

Bundesamt für Justiz  
Bundesrain 20  
3003 Bern

26. November 2004 Bu

## **Vernehmlassung zur Teilrevision des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Immobiliarsachen- und Grundbuchrecht)**

Sehr geehrte Damen und Herren

*bauenschweiz* ist die Dachorganisation der Schweizer Bauwirtschaft mit gegen 70 Berufs-, Fach- und Branchenverbänden und gliedert sich grundsätzlich in die vier partnerschaftlichen, gleichwertigen Stammgruppen Planung, Bauhauptgewerbe, Ausbau und Gebäudehülle sowie Produktion und Handel. Wir gestatten uns, angesichts der Bedeutung der Vorlage für die Bauwirtschaft zu dieser Vernehmlassungsvorlage Stellung zu beziehen.

### **1. Grundsätzliche Bemerkungen**

Der Vorentwurf umfasst gegen hundert Artikel und stellt damit – wie Sie zutreffend feststellen- im Bereich des Immobiliarsachen- und Grundbuchrechts die grösste Teilrevision des ZGB dar. Allerdings handelt es sich bei einem Grossteil der Vorschläge um relativ technische Aspekte, zu denen wir uns aus der übergeordneten politischen Sicht eines Dachverbands nicht äussern. Ebenfalls keine Stellung werden wir zur Frage der Einführung des papierlosen Schuldbriefs nehmen, während wir die Einführung eines Raumrechts jedenfalls in der vorgeschlagenen Fassung ablehnen. Die vorgeschlagene Konstruktion vermischt nämlich mietrechtliche, dienstbarkeitsrechtliche sowie miteigentums- und stockwerkeigentumsrechtliche Aspekte miteinander, ist kaum praxistauglich, dürfte auch kaum genügend attraktiv sein, um eine grössere Nachfrage zu generieren und verweist schliesslich in unsachgerechter Weise auf die Bestimmungen über die Mietzinsgestaltung. Bezüglich der Ausdehnung des Formzwanges zur öffentlichen Beurkundung auf grundsätzlich sämtliche Grunddienstbarkeitsverträge haben wir grosse Zweifel, ob dies tatsächlich nötig und verhältnismässig ist, zumal auch bei bereits nach geltender

Rechtslage beurkundungsbedürftigen Geschäften nicht immer zureichende vertragliche Regelungen festgesetzt werden und insbesondere professionelle Akteure der Immobilienwirtschaft durchaus wissen, welches der Inhalt von Dienstbarkeitsverträgen zu sein hat. Strikte abgelehnt werden von uns die vorgeschlagenen Änderungen beim gesetzlichen Bauhandwerkerpfandrecht und bei den nachbarrechtlichen Bestimmungen. Darauf wird sogleich gesondert einzugehen sein.

## **2. Zum gesetzlichen Bauhandwerkerpfandrecht**

Die Änderungen beim gesetzlichen Bauhandwerkerpfandrecht werden vorab mit der Gefahr von Doppelzahlungen des Bauherrn an Haupt- und Subunternehmer begründet.

### **Der Grundgedanke des Bauhandwerkerpfandrechtes**

Dem Institut des Bauhandwerkerpfandrechtes liegt der Gedanke zugrunde, dass der durch das Bauen entstandene Mehrwert eines Grundstückes die Forderungen der Handwerker und Unternehmer, die durch ihre Leistungen zur Wertvermehrung beigetragen haben, sichern soll. Die Sicherstellung der Handwerker und Unternehmer ist umso mehr am Platz, als die von ihnen gelieferten Materialien und ihr Werk Bestandteil des überbauten Grundstückes werden und von ihm, je nach der Natur der Sache, nicht ohne Verminderung oder Zerstörung des Gebrauchswertes getrennt werden können. Die Handwerker und Unternehmer können sich zudem weder ein Rücknahmerecht vorbehalten noch sich eine andere dingliche Sicherheit verschaffen. Es gibt keinen Grund, von dieser zutreffenden Interessenabwägung abzuweichen. Es geht daher nicht an, die bestehenden gesetzlichen Sicherheiten auszuhöhlen oder gar letztlich auszuhebeln. Dies umso weniger, als nach unbestrittener wirtschaftspolitischer Auffassung die kleinen und mittleren Unternehmen nach Möglichkeit gefördert werden sollen und sie sich im Wettbewerb zunehmend einer schlechteren Zahlungsmoral gegenübersehen. Gerade die KMU wären aber im Besonderen Opfer der vorgeschlagenen Revision, da sie sich aufgrund der Realitäten des Marktes sehr oft in der Rolle eines Subunternehmers befinden.

### **Möglichkeiten zur Vermeidung von Doppelzahlungen nach heutigem Recht**

Bei der heutigen Ausgestaltung des Bauhandwerkerpfandrechtes mag die Gefahr der Doppelzahlung für den Grundeigentümer im Verhältnis Hauptunternehmer / Subunternehmer nicht ganz von der Hand zu weisen sein. Indessen bestehen für den Bauherrn genügend Möglichkeiten, diese Gefahr zu umgehen, so zum Beispiel

- durch direkte Zahlungen des Bauherrn an die Subunternehmer unter vertraglicher Einräumung eines entsprechenden Rechts;

- durch eine projektbezogene Überwachung des Zahlungsverkehrs durch eine Bank oder einen Treuhänder;
- durch eine Garantie des Hauptunternehmers dem Bauherrn gegenüber, dass die Zahlungen an den Subunternehmer weitergeleitet werden;
- oder durch eine sorgfältige Auswahl des Hauptunternehmers durch den Bauherrn.

### **Forderungspfandrecht für den Subunternehmer ist eine untaugliche Ersatzlösung**

Die vorgeschlagene Ersatzlösung eines Forderungspfandrechtes ist untauglich, weil das Forderungspfandrecht von der Forderung des Hauptunternehmers abhängig ist. Damit stösst dieses Recht vor allem ins Leere, wenn der Bauherr den Hauptunternehmer bereits bezahlt hat, aber auch beispielsweise dann, wenn dem Bauherrn wegen eines Werkmangels das Recht auf Preisminderung zusteht, während ein derartiger Mangel im Vertragsverhältnis zwischen Haupt- und Subunternehmer nicht vorliegt. Dazu kommt, dass der Vertrag zwischen dem Bauherrn und dem Hauptunternehmer und der Subunternehmervertrag zwei verschiedene, selbstständige Verträge sind und die Forderung des Subunternehmers nicht in jedem Fall einem entsprechenden Vergütungsanspruch des Hauptunternehmers gegen den Bauherrn entspricht. Schliesslich soll offenbar auf das gesetzliche Forderungspfandrecht im Voraus verzichtet werden können. Dies wird es letztlich obsolet machen, da der Subunternehmer in der Regel das schwächste Glied in der Kette ist und sich gegen vertragliche Verzichtsklauseln kaum wird wehren können.

### **Hinfall der realobligatorischen Wirkung des Bauhandwerkerpfandrechtes?**

Als weitere Folge der Neufassung von Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ist zu befürchten, dass der gesetzliche Anspruch auf Errichtung eines Bauhandwerkerpfandrechtes auch für den (Haupt)Unternehmer nur noch im Verhältnis zu seinem Vertragspartner bestehen soll. Zu diesem Punkt lassen sich allerdings im Vernehmlassungsbericht bei Art. 837 VE keine Erläuterungen finden. Sollte dies die Meinung sein, würden wir dem kategorisch opponieren. Es kommt bekanntlich häufig vor, dass Neubauten relativ rasch oder noch vor der Fertigstellung an Dritte veräussert werden. Dann würde der Unternehmer bei einem Wegfall der realobligatorischen Wirkung kein Sicherungsmittel mehr besitzen. Damit würde von der geltenden Konzeption abgewichen, welche mit guten Gründen die Wirkung des Bauhandwerkerpfandrechtes gegenüber Dritterwerbem im Grundsatz bejaht. Dies stellt einen weiteren, sehr wichtigen Grund mehr dar, dass wir die Vernehmlassungsvorlage bezüglich Bauhandwerkerpfandrecht zurückweisen. (Vom allfällig belasteten Dritterwerber spricht immerhin der Kommentar zu Art. 839 VE mit Bezug auf die Eintragsfrist, ohne allerdings auf die genannte Fragestellung näher einzugehen.)

## Schlussfolgerungen

**Die obgenannten Unzulänglichkeiten führen uns dazu, die Vorschläge bezüglich Bauhandwerkerpfandrecht kategorisch abzulehnen.** Das gilt im Übrigen auch, insoweit das Grundpfandrecht gemäss Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 neu von einer unmittelbaren Lieferung von Material und/oder Arbeit abhängig gemacht wird, zumal diese Änderung in den Unterlagen nicht erläutert und begründet wird. Einzig seine Ausdehnung auf Abbrucharbeiten und die gesetzliche Verankerung der Gerichtspraxis bezüglich Forderungen gegenüber Mietern und Pächtern findet unsere Zustimmung. Sollte das neue Institut des Raumrechts entgegen unseren Erwartungen im Gesetz verankert werden, müsste das Bauhandwerkerpfandrecht auch diesbezüglich zum Zuge kommen, was allenfalls gesetzlich zu verankern wäre.

Nicht leicht verständlich ist für uns, dass mit einer relativ lapidaren Begründung über das Anliegen hinweggegangen wird, die Eintragungsfrist für das Bauhandwerkerpfandrecht von drei Monaten zu verlängern. Die Frage der Fristverlängerung war immerhin Gegenstand der Motion 98.3362 der nationalrätlichen Kommission für Rechtsfragen vom 7. Juli 1998. Wir beantragen eine Verlängerung der unbestrittenermassen als sehr kurz zu beurteilenden Frist auf sechs Monate, zumal Gläubiger von zahlungsunwilligen oder zahlungsunfähigen Schuldner nicht selten mit Versprechungen hingehalten werden und die zu befürchtenden Umtriebe oder die Gefährdung geschäftlicher Beziehungen einem schnellen Eintrag entgegenstehen können. Eine Verlängerung drängt sich umso mehr auf, als heute die Zahlungsfristen tendenziell länger geworden sind. Ebenso schlagen wir vor, bei nicht verpfändbaren Grundstücken entgegen dem Vernehmlassungsentwurf eine Sicherheitsleistung vorzusehen. In der Schweiz sind Gemeinwesen mit Zahlungsschwierigkeiten vorgekommen und werden wohl auch in Zukunft nicht auszuschliessen sein.

## 3. Zum Nachbarrecht

Wir erachten die vorgeschlagenen Präzisierungen und Ergänzungen als unnötig und im Übrigen zu weitgehend. Zur Begründung verweisen wir auf die Ihnen direkt zugegangenen Stellungnahmen unserer drei Mitgliedorganisationen Fachverband Schweizer RaumplanerInnen (FSU), Schweizerischer Baumeisterverband und Verband Schweizerischer Elektro-Installationsfirmen. Besonders problematisch ist der vorgeschlagene Art. 679a Abs. 2: Derartige Bestimmungen haben im ZGB nichts zu suchen. Es macht keinen Sinn, dass Nachbarn privatrechtlich eine Änderung des Bauprojektes verlangen können. Baubewilligungsbehörde ist die öffentliche Hand, welche allfällige Einwendungen zu behandeln hat. Aber auch Schadenersatzansprüche (vgl. Art. 679 Abs. 2 VE) bei negativen Einwirkungen aufgrund einer zonen- und baurechtskonform erstellten Baute sind abzulehnen, und zwar über die Tatbestände von Art. 679 Abs. 3 VE hinaus (vgl. BGE 126 III 452 E. 3 c cc S. 460). Eine derartige Entschädigungspflicht würde zudem das Bauen verteuern und stände im Gegensatz zum Gebot verdichteter Bauzonen.

Entsprechend geht auch Art. 684 Abs. 2 VE zu weit. Letztlich knüpfen die Vorschläge an die obgenannte bundesgerichtliche Rechtsprechung an; sie gehen aber deutlich darüber hinaus, wie insbesondere der detaillierten Analyse der FSU-Stellungnahme vom 16. November 2004 entnommen werden kann, weil sich das Bundesgericht vorab (nur) mit dem Pflanzenrecht befasst hat. So oder so lehnen wir es ab, dass öffentliches Bau- und Raumordnungsrecht durch Zivilrecht letztlich vereitelt werden kann. Das gilt vor allem auch insoweit, als Art. 679 Abs. 2 VE dahingehend verstanden werden müsste, dass sich der Nachbar bei noch nicht erstellten Bauten sogar gegen die Baute selber wehren könnte.

Wir hoffen, Ihnen mit unseren Angaben dienen zu können, und danken Ihnen für die Berücksichtigung unserer Vernehmlassungsantwort.

Mit freundlichen Grüssen  
**bauenschweiz**

NR Robert Keller  
Präsident

Charles Buser  
Geschäftsführer

*zweifach und elektronisch per [egba@bj.admin.ch](mailto:egba@bj.admin.ch) zugestellt*