschaft**

Es sind keine relevanten Auswirkungen der vorgeschlagenen Änderungen auf die Volkswirtschaft zu erwarten. Die Wahrscheinlichkeit, für Baumängel tatsächlich in Anspruch genommen zu werden, dürfte im Wesentlichen nur für diejenigen Verkäufer und Unternehmer leicht steigen, welche sich heute der erwähnten unbilligen Vertragsbestimmungen (Kombination von Freizeichnung und Abtretung von Gewährleistungsansprüchen) bedienen. Dies wird für diese besonders gelagerten Fälle gerade bezweckt. Für die übrigen Verkäufer und Unternehmer, insbesondere solche, welche heute regelmässig die SIA-Norm 118 vereinbaren, werden die vorgeschlagenen Änderungen keine nennenswerten Auswirkungen haben. Eine messbare Preissteigerung auf dem Immobilienmarkt ist deswegen auch nicht zu erwarten, zumal andere Faktoren die Bautätigkeit und die Immobilienpreise ungleich stärker beeinflussen (namentlich das allgemeine Zinsniveau und andere Anlagemöglichkeiten wie auch die Eigenmittel- und Risikovorschriften der Geschäftsbanken für die Vergabe von Hypotheken).

## **4.4 Auswirkungen auf die Gesellschaft**

Die vorgeschlagenen Änderungen haben positive Auswirkungen auf die Gesellschaft. Gewisse stossende Fälle von Bauherren, welche auf den Kosten für die Behebung von Baumängeln sitzen bleiben und deswegen in wirtschaftliche Not geraten, werden vermieden. Positiv zu erwähnen ist auch, dass mit den vorgeschlagenen Änderungen eine als unsachlich streng wahrgenommene Gesetzesbestimmung («Sofort-Rüge») und eine unbillige und für viele Betroffene völlig intransparente Vertragspraxis (Kombination von Freizeichnung und Abtretung von Gewährleistungsansprüchen) beseitigt werden. Dadurch wird die Rechtslage für die Bevölkerung klarer und fairer und insgesamt das Vertrauen in das Rechtssystem gestärkt.

## **5 Verfassungs- und Gesetzmässigkeit**

Die Vorlage stützt sich auf Artikel 122 Absatz 1 der Bundesverfassung, der dem Bund die Kompetenz zur Gesetzgebung auf dem Gebiet des Zivilrechts- und Zivilprozessrechts gibt.

---

## Materialienverzeichnis

Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Register-Schuldbrief und weitere Änderungen im Sachenrecht) vom 27. Juni 2007, BBl 2007 5283 ff. (zit. Botschaft Register-Schuldbrief).

Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) vom 2. September 2009, BBl 2009 6151 ff. (zit. Botschaft UWG).

## Literaturverzeichnis

BECKER HERMANN, Berner Kommentar, Die einzelnen Vertragsverhältnisse: Art. 184–551 OR, Bern 1934.

BÜHLER ALFRED, Von der Beweislast im Bauprozess, in: Koller Alfred (Hrsg.), Aktuelle Probleme des privaten und öffentlichen Baurechts, 1. St. Galler Baurechtstagung 1994, St. Gallen 1994, S. 289 ff.

BÜHLER THEODOR, Zürcher Kommentar, Art. 363-379 OR. Der Werkvertrag, 3. Aufl. Zürich 1998.

KUT AHMET, Kommentar zu Art. 1–40g OR in: Furrer Andreas / Schnyder Anton K. (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, 3. Aufl. Zürich/Basel/Genf 2016.

GAUCH PETER, Der Werkvertrag, 6. Aufl. Zürich/Basel/Genf 2019 (zit. GAUCH, Werkvertrag).

DERS., Der Werkvertrag, 3. Aufl. Zürich 1985 (zit. GAUCH, Werkvertrag, 3. Aufl.).

GAUCH PETER / SCHLUEP WALTER R. / SCHMID JÖRG / EMMENEGGER SUSAN, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 10. Aufl. Zürich 2014.

GUHL THEO / KOLLER ALFRED / SCHNYDER ANTON K. / DRUEY JEAN NICOLAS, Das Schweizerische Obligationenrecht – mit Einschluss des Handels- und Wertpapierrechts, 9. Aufl. Zürich/Basel/Genf 2000.

HONSELL HEINRICH, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, 10. Aufl. Bern 2017.

PROBST THOMAS, Kommentierung von Art. 8 UWG (Allgemeine Geschäftsbedingungen) in: Jung Peter / Spitz Philippe (Hrsg.), Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Stämpflis Handkommentar, 2. Aufl. Bern 2016.

KOLLER ALFRED (Hrsg.), Der Grundstückkauf, 3. Aufl. Bern 2017 (zit. BEARBEITER/-IN, in: Grundstückkauf).

DERS., Schweizerisches Werkvertragsrecht, Zürich/St. Gallen 2015 (zit. KOLLER, Werkvertragsrecht).

KOLLER-TUMLER MARLIES, Kommentar zu Art. 40a–40f OR in: Widmer Lüchinger Corinne / Oser David (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1–529 OR, 7. Aufl. Basel 2019.

---

KRAUSKOPF FRÉDÉRIC, Erwerb von Stockwerkeigentum vor Erstellung des Gebäudes – Klippen bei der vertraglichen Gestaltung, in: Aebi-Müller Regina E. / Pfaffinger Monika / Wermelinger Amédéo (Hrsg.), Luzerner Tag des Stockwerkeigentums 2011, Bern 2011, S. 115 ff.

KRAUSKOPF FRÉDÉRIC / MÄRKI RAPHAEL, Erwerb einer Stockwerkeinheit ab Plan, in: Wolf Stephan (Hrsg.), Aktuelles zum Stockwerkeigentum – insbesondere aus der Sicht des Notariats, INR Band 21, 2017, S. 49-89.

MARTENET VINCENT / PICHONNAZ PASCAL, Commentaire Romand, Loi contre la concurrence déloyale, Basel 2017.

MUTZNER PAUL, Berner Kommentar, Schlusstitel, I. Abschnitt, 2. Aufl. Bern 1926.

OFTINGER KARL / STARK EMIL W., Schweizerisches Haftpflichtrecht, Bd. I: Allgemeiner Teil, 5. Aufl. Zürich/Basel/Genf 1995,

OSER HUGO / SCHÖNENBERGER WILHELM, Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. V/2, 2. Aufl. Zürich 1936.

PICCININ VALENTIN, La propriété par étages en procès, Diss. Freiburg i. Ü., Genf/Zürich/Basel 2015.

SCHMID JÖRG, Gewährleistungsbeschränkungen bei Grundstückverkäufen und Art. 8 UWG, in: Pierre Tercier / Roland Hürlimann (Hrsg.), In Sachen Baurecht, Zum 50. Geburtstag von Peter Gauch, Freiburg 1989, S. 47 ff.

STÖCKLI HUBERT, Bauherrschaft und Baumängel, 2013 (zit. STÖCKLI, Gutachten), abrufbar unter: [www3.unifr.ch/ius/baurecht/de/publikationen/bauvertragsrecht.html](http://www3.unifr.ch/ius/baurecht/de/publikationen/bauvertragsrecht.html) bzw. [https://issuu.com/baurechtdroitdelaconstruction/docs/stoekli\\_\\_bauherrschaft\\_und\\_baumaen](https://issuu.com/baurechtdroitdelaconstruction/docs/stoekli__bauherrschaft_und_baumaen) (zuletzt besucht am 1. Juli 2020).

DERS., Stockwerkeigentum ab Plan, in: Institut für Schweizerisches und Internationales Baurecht (Hrsg.), Schweizerische Baurechtstagung 2009, Freiburg 2008, S. 1 ff. (zit. STÖCKLI, Stockwerkeigentum).

STÖCKLI HUBERT / AESCHIMANN LISA, Art. 8 UWG und die öffentliche Beurkundung in: ZBGR 95/2014, S. 73 ff., S. 84 ff., 93.

TERCIER PIERRE / BIERI LAURENT / CARRON BLAISE, Les contrats spéciaux, 5. Aufl. Genf/Zürich/Basel 2016.

TRACHSEL HERIBERT, Die Verantwortlichkeit des Bestellers bei Werkmängeln, die Alleinverantwortlichkeit (Art. 369 OR) und die geteilte Gewährleistung, Diss. St. Gallen, Bern/Stuttgart/Wien 2000.

VISCHER MARKUS, Kommentar zu Art. 1–4 SchlT ZGB in: Geiser Thomas / Wolf Stephan (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, Art. 457–977 und Art. 1–61 SchlT ZGB, 6. Aufl. Basel 2019.

ZINDEL GAUDENZ G., PULVER URS, SCHOTT BERTRAND G., Kommentar zu Art. 363–379 OR in: Widmer Lüchinger Corinne / Oser David (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1–529 OR, 7. Aufl. Basel 2019.