

---

## **9. Kolloquium "Baurecht heute" vom 19. Januar 2012**

im UBS Konferenzgebäude "Grünenhof", Zürich

---

### **"Neues zum Bauhandwerkerpfandrecht und weitere merkwürdige Gesetzesänderungen"**

*Referat von Marie-Theres Huser, lic. iur. Rechtsanwältin*

#### **1. Einleitung**

Wie angekündigt und bereits zur Tradition unserer Veranstaltung "Baurecht heute" geworden, informieren wir Sie über Neuigkeiten rund ums Bauen und erlauben uns auch immer einige kritische Bemerkungen dazu. Mein heutiges Referat wird sich deshalb in erster Linie mit wichtigen Gesetzesänderungen befassen, welche entweder per 1. Januar 2012 bereits in Kraft getreten sind oder im Laufe des Jahres 2012 in Kraft treten werden. Trotz teilweise einschneidender Gesetzesänderungen kann ich Sie jedoch beruhigen. Der Baualltag wird sich nach neuem Recht kaum verändern.

#### **2. Gliederung des Referats**

Sie werden heute einen kurzen Überblick über die Totalrevision des Sachenrechts und die Revision des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) erhalten sowie auf einige künftigen Änderungen hingewiesen, welche sich zurzeit noch in der parlamentarischen Pipeline befinden.

#### **3. Revision des Immobiliarsachenrechts**

Am 1. Januar 1912 trat das Schweizerische Zivilgesetzbuch (ZGB) in Kraft. Ab 1. Januar 2012 – genau 100 Jahre danach – gilt das revidierte Immobiliarsachenrecht mit teilweise weitreichenden Änderungen.

Die Änderungen betreffen:

- das Bauwerkerpfandrecht (ZGB 837-839),
- einzelne Regeln zum Miteigentum und zum Stockwerkeigentum (ZGB 647-650, 712 lit. e-g),
- das Nachbarrecht (ZGB 684 Abs. 2),
- Dienstbarkeiten und Grundpfandrechte (ZGB 732, 740a, 741, 779 a und b, 842, 843) sowie die Bestimmung zum Durchleitungsrecht (ZGB 691 Abs. 2 und 3),
- die öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen, welche zum Teil in einem Kataster neu anzumerken sind (ZGB 962).

Ich erlaube mir nachfolgend in zwei Kategorien aufzuteilen, nämlich in Änderungen, welche als "reine Formsache" lediglich erwähnenswert sind und solche, die im Bereich rund ums Bauen "merkwürdig" (durchaus zweideutig gemeint) sind und deshalb etwas eingehender behandelt werden.

Als "reine Formsache" können folgende Änderungen bezeichnet werden:

- Der Registerschuldbrief: Neu sollen Schuldbriefe in einem Register erfasst und nicht mehr als Titel ausgestellt werden. Nur der Vollständigkeit halber sei auch noch auf die Pflicht der Behörden für Strassen- und Wasserbau, Heimat- und Umweltschutz hinzuweisen, öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkungen in entsprechendem Kataster anzumerken.
- Änderungen Wertquotenangaben beim Stockwerkeigentum (ZGB 712 e-g)  
Wertquoten können neu in Bruchteilen mit gleichem gemeinsamem Nenner beliebig, statt wie früher mit Hundertstel oder Tausendstel, angegeben werden. Die Änderungen zum Miteigentum haben, soweit das Recht zum Stockwerkeigentum auf die Regeln zum Miteigentum verweisen, auch im Bereich des Stockwerkeigentums Gültigkeit.
- Wichtig – wenn auch auf den ersten Blick unspektakulär – ist aber die neue Formvorschrift der öffentlichen Beurkundung von Dienstbarkeitsverträgen. Angesichts der praktischen Bedeutung von Dienstbarkeitsverträgen im Zusammenhang mit Bauvorhaben, wie beispielsweise Näherbaurecht, Bau- oder Pflanzbeschränkung, ist die Änderung jedoch praktisch relevant. Bisher war für die Gültigkeit solcher Dienstbarkeitsverträge lediglich einfache Schriftlichkeit vorgeschrieben. Erfüllt ein Dienstbarkeitsvertrag die neue Formvorschrift nicht, ist er unverbindlich.

### 3.1 "Merkwürdiges" zum Bauhandwerkerpfandrecht

Die Bestimmungen zum Bauhandwerkerpfandrecht in Art. 837 und 839 ZGB standen in der Vergangenheit immer wieder im Zentrum politischer Diskussionen und bildeten auch mehrfach Gegenstand der Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts. Bauherrenseitig wurden stets Einschränkungen oder gar die Abschaffung des Subunternehmer-Bauhandwerkerpfandrechts gefordert – insbesondere mit dem Hinweis auf das Doppelzahlungsrisiko des Bauherrn. Die Abschaffung des Rechts für Subunternehmer haben wiederum die Unternehmer stets bekämpft, weil sie durch ihre Arbeit und ihr Material, welche dem Grundstück des Bauherrn laufend anwachsen (Akzessionsprinzip), einen Mehrwert schaffen. Der Verlust der Sicherheit des Bauhandwerkerpfands wäre eine massive Schlechterstellung und widerspreche dem Grundgedanken des Gesetzes.

Das Resultat dieses jahrelangen Seilziehens muss als überraschend unternehmerfreundlich bezeichnet werden, wird doch der Schutz der Unternehmer und Subunternehmer durch die neuen Bestimmungen im Vergleich zur alten Regelung klar verbessert.

9. Kolloquium "Baurecht heute" vom 19. Januar 2012

Im Einzelnen handelt es sich um folgende Besserstellungen:

- Der Kreis der pfandrechtsberechtigten Arbeiten wird auf Abbrucharbeiten, Gerüstbau (in BGE 131 II 300 und 136 III 6 noch abgelehnt!), Baugrubensicherung und „dergleichen“ ausgeweitet.
- Das Bauhandwerkerpfandrecht ist neu innert 4 Monaten (früher 3 Monate) nach Vollen-  
dung der Arbeiten einzutragen.
- Das Pfandrecht gilt auch für Arbeiten, die Dritte mit Zustimmung des Grundeigentümers  
in Auftrag geben.
- Eine weitere Verbesserung für Subunternehmer ergibt sich dort, wo die öffentliche Hand  
Auftraggeberin und Grundeigentümerin ist. Früher war der Eintrag zwar auf Grund-  
stücken des Finanz- jedoch nicht auf solchen des Verwaltungsvermögens möglich.  
Heute kann, wenn die Frage der Widmung des Grundstücks zum Finanz- oder Verwal-  
tungsvermögen strittig ist, ein Bauhandwerkerpfandrecht provisorisch eingetragen wer-  
den. Steht aufgrund eines Urteils dann fest, dass das Grundstück zum Verwaltungsver-  
mögen gehört, ist die vorläufige Eintragung zwar zu löschen, aber an seine Stelle tritt  
die einfache Bürgschaft der öffentlichen Hand, sofern die Forderung spätestens 4 Mona-  
te nach Vollendung der Arbeit schriftlich und unter Hinweis auf die gesetzliche Bürg-  
schaft geltend gemacht worden ist und ergibt sich die Schuldpflicht des Eigentümers  
nicht aus vertraglichen Verpflichtungen (bspw. Subunternehmer im Auftrag GU/TU).

Der Kreis der pfandrechtsgeschützten Arbeiten wurde bereits im unveröffentlichten Entscheid  
des Bundesgerichts aus dem Jahre 2009 in Bezug auf den Terminus "dergleichen" massiv  
ausgeweitet, indem es in Erwägung 6 festhielt:

*"Allein die Formulierung verdeutlicht, dass Arbeit auf einem Grundstück im Zusammenhang  
mit einem Bauvorhaben genügen soll, die bisherige körperliche Verbindung der Arbeit mit  
dem Grundstück oder wenigstens die Bestimmtheit der Arbeit zu einer solchen Verbindung  
hingegen nicht mehr verlangt wird. Der Zusatz "und dergleichen" dürfte bedeuten, dass letzt-  
lich jede Lieferung von Material und Arbeit oder Arbeit allein auf einem Grundstück pfandbe-  
rechtigt sein wird, wenn und soweit sie nur mit einem konkreten Bauvorhaben im Zusammen-  
hang steht."*

Die neue Bestimmung übernimmt somit lediglich den vom Bundesgericht formulierten Grund-  
satz.

Ganz besonders hervorzuheben ist jedoch die klare Besserstellung von Sub- und Sub-Sub-  
unternehmern bei Werkverträgen für Bauten der öffentlichen Hand, ohne direktes Vertragsver-  
hältnis mit dem Staat. Hier soll künftig die Haftung des Staates über die einfache Bürgschaft  
auch ihnen Sicherheit leisten. Zudem können auch Beauftragte von Mietern oder Pächtern  
von Verwaltungsvermögen diese Haftung ebenfalls beanspruchen.

9. Kolloquium "Baurecht heute" vom 19. Januar 2012

### 3.2 "Merkwürdiges" zum Nachbarrecht (ZGB 684 Abs. 2)

Neu findet sich in Art. 684 Abs. 2 ZGB eine erweiterte Aufzählung der "verbotenen Einwirkungen auf das Eigentum des Nachbarn". Neben Luftverunreinigungen, üblem Geruch, Lärm, Schall und Erschütterungen werden auch Strahlung oder der Entzug von Besonnung oder Tageslicht genannt. Das Parlament beendet damit den jahrelangen Streit, ob sogenannte "negative Emissionen" vom nachbarrechtlichen Schutz erfasst werden. Aus unserer Sicht ist diese Ergänzung im Privatrecht angesichts der zunehmenden Sensibilität gegenüber Strahlung (Mobilfunkantennen) und in Anbetracht der Forderung nach (intensiver) Nutzung der Verdichtungsmöglichkeiten in Bauzonen problematisch und wird wohl dazu beitragen, die Honorarumsätze der in diesem Gebiet tätigen Rechtsanwältinnen merklich zu erhöhen. Dies wird aus meiner Sicht auch nicht dadurch verhindert, dass das Bundesgericht noch unter altem Recht in BGE 129 III 161 im Grundsatz festgehalten hat, es werde in der Regel keine übermässigen Einwirkungen angenommen, wenn die baurechtlichen Vorschriften erfüllt werden.

## 4. Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG): Revision

Das Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb besteht seit 1943. Eine erste Revision, welche zur aktuellen Form des heutigen UWG führte, trat 1986, nur ein Jahr nach der ebenfalls grundlegenden Revision des Kartellgesetzes von 1985, in Kraft. In den Folgejahren gab es immer wieder kleinere Änderungen, letztmals 2011 prozessrechtliche Änderungen aufgrund der neuen Schweizerischen Zivilprozessordnung. Die uns jetzt interessierende Revision wurde von der Bundesversammlung am 17. Juni 2011 gutgeheissen. Die Änderungen, welche das Klagerecht des Bundes, Adressbuchschwindel und Schneeballsysteme betreffen, waren im Parlament unbestritten und werden per 1. April 2012 in Kraft treten.

Umstritten war lediglich Art. 8 UWG, weshalb ich darauf nachfolgend kurz etwas näher eingehen werde. Die neue Regelung der "Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen" oder Allgemeiner Geschäftsbedingungen (AGB) führte zu einem erbitterten Streit zwischen den Verteidigern einer "absoluten Vertragsfreiheit" und den Kritikern des – wie Prof. Gauch es ausdrückt – "archaischen Eldorado inhaltlich unkontrollierter AGB", welcher letztlich zu einem Kompromiss geführt hat. Diese Bestimmung tritt erst per 1. Juli 2012 in Kraft, damit die bestehenden AGB's angepasst werden können.

Dieser Kompromiss hat letztlich zu einer neuerlichen Veränderung des Schutzobjektes geführt. Währenddem die Anfänge der Regeln im Bereich unlauterer Wettbewerb anfangs des 20. Jahrhunderts in Art. 48 aOR den Konkurrenten vor geschäftsschädigenden Auskündungen oder andere Treu und Glauben verletzenden Veranstaltungen im Markt schützen wollte, hat Art. 1 UWG (1943) als Schutzobjekt generell den lautereren Wettbewerb avisiert. Mit dem neuen Art. 8 UWG soll nun ganz spezifisch der Konsument/die Konsumentin vor unlauteren Geschäftsbedingungen geschützt werden. Diese Situation zeigt das idyllisch anmutende Bild recht anschaulich, wird doch hier "herzlich alles gratis" versprochen und die arglosen Spaziergänger zum Lebkuchenhaus gelockt. Wer das Märchen Hänsel und Gretel kennt, weiss, dass

9. Kolloquium "Baurecht heute" vom 19. Januar 2012

in diesem Märchen die Allgemeine Geschäftsbedingung "alles gratis" tatsächlich wider Treu und Glauben formuliert worden ist.

#### 4.1 "Merkwürdiges" zu Art. 8 UWG

Aus meiner Sicht hat das Parlament mit der Einführung des "Schutzobjekts Konsument" mehr Probleme für die Anwendung des Gesetzes geschaffen als gelöst. Eine Definition des Begriffs Konsument fehlt in diesem Bundesgesetz völlig. Es ist deshalb davon auszugehen, dass dafür hilfsweise auf die Konsumentenschutzgesetzgebung zurückgegriffen wird. Meines Erachtens kann die Frage aber nicht schlüssig beantwortet werden, wer im Bauwerkvertrag im Sinne des Gesetzes als Konsument betrachtet werden muss. Immerhin zeigt ja die gängige Praxis, dass die Allgemeinen Vertragsbedingungen im Bauwerkvertrag meist vom Nachfrager der Leistung diktiert werden und nicht von deren Anbietern. Als Beispiel sei hier die Koordinationskonferenz der Bau- und Liegenschaftsorgane der öffentlichen Bauherren (KBOB) genannt. Es ist mit Sicherheit nicht der Wille des Gesetzgebers, dass letztendlich derjenige vom erweiterten Konsumentenschutz profitiert, der im Alltag die allenfalls missbräuchlichen Allgemeinen Vertragsbedingungen diktiert. Die heutige Praxis jedenfalls zeigt klar, dass gerade grosse Bauherren in ihren Allgemeinen Geschäftsbedingungen zum Teil ein erhebliches und oft ungerechtfertigtes Missverhältnis zwischen den vertraglichen Rechten und Pflichten der Parteien vorsehen.

#### 4.2 "Merkwürdiges" – Fort- oder Rückschritt?

Sicher ist positiv zu werten, dass neu ein erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis neu genügt, damit eine Klausel nichtig ist. Der Nachweis der Täuschung entfällt und eine offene Inhaltskontrolle wird mit Art. 8 UWG auch in der Schweiz für Allgemeine Geschäftsbedingungen Tatsache. Ob diese Inhaltskontrolle beim Bau eines Einfamilienhauses allenfalls auch für die Norm SIA 118 als Allgemeine Vertragsbedingung von den Gerichten angewendet wird, ist heute nicht auszuschliessen. Die SIA Kommission 118 tut sicher gut daran zu prüfen, ob die geplanten Revisionspunkte – ja die Norm als Ganzes – einer solchen Inhaltskontrolle standhält. In Deutschland beispielsweise galt bis 2001 ein separates Gesetz gegen missbräuchliche Allgemeine Geschäftsbedingungen. Diese Bestimmungen wurden unverändert ins BGB (Bürgerliche Gesetzbuch, § 305-310) übernommen. Nach diesen strengen Bestimmungen wären diverse, in der Schweiz durchaus gängige Vertragsbedingungen als missbräuchlich zu taxieren und somit nichtig.

Negativ zu werten ist einerseits die Einschränkung auf Konsumentinnen und Konsumenten, welche gleichzeitig einen Ausbau des Konsumentenschutzes bedeutet, und andererseits der "Ausschluss" des Gewerbes und der Unternehmer, insbesondere im Bauvertragsrecht.

Es fragt sich nun unweigerlich, was für die Unternehmer übrig bleibt. Selbstverständlich können sie sich weiter auf den Ungewöhnlichkeitsschutz bei "aufgezwungenen" AGB's berufen und sich gestützt auf Art. 2 UWG und Art. 28 OR gegen jede absichtliche Täuschung bei Vertragsschluss wehren. Und schliesslich bleibt die Möglichkeit bestehen, sich bei Unklarheiten

9. Kolloquium "Baurecht heute" vom 19. Januar 2012

und Widersprüchen auf die Unklarheitsregel zu berufen, welche im Zweifel zulasten des Verfassers der Bestimmungen ausgelegt werden. Doch all diese theoretischen Möglichkeiten haben sich in der Vergangenheit als wenig praxistauglich und selten erfolgreich herausgestellt.

Aus unserer Sicht ist der parlamentarische Kompromiss möglichst rasch mit einer erneuten Revision des Art. 8 UWG im Sinne einer Ausweitung auf Unternehmer zu korrigieren.

## **5. Neuigkeiten de lege ferenda**

Zum Schluss gebe ich Ihnen gerne noch einen Ausblick auf Gesetzesänderungen im Bereich rund ums Bauen, welche zurzeit in der parlamentarischen Pipeline stecken, nämlich

1. Stärkung der Bestellerrechte
2. Revision des Verjährungsrechts im OR
3. Änderung Auftragsrecht, Art. 404 OR

### **5.1 Motion NRin Fässler (SP)**

Mit einem bereits 2002 deponierten Anliegen von Frau Nationalrätin Hildegard Fässler wird ein verstärkter Schutz der Bauherrschaft bei Baumängeln verlangt. Als Mittel dafür nennt die Motionärin einerseits das Schaffen eines besonderen Rechts für Bau- und Architekturverträge, das Unterstellen aller Architektenleistungen unter die Kausalhaftung und das Überprüfen der Haftung der Unternehmer für verdeckte Mängel. Die Motion wurde nun am 6. September 2011 vom Parlament gutgeheissen und an den Bundesrat mit dem entsprechenden Gesetzgebungsauftrag weitergeleitet.

### **5.2 Revision Verjährungsrecht OR**

Zurzeit ist die Revision des Verjährungsrechts im Obligationenrecht in Vernehmlassung. Der Entwurf des Bundesrates sieht einerseits eine Vereinheitlichung der Verjährungsfristen des Schadenersatzrechts mit 3 Jahren als Minimum und 10 Jahren als Maximum vor. Innerhalb Minimum und Maximum sollen diese Fristen mit vertraglicher Vereinbarung flexibel (ausgenommen Personenschäden) abgeändert werden können.

Im Werkvertragsrecht wird die Verjährungsfrist für Mängelrechte auf 2 (beweglich) und 5 Jahre bei unbeweglichen (Bau)Werken festgesetzt. An der sofortigen Rügepflicht von nach der Abnahme erkannten Mängeln hält der Gesetzgeber fest (Art. 370 Abs. 4 OR).

Die bisher häufig praktizierten Verjährungseinredeverzichtserklärungen vor Eintritt der Verjährung zur Vermeidung von verjährungsunterbrechenden Prozesshandlungen sollen nicht mehr möglich sein (Art. 134neu OR). Eine solche Erklärung wird als Erstreckung der Verjährungsfrist betrachtet. Wird keine Dauer angegeben, gilt ein „Verzicht“ für ein Jahr. Er kann maximal auf zehn Jahre ausgestellt werden.

9. Kolloquium "Baurecht heute" vom 19. Januar 2012

Im Kaufvertragsrecht soll die Verjährung von 1 auf 2 Jahre resp. bei Lieferungen, welche in ein Bauwerk eingebaut werden, 5 Jahre gelten. Mit der übereinstimmenden Verjährung von 5 Jahren für alle Arbeiten und Lieferungen (kaufrechtlich) zu unbeweglichen Bauwerken würde eine seit langem zu Recht kritisierte Lücke geschlossen. Nun könnte ein Unternehmer, dem mangelhaftes Material (bspw. Parkett) geliefert wird, auf den Lieferanten zurückgreifen und er stünde nach Ablauf eines Jahres nicht allein gegenüber Mängelansprüchen des Bestellers da.

### 5.3 Motion Barthassat (CVP)

Schliesslich hat Herr Nationalrat Luc Barthassat mit einer Motion verlangt, dass der zwingende Charakter von Art. 404 OR, also die jederzeitige Möglichkeit der Kündigung eines Auftrags, aufzuheben sei. Er beruft sich im Text seiner Motion auch auf Prof. Dr. Peter Gauch, welcher dieser von der Rechtsprechung über Jahre verteidigten Praxis schon geraume Zeit widerspricht. Es wird sicher spannend sein, die Beratung zu dieser Motion zu verfolgen und schliesslich im Ergebnis zu sehen, ob die vorher beschriebene Tendenz zum Ausbau des Konsumentenschutzes Oberhand gewinnt und somit an der jederzeitigen Kündbarkeit des Auftrags festgehalten wird. Oder ob hier, wie es der Motionär anzustreben scheint, der Auftragnehmer mit einer Einschränkung der Auflösungsmöglichkeiten geschützt werden soll.