



UNIVERSITÉ DE FRIBOURG  
UNIVERSITÄT FREIBURG

Motion FÄSSLER-OSTERWALDER (09.3392) «Stärkere Rechte der Bauherrschaft bei der Behebung von Baumängeln» und Motion POGGIA (12.3089) «Werkvertrag bei einem unbeweglichen Werk. Wirksamer Schutz des Bauherrn» (vgl. [www.parlament.ch](http://www.parlament.ch))

## **Bauherrschaft und Baumängel**

Gutachten zuhanden des Bundesamtes für Justiz

Prof. Dr. HUBERT STÖCKLI  
ordentl. Professor an der Universität Freiburg  
Lehrstuhl für Zivil- und Handelsrecht  
Institut für Schweizerisches und Internationales Baurecht

[www.unifr.ch/baurecht](http://www.unifr.ch/baurecht)

**Dezember 2013**



Institut für Schweizerisches  
und Internationales Baurecht  
Institut pour le droit suisse  
et international de la construction

## Inhaltsübersicht

Inhaltsverzeichnis .....	II
Literaturhinweise .....	III
Abkürzungen und Glossar .....	V

## Inhaltsverzeichnis

<b>I. Der Gegenstand dieses Gutachtens</b> .....	1
A Motion FÄSSLER-OSTERWALDER (09.3392) und weitere Vorstösse .....	1
B Zu den Grundlagen dieses Gutachtens .....	3
<b>II. Das geltende Recht in Grundzügen</b> .....	3
A Die Rechtslage nach Gesetz .....	3
B Die hohe Bedeutung privater Vertragsnormen .....	6
C Die Praxis beim Kauf von Stockwerkeigentum .....	8
<b>III. Wo Änderungsbedarf besteht</b> .....	11
A Bei der Mängelrüge .....	12
B Bei der Kontrolle allgemeiner Geschäftsbedingungen .....	16
C Beim Kauf von Stockwerkeigentum ab Plan .....	17
D Bei der Verjährung .....	19
<b>IV. Die Haftung der Planer im Besonderen</b> .....	22
<b>V. Eine Pflichtversicherung für Bauunternehmungen?</b> .....	24
<b>VI. Was überdies zu prüfen wäre</b> .....	26
A Die Beweislastverteilung .....	27
B Die Nachbesserung .....	27
C Weitere Punkte .....	28
<b>VII. Die Ergebnisse im Überblick</b> .....	32

## Literaturhinweise

Nicht alle der hier aufgeführten Publikationen werden im Gutachten auch zitiert. Ich führe sie gleichwohl auf, weil ich sie spezifisch für dieses Gutachten konsultiert habe.

ARBEITSGRUPPE BAUVERTRAGSRECHT BEIM BUNDESMINISTERIUM DER JUSTIZ, Abschlussbericht vom 18. Juni 2013, [www.bmj.de](http://www.bmj.de), letztmals konsultiert am 12. Dezember 2013 (zit. BMJ-Abschlussbericht)

ARMGARDT MATTHIAS, Das Constructionvertragsrecht des Draft Common Frame of Reference aus Sicht des deutschen Werkvertragsrechts und der VOB/B, in: NZBau 2009, S. 12 ff.

BECK RENÉ, Ein Pflichtversicherungsgesetz im Interesse aller Beteiligten, in: HAVE 2013, S. 50 ff.

BIEGER ALAIN, Die Mängelrüge im Vertragsrecht, Diss. Freiburg, Zürich 2009

BRUGGEMAN EVELIEN/CHAO-DUIVIS MONIKA, Länderbericht Niederlande, in: Pfeiffer Thomas/Hess Burkhard/Huber Stefan (Hrsg.), Rechtsvergleichende Untersuchung zu Kernfragen des Privaten Bauvertragsrechts, Filderstadt 2008, S. 326 ff. (deutsche Übersetzung des englischen Original-Berichts)

BRUNNER CHRISTOPH, UN-Kaufrecht – CISG, Kommentar zum Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf von 1980, Bern 2004

GAUCH PETER, Die revidierten Art. 210 und 371 OR – Änderung des Obligationenrechts vom 16. März 2012, in: recht 2012, S. 124 ff. (zit. GAUCH, recht)

DERSELBE, Der Werkvertrag, 5. Aufl., Zürich 2011 (zit. GAUCH, Der Werkvertrag)

GAUCH PETER/STÖCKLI HUBERT (Hrsg.), Kommentar zur SIA-Norm 118, Art. 1-37, Zürich 2009 (zit. AUTOR, in: Gauch/Stöckli [Hrsg.], Kommentar SIA 118)

GIAMPAOLO DAVIDE/HUGUENIN CLAIRE, Entwicklungen im schweizerischen Konsumrecht – Plädoyer für ein integrales Konsumschutzgesetz, in: Jusletter 8. Juli 2013

HAUSHEER HEINZ/WALTER HANS PETER (Hrsg.), Berner Kommentar, Art. 1-9 ZGB, Bern 2012 (zit. AUTOR, Berner Kommentar)

HIGI PETER, Zürcher Kommentar, Art. 253-265 OR, 3. Aufl., Zürich 1994

HONSELL HEINRICH, Schweizerisches Obligationenrecht – Besonderer Teil, 9. Aufl., Bern 2010

HUGUENIN CLAIRE/HILTY RETO M. (Hrsg.), Schweizer Obligationenrecht 2020 – Entwurf für einen neuen allgemeinen Teil / Code des obligations suisse 2020 – Projet relatif à une nouvelle partie générale, Zürich 2013 (zit. AUTOR, in: Huguenin/Hilty [Hrsg.]

HÜRLIMANN ROLAND/TRÜMPY DANIEL, Die Betriebshaftpflichtversicherung für das Baugewerbe, in: BR/DC 1999, S. 83 ff.

INSTITUT PRIVATER BAUHERREN E.V. (Hrsg.), Schlüsselfertig bauen – Die Bauverträge mit privaten Bauherren in der Praxis, Berlin 2012

JÄGGI PETER/GAUCH PETER, Zürcher Kommentar, Art. 18 OR, 3. Aufl., Zürich 1980

KAPPELLMANN KLAUS D., Die Änderungsvorschläge zum BGB und zur VOB/B, in: NZBau 2013, S. 537 ff.

KAPPELLMANN KLAUS D./MESSERSCHMIDT BURKHARD, VOB Teile A und B, 4. Aufl., München 2013 (zit. AUTOR, in: Kapellmann/Messerschmidt [Hrsg.]

KEILHOLZ KURT, Baurecht, in: Bundesminister der Justiz (Hrsg.), Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Bd. III, Köln 1983, S. 241 ff.

KOLLER ALFRED, Das Nachbesserungsrecht im Werkvertrag, Zürich 1995

KRAUSE-ALLENSTEIN FLORIAN (Hrsg.), Handbuch Bauversicherungsrecht, Köln 2013

KRAUSKOPF FRÉDÉRIC/SIEGENTHALER THOMAS, Der Rückgriff unter Baubeteiligten – eine Praxisänderung? Bundesgerichtsurteil 4C.368/2005/4C.370/2005 vom 26.9.2006 (= BGE 133 III 6), in: BR/DC 2007, S. 53 ff.

MALINVAUD PHILIPPE (Hrsg.), Droit de la Construction 2010/2011, Paris 2010 (zit. AUTOR, in: Malinvaud [Hrsg.]

MENZ SACHA/KRIEBUS OLIVER, Mängel im Hochbau, Empfehlungen für Ausführende und Entscheidungsträger, Zürich 2013

MUSTERURKUNDENSAMMLUNGSKOMMISSION DES VERBANDS BERNISCHER NOTARE, Abtretung von Mängelrechten im Kauf- und Werkvertrag und Art. 8 UWG – gültige oder nichtige Vertragsbestimmungen?, datiert vom Oktober 2013 (meines Wissens unveröffentlicht)

PFEIFFER THOMAS/HESS BURKHARD/HUBER STEFAN (Hrsg.), Rechtsvergleichende Untersuchung zu Kernfragen des Privaten Bauvertragsrechts, Filderstadt 2008

QUACK FRIEDRICH, Mehrfachabtretung von Mängelansprüchen an Erwerber: Gilt nur die erste Abtretung?, in: IBR 2005, S. 210

REETZ PETER, Der Bauprozess: er steht und fällt mit dem Beweis, in: Schweizerische Baurechtstagung 2009, Freiburg 2009, S. 119 ff.

ROHLFING-DIJOUX STEPHANIE, Länderbericht Frankreich, in: Pfeiffer Thomas/Hess Burkhard/Huber Stefan (Hrsg.), Rechtsvergleichende Untersuchung zu Kernfragen des Privaten Bauvertragsrechts, Filderstadt 2008, S. 250 ff.

RÜETSCHI DAVID, Substanziierung der Mängelrüge, in: recht 2003, S. 115 ff.

SÄCKER FRANZ JÜRGEN/RIXECKER ROLAND (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 6. Aufl., München 2012 (zit. AUTOR, Münchener Kommentar)

SCHULZE-HAGEN ALFONS, Wann haftet Bauträger subsidiär?, in: IBR 1998, S. 104

SCHUMACHER RAINER, Das Bauhandwerkerpfandrecht, 3. Aufl., Zürich 2008 (zit. SCHUMACHER, Das Bauhandwerkerpfandrecht)

DERSELBE, Das Bauhandwerkerpfandrecht, Ergänzungsband zur 3. Auflage, Zürich 2011 (zit. SCHUMACHER, Ergänzungsband)

SCHWEIZERISCHE GESELLSCHAFT FÜR HAFTPFLICHT- UND VERSICHERUNGSRECHT SGHVR (Hrsg.), Pflichtversicherung, Entwurf einer gesetzlichen Regelung, Zürich 2012 (zit. SGHVR)

SIEGENTHALER THOMAS, Die "Sennhof-Affäre" – Mängelrüge auch gegen Ingenieur, in: BR/DC 2012, S. 193 ff.

SPICHER ROLAND, Die Bauplatz-Versicherung: Paketlösung für grosse Bauvorhaben, in: BR/DC 2013, S. 49 ff.

STÖCKLI HUBERT, UWG 8 – neues Recht gegen unfaire Verträge, in: Schweizerische Baurechtstagung 2013, Freiburg 2013, S. 171 ff. (zit. STÖCKLI, UWG 8)

DERSELBE, Mängelrüge bei Ingenieurleistungen – keine sachgerechte Lösung, in: BR/DC 2012, S. 213 f. (zit. STÖCKLI, Mängelrüge)

DERSELBE, Der neue Art. 8 UWG – offene Inhaltskontrolle, aber nicht für alle, in: BR/DC 2011, S. 184 ff. (zit. STÖCKLI, Inhaltskontrolle)

DERSELBE, Stockwerkeigentum ab Plan, in: Schweizerische Baurechtstagung 2009, Freiburg 2009, S. 1 ff. (zit. STÖCKLI, Stockwerkeigentum)

STÖCKLI HUBERT/SIEGENTHALER THOMAS (Hrsg.), Die Planerverträge, Zürich 2013 (zit. AUTOR, in: Stöckli/Siegenthaler [Hrsg.], Die Planerverträge)

STÖCKLI HUBERT/SIEGENTHALER THOMAS, Länderbericht Schweiz, in: Pfeiffer Thomas/Hess Burkhard/Huber Stefan (Hrsg.), Rechtsvergleichende Untersuchung zu Kernfragen des Privaten Bauvertragsrechts, Filderstadt 2008, S. 366 ff. (zit. STÖCKLI/SIEGENTHALER, Länderbericht)

TERCIER PIERRE/FAVRE PASCAL G., Les contrats spéciaux, 4. Aufl., Zürich 2009

TERCIER PIERRE/STÖCKLI HUBERT, La garantie pour les défauts et la réfection de l'ouvrage (1ère partie), in: BR/DC 2003, S. 10 ff.; Die Nachbesserung im Werkvertrag (Teil 2), in: BR/DC 2003, S. 53 ff.

THÉVENOZ LUC/WERRO FRANZ (Hrsg.), Commentaire romand, Code des obligations I, Art. 1-529 CO, 2. Aufl., Basel 2012 (zit. AUTOR, Commentaire romand)

VON BAR CHRISTIAN/CLIVE ERIC/SCHULTE-NÖLKE HANS, Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR), München 2009

VON OLENHUSEN LEO GÖTZ, Verbraucherschutz im privaten Baurecht, Diss. Berlin, Köln 2012

WERZ JEAN-CLAUDE, Versicherungspflicht und Pflichtversicherungsgesetz, in: HAVE 2013, S. 54 ff. (zit. WERZ, Versicherungspflicht)

WEYERS HANS-LEO, Werkvertrag, in: Bundesminister der Justiz (Hrsg.), Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Bd. II, Köln 1981, S. 1115 ff.

ZEHNDER HANNES, Die Mängelrüge im Kauf-, Werkvertrags- und Mietrecht, in: SJZ 2000, S. 545 ff.

## Abkürzungen und Glossar

In der Folge werden vor allem jene Abkürzungen erläutert, die für den Baubereich spezifisch und/oder eventuell nicht allgemeinverständlich sind. Dazu kommt ein Glossar, in dem ich Termini erläutere, die ich in diesem Gutachten besonders häufig verwende (zum Teil aus STÖCKLI/SIEGENTHALER [Hrsg.], Die Planerverträge, Zürich 2013). Diese Erläuterungen sind als Orientierungshilfe, nicht als erschöpfende, sich selbst genügende Begriffsbildung gedacht.

ABGB/Ö	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (Österreich), <a href="http://www.ris.bka.gv.at">www.ris.bka.gv.at</a> (letztmals konsultiert am 12. Dezember 2013)
bauenschweiz	Dachorganisation der Schweizer Bauwirtschaft
Bauvertrag	Als Bauvertrag bezeichne ich in diesem Gutachten nicht nur den Werkvertrag zwischen Bauherrn und Unternehmer, der sich auf die Herstellung eines Bauwerks richtet, sondern auch den Vertrag zwischen Bauherrn und Planer, der sich (je nach seinem Inhalt) als Werkvertrag, als einfacher Auftrag oder als gemischter Vertrag (grundlegend BGE 109 II 462) erweist.
BGB/DE	Bürgerliches Gesetzbuch (Deutschland), <a href="http://www.gesetze-im-internet.de">www.gesetze-im-internet.de</a> (letztmals konsultiert am 12. Dezember 2013)
BGer	Bundesgericht
BGFA	Bundesgesetz über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte vom 23. Juni 2000 (Anwaltsgesetz, SR 935.61)
BGH	Bundesgerichtshof (Deutschland)
BR/DC	Baurecht/Droit de la construction, Zeitschrift für Baurecht und Vergabewesen (Zürich)
CC/FR	Code Civil (Frankreich), <a href="http://www.legifrance.gouv.fr">www.legifrance.gouv.fr</a> (letztmals konsultiert am 12. Dezember 2013)
CC/IT	Codice Civile (Italien), zum Teil zitiert in der von der Südtiroler Landesregierung veranlassten Übersetzung vom 31. Mai 2010 <a href="http://www.provinz.bz.it/anwaltschaft/themen/zivilgesetzbuch.asp">www.provinz.bz.it/anwaltschaft/themen/zivilgesetzbuch.asp</a> (letztmals konsultiert am 12. Dezember 2013)
CCH/FR	Code de la construction et de l'habitation (Frankreich), <a href="http://www.legifrance.gouv.fr">www.legifrance.gouv.fr</a> (letztmals konsultiert am 12. Dezember 2013)
CCo/FR	Code de la consommation (Frankreich), <a href="http://www.legifrance.gouv.fr">www.legifrance.gouv.fr</a> (letztmals konsultiert am 12. Dezember 2013)
CdA/FR	Code des assurances (Frankreich), <a href="http://www.legifrance.gouv.fr">www.legifrance.gouv.fr</a> (letztmals konsultiert am 12. Dezember 2013)

CISG	Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf, abgeschlossen in Wien am 11. April 1980 (SR 0.221.211.1), auch: «Wiener Kaufrecht»
DCFR	Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference = gemeinsamer Referenzrahmen für ein europäisches Privatrecht
Einmalbauherr	Besteller von Planer- und Bauleistungen, der dies nicht zu gewerblichen oder beruflichen Zwecken tut.
GewO/DE	Gewerbeordnung (Deutschland), <a href="http://www.gesetze-im-internet.de">www.gesetze-im-internet.de</a> (letztmals konsultiert am 12. Dezember 2013)
Haftpflichtversicherung	«Bei der Haftpflichtversicherung ist der Versicherer verpflichtet, den Versicherungsnehmer von Ansprüchen freizustellen, die von einem Dritten auf Grund der Verantwortlichkeit des Versicherungsnehmers für eine während der Versicherungszeit eintretende Tatsache geltend gemacht werden, und unbegründete Ansprüche abzuwehren» (so die Legaldefinition in § 100 VVG/DE; vgl. auch FUHRER, Schweizerisches Privatversicherungsrecht, Zürich 2011, Nr. 20.2).
Hausverein	Hausverein Schweiz
HAVE	Haftung und Versicherung (Zürich)
HEV	Hauseigentümerverband Schweiz
HGB/DE	Handelsgesetzbuch (Deutschland), <a href="http://www.gesetze-im-internet.de">www.gesetze-im-internet.de</a> (letztmals konsultiert am 12. Dezember 2013)
HGer	Handelsgericht
IBR	Immobilien- & Baurecht (Mannheim)
KBOB	Koordinationskonferenz der Bau- und Liegenschaftsorgane der öffentlichen Bauherren
MaBV/DE	Verordnung über die Pflichten der Makler, Darlehensvermittler, Bauträger und Baubetreuer (Deutschland), <a href="http://www.gesetze-im-internet.de">www.gesetze-im-internet.de</a> (letztmals konsultiert am 12. Dezember 2013)
NBW/NL	Nieuw Burgerlijk Wetboek (Niederlande), <a href="http://wetten.overheid.nl">wetten.overheid.nl</a> (letztmals konsultiert am 12. Dezember 2013)
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (München)
NZBau	Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht (München)
OGer	Obergericht
OR	Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911 (SR 220)
OR 2020	Schweizer Obligationenrecht 2020, Entwurf für einen neuen allgemeinen Teil / Code des obligations suisse 2020, Projet relatif à une nouvelle partie générale ( <a href="http://www.or2020.ch">www.or2020.ch</a> , letztmals konsultiert am 12. Dezember 2013)
Planer	«Selbstständige Fachleute der Bauwirtschaft, die planen, leiten, prüfen, überwachen und/oder koordinieren, nicht aber selber bauen. Darunter fallen namentlich Architektinnen und Architekten sowie Ingenieure und Ingenieurinnen, die als solche tätig sind» (STÖCKLI/SIEGENTHALER [Hrsg.], Die Planerverträge, Zürich 2013, Glossar).
Planervertrag	«Vertrag, der Planerleistungen zum Gegenstand hat. Planerleistungen sind so vielgestaltig, dass es den Planervertrag mit stets gleichem Inhalt nicht gibt (vgl. BGE 134 III 363 E. 5.1). Für die rechtliche Einordnung von Planerverträgen (Vertragsqualifikation) kommt es auf den Inhalt an, der im konkreten Fall vereinbart wurde» (STÖCKLI/SIEGENTHALER [Hrsg.], Die

	Planerverträge, Zürich 2013, Glossar).
SBV	Schweizerischer Baumeisterverband
SchKG	Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889 (SR 281.1)
SGHVR	Schweizerische Gesellschaft für Haftpflicht- und Versicherungsrecht
SIA	Schweizerischer Ingenieur- und Architektenverein
SVG	Strassenverkehrsgesetz vom 19. Dezember 1958 (SR 741.01)
SVV	Schweizerischer Versicherungsverband
usic	Schweizerische Vereinigung Beratender Ingenieurunternehmen
UWG	Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 19. Dezember 1986 (SR 241)
VOB/B	Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen, Teil B: Allgemeine Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauleistungen, Ausgabe 2012 (Deutschland), <a href="http://www.bmvbs.de">www.bmvbs.de</a> (letztmals konsultiert am 12. Dezember 2013)
VVG/DE	Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag (Versicherungsvertragsgesetz, Deutschland); <a href="http://www.gesetze-im-internet.de">www.gesetze-im-internet.de</a> (letztmals konsultiert am 12. Dezember 2013)
ZPO	Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (SR 272)

# I. Der Gegenstand dieses Gutachtens

## A Motion FÄSSLER-OSTERWALDER (09.3392) und weitere Vorstösse

- 1 1. Frau Nationalrätin FÄSSLER-OSTERWALDER reichte am 29. April 2009 die Motion 09.3392 «Stärkere Rechte der Bauherrschaft bei der Behebung von Baumängeln» ein. Die Motion hat den folgenden Wortlaut:

*«Der Bundesrat wird beauftragt, vertiefte Abklärungen zur Verstärkung des Schutzes von Baufrauen und Bauherren bei der Behebung von Baumängeln im Bereich der Architektur- und Baudienstleistungen zu treffen und gestützt darauf dem Parlament einen konsistenten Lösungsvorschlag für die eruierten Probleme zu unterbreiten. Zu prüfen sind die Frage der Schaffung eines besonderen Bau- und Architekturvertrages und die Unterstellung aller Architekturleistungen unter die Kausalhaftung. Zu überprüfen sind die heute geltenden Rüge- und Garantiefrieten und die Haftung des Unternehmers für verdeckte Mängel. Zu Rate zu ziehen sind neben dem Bau- und Architekturvertragsrecht auch das Werkvertragsrecht im Allgemeinen und im Zusammenhang mit dem Auftrags- und Kaufrecht. Weiter sind Fragen, die sich aus den allgemeinen Regeln des Vertragsrechtes ergeben, wie die Unterbrechung der Verjährung oder die Problematik der allgemeinen Geschäftsbedingungen, zu berücksichtigen.»*

- 2 Diese Motion wurde am 2. März 2011 vom Nationalrat und am 20. September 2011 vom Ständerat angenommen und anschliessend an den Bundesrat überwiesen.

- 3 2. Im Dezember 2012 wurde das Institut für Schweizerisches und Internationales Baurecht der Universität Freiburg vom Bundesamt für Justiz beauftragt, ein Gutachten zu den in der Motion aufgeworfenen Fragen zu verfassen. Der Auftrag, der an der Motion anknüpft, hat einen eingeschränkten Gegenstand. So geht es nicht um eine umfassende Überprüfung des geltenden Schweizer Bauvertragsrechts in all seinen Facetten. Diese Einschränkung gibt mir die Stossrichtung der Motion vor, liegt aber auch sonst nahe: Eine komplette Durchleuchtung des geltenden Bauvertragsrechts, zu dem neben den Bauwerk- auch die Planerverträge sowie die Versicherungsverträge gehörten, wäre sicherlich wünschenswert, würde aber einen wesentlich grösseren Aufwand nach sich ziehen, als er in diesem Mandat vorgesehen ist.<sup>1</sup> Im Kern geht es hier – wie dies auch im Titel der Motion zum Ausdruck kommt – um die Haftung für Baumängel, was sich in folgender Frage fassen lässt:

*«Mit welchen Mitteln lässt sich die gesetzliche Haftung für Werkmängel gegebenenfalls so verändern, dass damit die Position der Bauherren gestärkt würde?»*

---

<sup>1</sup> In Deutschland, wo gegenwärtig Überlegungen zur Revision des BGB-Werkvertragsrechts angestellt werden, wurde die Arbeitsgruppe Bauvertragsrecht beim Bundesministerium für Justiz, in der die massgeblichen Kreise vertreten waren, im Januar 2010 eingerichtet; der Abschlussbericht wurde dreieinhalb Jahre später, im Juni 2013, veröffentlicht. Zu vermerken ist, dass der Abschlussbericht von den an den Beratungen beteiligten Auftragnehmervetretern nicht mitgetragen wird; siehe dazu die (im Internet publizierte) «Gemeinsame Stellungnahme der Auftragnehmervetreter vom Juni 2013».

- 4 **a.** Diese Frage prüfe ich vor dem Hintergrund des geltenden Rechts, zu dem die werkvertraglichen und die auftragsrechtlichen Bestimmungen des Obligationenrechts gehören. Darüber hinaus ziehe ich die SIA-Norm 118 (2013) zu Rate, die «Allgemeine Bedingungen für Bauarbeiten» enthält; dabei handelt es sich zwar um ein von einem Berufsverband herausgegebenes, privates Vertragswerk, das sich aber in der Schweizer Vertragspraxis flächendeckend durchgesetzt hat und auch von der öffentlichen Hand als Vertragsstandard anerkannt und verwendet wird (Rz. 17 ff.). Ob die SIA-Ordnungen für Planerleistungen den Markt in einer vergleichbaren Masse durchdringen, vermag ich nicht mit Sicherheit zu sagen. Gleichwohl beziehe ich sie hier ein, da auf jeden Fall feststeht, dass es keine anderen Bedingungen gibt, die einen ähnlich hohen Verbreitungsgrad erreichen.
- 5 **b.** Bauprojekte sind häufig relativ komplex, weshalb hier ein grösserer Regelungsbedarf besteht als bei einfacheren Vorhaben. Da das gesetzliche Werkvertragsrecht verhältnismässig knapp ist, wird in der heutigen Praxis (wie soeben ausgeführt, Rz. 4) der gesteigerte Regelungsbedarf weitgehend durch den Einbezug privater Vertragsnormen befriedigt (dazu Rz. 17 ff.). An sich stellt sich natürlich die Frage, ob diesem Rechtszustand mit der Schaffung einer Reihe neuer Nominatverträge über Baudienstleistungen oder gar eines eigenen Baudienstleistungsgesetzes zu begegnen sei. Ich selber bin der Meinung, dass die heutige gesetzliche Regulierung in den Grundzügen ausreicht und es wenig erfolversprechend wäre, das ganze Bauvertragsrecht auf eine neue gesetzliche Grundlage zu stellen.<sup>2</sup> Wo es Korrekturbedarf gibt, lässt sich diesem Bedarf meiner Einschätzung nach durch punktuelle Eingriffe Rechnung tragen.
- 6 **3.** Ausgangspunkt dieses Gutachtens sind (wie erwähnt, Rz. 3) die Fragen, welche die Motion FÄSSLER-OSTERWALDER (09.3392) aufwirft. Doch sind die Fragen, auf welche die am 7. März 2012 von Herrn Nationalrat POGGIA eingereichten Motion 12.3089 «Werkvertrag bei einem unbeweglichen Werk. Wirksamer Schutz des Bauherrn» zielt, sachverwandt. Diese Motion hat folgenden Wortlaut:

*«Der Bundesrat wird beauftragt, dem Parlament eine Änderung der Artikel 363 bis 379 des Obligationenrechtes zu unterbreiten: Jedes in der Schweiz im Bauwesen tätige Unternehmen (Rohbau und Ausbau) soll dazu verpflichtet werden, eine Haftpflichtversicherung abzuschliessen, und die Anspruchsberechtigten sollen ein direktes Klagerecht gegenüber dem Versicherer bekommen.»*

- 7 Im Plenum ist diese Motion noch nicht behandelt worden.<sup>3</sup> Der Bundesrat beantragte in seiner Stellungnahme vom 16. Mai 2012, die Motion abzulehnen, da die Einführung der verlangten Versicherungspflicht ohnehin im Rahmen der Motion FÄSSLER-OSTERWALDER (09.3392) geprüft werde. Nach Rücksprache mit dem Bundesamt für Justiz gehe ich in diesem Gutachten auch auf die Motion POGGIA (12.3089) ein. Dazu kommen zwei parlamentarische Vorstösse, die zwar nicht direkt Gegenstand dieses Gutachtens bilden, die aber bei dessen Ausarbeitung zu beachten sind. Gemeint ist zum einen die parlamentarische Initiative 12.502 von Herrn Nationalrat HUTTER «Für

---

<sup>2</sup> Zum «Bedürfnis für ein (ziviles) Bauwesengesetz» vgl. die noch immer bedenkenswerten, von Skepsis getragenen Ausführungen zum deutschen Recht von KEILHOLZ, S. 325 ff.

<sup>3</sup> Vgl. [www.parlament.ch](http://www.parlament.ch) (letztmals konsultiert am 12. Dezember 2013).

faire Rügefristen im Werkvertragsrecht», zum andern die Motion 11.3909 von Herrn Nationalrat BARTHASSAT «Artikel 404 OR. Anpassung an die Erfordernisse des 21. Jahrhunderts». Für unseren Zusammenhang relevant ist vor allem die parlamentarische Initiative HUTTER (12.502), nach der Art. 370 Abs. 3 OR den folgenden Wortlaut erhalten soll:

*«Treten die Mängel erst später zutage, so muss die Anzeige innert 60 Tagen nach der Entdeckung erfolgen, widrigenfalls das Werk auch rücksichtlich dieser Mängel als genehmigt gilt.»*

- 8 Diese Initiative ist im Plenum noch nicht behandelt worden.<sup>4</sup> Sie zielt jedoch auf eine Änderung des Obligationenrechts in einem Sachbereich ab, in dem auch ich dringenden Änderungsbedarf sehe, was mich dazu bringt, im Rahmen dieses Gutachtens auch auf die Initiative HUTTER (12.502) einzugehen.

## **B Zu den Grundlagen dieses Gutachtens**

- 9 Zu den Grundlagen, auf denen dieses Gutachten beruht, gehören die Auswertung einer Umfrage in Fachkreisen (bei einschlägig spezialisierten Anwältinnen und Anwälten und Fachleuten), die Gespräche mit Vertreterinnen und Vertretern interessierter Verbände (bauenschweiz, Hausverein, HEV, SBV, SIA, SVV und usic) sowie die Abklärungen durch meine wissenschaftlichen Mitarbeiter.<sup>5</sup> Ohne von einer rechtsvergleichenden Studie sprechen zu wollen, habe ich zum Teil auch die Rechtslage in anderen Ländern einfließen lassen; als besonders hilfreich hat sich in dieser Hinsicht das Werk von PFEIFFER/HESS/HUBER erwiesen. All die wesentlichen Hinweise und vielfältigen Anregungen seien an dieser Stelle verdankt. Es versteht sich von selbst, dass die Verantwortung für den Inhalt des Gutachtens und somit auch für Unzulänglichkeiten und Lücken, die es aufweisen mag, allein bei mir liegt.

## **II. Das geltende Recht in Grundzügen**

### **A Die Rechtslage nach Gesetz**

- 10 1. Die Schweiz kennt kein besonderes Bauvertragsrecht, das die Regulierungsbedürfnisse beim Bauen mit spezifischen Regeln befriedigt.<sup>6</sup> Anwendbar sind die Be-

---

<sup>4</sup> Vgl. [www.parlament.ch](http://www.parlament.ch) (letztmals konsultiert am 12. Dezember 2013).

<sup>5</sup> LISA AESCHIMANN (MLaw), ROGER BIERI (MLaw, RA) und PHILIP MOEBIUS (MLaw, RA), wissenschaftliche Mitarbeiter und Doktoranden am Lehrstuhl für Zivil- und Handelsrecht der Universität Freiburg, denen ich auch die sorgfältige Kontrolle des Textes und der Belegstellen zu verdanken habe.

<sup>6</sup> Gleich die Ausgangslage in Deutschland, vgl. BUSCHE, Münchener Kommentar, N 112 zu § 631 BGB/DE. Der Draft Common Frame of Reference (DCFR) enthält zwar eigene Bestimmungen über «Construction» (Art. IV.C.-3:101 ff.) und «Design» (Art. IV.C.-6:101 ff.), geht damit aber kaum wesentlich über das hinaus, was im Schweizer Obligationenrecht schon heute hinterlegt ist – woran sich meiner Meinung nach auch dann festhalten lässt, wenn man die allgemeinen «Rules applying to service contracts in general» (Art. IV.C.-2:101 ff. DCFR) dazu nimmt. Zum Bauvertragsrecht des DCFR siehe z.B. ARMGARDT, S. 12 ff.

stimmungen, die allgemein gehalten sind, also den besonderen Verhältnissen beim Bauen nicht (oder nur punktuell) Rechnung tragen. Im Vordergrund stehen die Bestimmungen des Werkvertragsrechts (Art. 363 ff. OR) und die Bestimmungen zum einfachen Auftrag (Art. 394 ff. OR).<sup>7</sup> Diese Bestimmungen beschlagen sowohl die Bauwerk- als auch die Planerverträge, gelten aber natürlich nicht nur für die Bauverträge, sondern für jegliche Verträge, die werk- und/oder auftragsrechtliche Merkmale tragen.

- 11 **a.** Während für die Verträge mit Bauunternehmern meist klar ist, dass es sich dabei um Werkverträge handelt, ist die Lage bei den Planerverträgen unübersichtlicher, denn: Planerverträge können verschiedenartige Leistungen beinhalten, weshalb nach Massgabe des Vertragsinhalts (also der vereinbarten Leistungen) zu unterscheiden sind (vgl. BGer 4A\_90/2013 [Urteil vom 10. Juni 2013] E. 3)<sup>8</sup>:
- 12 – der reine Planungsvertrag, der sich seinem Inhalt nach auf die entgeltliche Herstellung von Plänen beschränkt und von Bundesgericht und Lehre fast einheitlich<sup>9</sup> als Werkvertrag qualifiziert wird, was – abweichende Abreden vorbehalten – mit Bezug auf drei Mängelrechte (Wandelung, Minderung und Nachbesserung)<sup>10</sup> eine Kausalhaftung des Planers (Art. 368 OR) mit sich führt (vgl. Rz. 58).
- 13 – der Bauleitungsvertrag, den Bundesgericht und Lehre einhellig als einfachen Auftrag verstehen, was es mit sich bringt, dass die Haftung des Planers voraussetzt, dass ihn ein Verschulden (Art. 398 Abs. 2 OR) oder eine Hilfspersonenhaftung (Art. 101 OR) trifft.
- 14 – der Gesamtvertrag, in den Planungsaufgaben und Bauleitung einfließen, der von einem Teil der Lehre dem Recht des einfachen Auftrags zugeordnet wird, während das Bundesgericht diesen Vertrag als Innominatvertrag qualifiziert, der Elemente sowohl des Werkvertrags- als auch des Auftragsrechts aufweist. In einer langjährigen Rechtsprechung (seit BGE 109 II 466) weist das Bundesgericht darauf hin, dass es hier eine «Spaltung der Rechtsfolgen» für möglich hält<sup>11</sup>, die es aber (so weit ich sehe) erst seit Kurzem praktiziert, indem es auch im Gesamtvertrag den

---

<sup>7</sup> Es versteht sich von selbst, dass damit die gesetzlichen Grundlagen, auf denen das Bauvertragsrecht beruht, nicht abschliessend beschrieben sind. Zu denken ist auch an den Allgemeinen Teil des Obligationenrechts (einschliesslich des ausservertraglichen Haftpflichtrechts, Art. 41 ff. OR), an die Bestimmungen zum Kaufvertrag (Art. 184 ff. OR), an die Regelung der einfachen Gesellschaft bei der Bildung von Arbeitsgemeinschaften (Art. 530 ff. OR) und weitere mehr.

<sup>8</sup> Eingehend zur Qualifikation der Planerverträge GAUCH/MIDDENDORF, in: Stöckli/Siegenthaler (Hrsg.), Die Planerverträge, Nr. 1.29 ff.

<sup>9</sup> Kritisch zum Geist-Werkvertrag DENZLER/HOCHSTRASSER, in: Stöckli/Siegenthaler (Hrsg.), Die Planerverträge, Nr. 8.11.

<sup>10</sup> Als viertes Recht ist der Anspruch auf Ersatz eines Mangelfolgeschadens zu nennen, der allerdings ein Verschulden oder eine Hilfspersonenhaftung (Art. 101 OR) bedingt.

<sup>11</sup> Der deutsche BGH qualifiziert den Architektenvertrag, mit dem der Architekt alle mit Blick auf das Bauvorhaben erforderlichen Planerleistungen übernimmt, als Werkvertrag; nur ausnahmsweise ist auf Architektenverträge das Dienstvertragsrecht anwendbar. Vgl. MÜLLER-GLÖGE, Münchener Kommentar, N 134 zu § 611 BGB/DE; BUSCHE, Münchener Kommentar, N 198 zu § 631 BGB/DE. Aufschlussreich der BMJ-Abschlussbericht: «Eine Qualifizierung des Architektenvertrags als ‚gemischten Vertrag‘ würde zu einer nicht mehr zu beherrschenden Anwendung unterschiedlicher Regelungen der einzelnen Vertragstypen und damit in der Rechtsanwendung zu erheblichen Unsicherheiten führen» (S. 53).

Besteller dazu anhält, Mängel der Planung rechtzeitig (sofort) zu rügen (vgl. vor allem BGer 4A\_53/2012 und 4A\_55/2012 [Urteile vom 31. Juli 2012]).<sup>12</sup>

- 15 **b.** Die Bestimmungen des Werkvertragsrechts und des einfachen Auftrags erweisen sich als weitgehend dispositiv. Gewichtige Ausnahme ist Art. 404 OR, den das Bundesgericht in langjähriger Rechtsprechung (vgl. BGE 115 II 464; BGer 4A\_141/2011 [Urteil vom 6. Juli 2011] E. 2.2) und entgegen fast einhelliger Lehre<sup>13</sup> dem zwingenden Recht zuschlägt.<sup>14</sup> Abgesehen davon aber ist es den Parteien möglich, durch vertragliche Abrede von der gesetzlichen Ordnung abzuweichen und «Eigen-Normen»<sup>15</sup> zu setzen. Von dieser Möglichkeit wird in der Praxis der Bauverträge reger Gebrauch gemacht. Überhaupt ist die privatautonome Durchgestaltung von Bauverträgen von hoher praktischer Bedeutung, was auch damit zu tun hat, dass sich die gesetzliche Ordnung gemessen am Regelungsbedarf, der mit Bauvorhaben meist verbunden ist, als dünn erweist; hinsichtlich zahlreicher Fragen gibt es keine dispositive Auffangordnung. Dazu kommt für unseren Zusammenhang ein Weiteres:
- 16 **2.** Besondere Rücksicht auf Konsumenten-Bauherren (hier auch als «Einmalbauherren» bezeichnet) nehmen die gesetzlichen Grundlagen kaum.<sup>16</sup> Vorbehalten bleibt Art. 8 UWG, der bei der Verwendung allgemeiner Geschäftsbedingungen, die zum «Nachteil der Konsumentinnen und Konsumenten» ausschlagen, zum Tragen kommt. Aus meiner Sicht ist diese lauterkeitsrechtliche Bestimmung im Grundsatz auch auf Bauverträge anwendbar.<sup>17</sup> Was die Wünschbarkeit zusätzlicher Eingriffe anbelangt, wird man zu beachten haben, dass zwischen Einmalbauherren und Unternehmen jedenfalls dann keine Ungleichgewichtslage anzunehmen ist, wo Bauherren sich üblicherweise von einem sachverständigen Planer unterstützen lassen. Auf diese Weise wird das Ungleichgewicht, das mit Bezug auf den (technischen, nicht notwendigerweise rechtlichen) Informationsvorsprung sonst bestehen würde, wett-

---

<sup>12</sup> Zu diesen Urteilen vgl. SIEGENTHALER, S. 193 ff. Die «Spaltungstheorie» beschränkt sich auf die Mängelhaftung, während sie mit Bezug auf die Auflösung des Gesamtvertrags nach Art. 404 OR (dazu BGE 127 III 545) und die Ergänzung hinsichtlich der Vergütungspflicht nach Art. 394 Abs. 3 OR (dazu BGer 4A\_230/2013 [Urteil vom 17. September 2013] E. 2) bedeutungslos bleibt, indem Auftragsrecht über alles zur Anwendung kommt.

<sup>13</sup> Für einen Überblick vgl. STÖCKLI, in: Stöckli/Siegenthaler (Hrsg.), Die Planerverträge, Nr. 2.98 ff.

<sup>14</sup> Dagegen richtet sich nun auch die schon erwähnte Motion BARTHASSAT (11.3909, vgl. Rz. 7).

<sup>15</sup> Vgl. JÄGGI/GAUCH, N 276 zu Art. 18 OR.

<sup>16</sup> Anders die Gesetzeslage in Frankreich, wo sich in Art. L231-1 ff. CCH/FR und Art. L232-1 f. CCH/FR besondere, überaus detaillierte Schutzbestimmungen zu Gunsten privater Bauherren finden. Verwendung finden Vorschriften über Form, Garantie und Haftung sowie die Inhaltskontrolle von Verträgen. Dieser Schutz ist allerdings nicht auf Konsumenten beschränkt; vielmehr wird jeder nichtgewerbliche Käufer geschützt. Entsprechend genießt auch ein Bauherr, der einen Teil seiner (noch zu erstellenden) Baute beruflich nutzen will, den Bauherrenschutz des CCH/FR. Darüber hinaus sieht das französische Recht in Art. L271-1 CCH/FR vor, dass jeder nicht professioneller Bauherr innert 7 Tagen vom Vertrag zurücktreten kann. Dazu PFEIFFER/HESS/HUBER, S. 9, sowie ROHLFING-DIJOUX, S. 256 f. (m.H.). Auch in der Niederlande wurden spezielle Vorschriften für Verbraucherbauverträge erlassen (BRUGGEMAN/CHAO-DUIVIS, S. 329 f.).

<sup>17</sup> Überlegungen zum Konsumenten-Begriff in Art. 8 UWG habe ich angestellt in: STÖCKLI, Inhaltskontrolle, S. 184 ff.

gemacht.<sup>18</sup> Anders schätze ich die Dinge aber namentlich für jene verbreiteten Fälle ein, in denen sich der Vertrag um «Stockwerkeigentum ab Plan» dreht.<sup>19</sup> Hier ist der Sachverstand meist auf der Verkäuferseite konzentriert, während der Käufer regelmässig über keine spezifischen Kenntnisse verfügt und sich häufig auch nicht eingehend beraten lässt. Ein Grund dafür mag überraschender Leichtsinn sein; ein anderer Grund liegt aber vermutlich darin, dass der Käufer davon ausgeht, dass durch die Mitwirkung des Notars an der in diesen Fällen meist erforderlichen öffentlichen Beurkundung auch für die inhaltliche Ausgewogenheit des Vertrags gesorgt sei. Dass dies ein Trugschluss ist, zeigt schon die Praxis, ergibt sich aber auch aus dem Umstand, dass die Formvorschrift nicht in erster Linie darauf angelegt ist, für ausgewogene, faire Verträge zu sorgen, sondern darüber Transparenz schaffen soll, welche Rechte und Pflichten der abzuschliessende Vertrag generiert.<sup>20</sup>

## B Die hohe Bedeutung privater Vertragsnormen

- 17 1. Neben den vielen Bauverträgen, die eine rudimentäre Ordnung schaffen und im Übrigen unter die gesetzlichen Regeln fallen, finden sich nicht minder viele Bauverträge, in die allgemeine Geschäftsbedingungen übernommen werden, um die häufig bauspezifischen Fragen auch bauspezifisch zu normieren. Die private Vertragsnormierung durch AGB ist bei den Bauverträgen sogar besonders ausgeprägt.<sup>21</sup> Im Vordergrund stehen dabei:<sup>22</sup>
- 18 – die SIA 118, Allgemeine Bedingungen für Bauarbeiten, von der gegenwärtig zwei Versionen in Verwendung sind: die «alte» SIA-Norm 118 (1977/91) und die «neue» SIA-Norm 118 (2013);
- 19 – die SIA 102 (2003), Ordnung für Leistungen und Honorare der Architektinnen und Architekten;
- 20 – die SIA 103 (2003), Ordnung für Leistungen und Honorare der Bauingenieure und Bauingenieurinnen;
- 21 – die weiteren SIA-Ordnungen.
- 22 Pro memoria sei erwähnt, dass die KBOB eigene Vertragsmuster geschaffen hat, die aber mit Bezug auf die Mängelhaftung für Werkleistungen, um die es in diesem Gutachten vor allem geht, grundsätzlich auf die SIA-Norm 118 verweisen. Zur Haftung der Planer findet sich im KBOB-Planervertrag eine eigene Bestimmung (Ziff. 12 der

---

<sup>18</sup> Zu dieser Einschätzung schon STÖCKLI/SIEGENTHALER, Länderbericht, S. 366. Nota bene: Art. 8 UWG kann gleichwohl anwendbar sein.

<sup>19</sup> Eingehend zu den zahlreichen Rechtsfragen in diesem Zusammenhang STÖCKLI, Stockwerkeigentum, S. 1 ff.

<sup>20</sup> Darauf zielt vor allem die notarielle Rechtsbelehrungspflicht ab, deren Wirksamkeit gerade bei komplexen Geschäften unerfahrener Parteien (wie beim Stockwerkeigentum) aber empirisch zu untersuchen wäre.

<sup>21</sup> So verhält es sich auch in Deutschland; siehe PFEIFFER/HESS/HUBER, S. 1.

<sup>22</sup> Zur SIA-eigenen Terminologie vgl. Art. 7 des SIA-Reglements für das Normenwerk ([www.sia.ch](http://www.sia.ch), letztmals konsultiert am 12. Dezember 2013).

Allgemeinen Vertragsbedingungen 2013), die aber im Rahmen des Vertrauten bleibt.<sup>23</sup>

23

2. Vertragliche Verbindlichkeit erlangen diese Bedingungen nur dann, wenn sie von den Parteien in den konkreten Vertrag übernommen werden. Sie sind auch nach Meinung des Bundesgerichts nicht einfach als «regelbildende Übung» anzusehen (BGE 118 II 296 E. 2a), können aber einer bestehenden Übung Ausdruck verleihen und zur Bildung einer neuen Verkehrsübung beitragen.<sup>24</sup> Ihre praktische Bedeutung ist jedenfalls hoch, was zur Frage führt, wie SIA-Vertragsnormen (einschliesslich der Ordnungen) erzeugt werden. Diese Vertragsnormen sind ein Produkt des SIA, also eines privaten Berufsverbands, zu dessen (selbst zugewiesenen) Kernaufgaben es namentlich gehört, sich «aktiv an der Ausarbeitung, Weiterentwicklung, Veröffentlichung und Einführung von fachbezogenen und rechtlichen Instrumenten zur Berufsausübung, wie insbesondere seinen Normen und Ordnungen»<sup>25</sup>, zu beteiligen. Dass Vertragsnormen von Privaten geschaffen werden, ist nicht a priori kritikwürdig, im Gegenteil: Das System bewährt sich. Die Vorteile der privaten Vertragsnormierung sind deren Flexibilität und zudem der Umstand, dass in den normenschaffenden Organen die Interessen der Baubeteiligten fachkundiger und direkter vertreten werden als in der Gesetzgebung. Ich bin deshalb der Auffassung, dass die Schaffung neuer Nominatverträge oder eines umfassenden Baudienstleistungsgesetzes zwar durchaus Vorteile haben könnte, dabei aber keineswegs unausweichlich ist. Ganz ähnlich kennen auch andere Länder ein Nebeneinander von gesetzlicher Regelung und privater Vertragsnormierung. Für Deutschland etwa ist auf die verhältnismässig lückenhafte Regelung des Werkvertrags im BGB (§ 631 ff. BGB/DE) zu verweisen, die durch die weit einlässlichere VOB/B ergänzt wird.<sup>26</sup> In der Niederlande wird die Bauvertragspraxis in so hohem Masse von Musterverträgen geprägt, dass das (selten zwingende) Gesetzesrecht völlig in den Hintergrund rückt.<sup>27</sup> Kritikwürdig aber wäre es, wenn ein privater Verband, dessen Normen eine praktisch so hohe Bedeutung zukommt wie den SIA-Normen, seinen Einfluss dazu missbrauchen würde, missbräuchliche einseitige Regeln aufzustellen. Unerträglich etwa wäre es, wenn in Ver-

<sup>23</sup> Hervorzuheben aber ist Ziff. 12.2: «Ungenügende bzw. fehlerhafte Unterlagen werden vom Auftraggeber zur unentgeltlichen Überarbeitung zurückgewiesen.» Ob diese Nachbesserung (um die es ja geht), eine wirksame Mängelrüge voraussetzt, regeln die KBOB-Bestimmungen nicht (vgl. zur Mängelrüge Ziff. 14.2, wo es aber um «Ansprüche aus Mängeln des unbeweglichen Bauwerkes» geht).

<sup>24</sup> GAUCH/MIDDENDORF, in: Stöckli/Siegenthaler (Hrsg.), Die Planerverträge, Nr. 1.95 f.

<sup>25</sup> Aus Art. 3 Abs. 1 der SIA-Vereinsstatuten ([www.sia.ch](http://www.sia.ch), letztmals konsultiert am 12. Dezember 2013).

<sup>26</sup> Zur VOB/B allgemein BUSCHE, Münchener Kommentar, N 126 ff. zu § 631 BGB/DE; zur VOB/B gibt es im Übrigen eine umfangreiche Spezialliteratur. Für Österreich siehe die ÖNORM B 2110, die 2010 vollständig revidiert wurde. In Frankreich stellen die von der Association française de normalisation (Afnor) aufgestellten Musterbedingungen und Vertragsmuster eine wichtige Grundlage privater Bauverträge dar. Im Vordergrund steht die «norme AFNOR P03-001»; dazu PÉRINET-MARQUET, in: Malinvaud (Hrsg.), Nr. 400.160. Zum Ganzen ROHLFING-DIJOUX, S. 258 f.

<sup>27</sup> Erwähnt sei etwa die «Garantie Instituut Woningbouw (GIW)», die auf Bauverträge von Einmalbauherren zugeschnitten ist; dazu BRUGGEMAN/CHAO-DUIVIS, S. 327 f. Die Ausarbeitung der Musterverträge erfolgt in der Niederlande durch Gremien, in denen Vertreter breiter Kreise Einsitz nehmen (vertreten sind üblicherweise die Regierung, Bauunternehmungen, Architekten und Ingenieure, Notare, Rechtsanwälte, Konsumentenschutzorganisationen sowie das niederländische Institut für Baurecht). Zu diesen Musterklauseln hinzu treten gesetzliche Vorschriften, die punktuell ein Mindestmass an Konsumentenschutz gewährleisten (PFEIFFER/HESS/HUBER, S. 21).

tragsnormen eines Verbandes, die auf Planerverträge zugeschnitten sind, hinsichtlich der Haftung für solche Planerleistungen, die unter das Auftragsrecht fallen, ein Rügeerfordernis mitsamt Verwirkungsfolge eingebaut würde. Dieses latente Missbrauchsrisiko liesse sich durch eine paritätische Besetzung der normenschaffenden Organe mindern, was aber hierzulande nicht konsequent gelebt wird.<sup>28</sup> Dieser Vorbehalt ist anzumelden, ohne dass er sich hier vertiefen liesse. Ohnehin lässt sich über die der SIA-Norm 118 eigenen Ausgestaltung der Mängelhaftung sagen, dass sie sich am gesetzlichen System orientiert, dieses System aber verfeinert und zudem den Bauherrn in wesentlichen Punkten besser stellt. Die entsprechenden Regeln werden in den einschlägigen Verkehrskreisen als ausgewogen bewertet und als «Standard» betrachtet. Damit will ich allerdings nicht sagen, dass sie stets übernommen werden. In einem wesentlichen Teil des Bau- und Immobilienmarktes, in dem sich vor allem Einmalbauherren bewegen, ist das Gegenteil der (Regel-)Fall: beim Kauf von Stockwerkeigentum.

## C Die Praxis beim Kauf von Stockwerkeigentum

24 1. Wer sich mit der werkvertraglichen Mängelhaftung und der Stellung der Bauherren befasst, hat sich auch auf die verbreitete (wenn auch unzweckmässige) Praxis einzulassen, dass in Verträgen über den Erwerb von neuerrichteten Wohneinheiten im Stockwerkeigentum (also von «Eigentumswohnungen») die Haftung des Veräusserers wegbedungen wird und an Stelle dieser Haftung eine Abtretung der Mängelrechte des Veräusserers gegen die beteiligten Planer, Unternehmer und Lieferanten tritt (vgl. Rz. 48 ff.).<sup>29</sup> Dieses Junktim zwischen Freizeichnung und Abtretung<sup>30</sup> ist so verbreitet<sup>31</sup>, dass es auch Eingang in einschlägige Vertragsmuster der Notare gefunden hat. Verschiedentlich schon habe ich mich kritisch zu dieser Praxis geäussert.<sup>32</sup> Mei-

<sup>28</sup> Anders beim DVA (Deutscher Vergabe- und Vertragsausschuss für Bauleistungen), dessen Satzung vorschreibt, dass die «Hauptausschüsse ... paritätisch mit ordentlichen Mitgliedern der Auftraggeber- und Auftragnehmerseite besetzt sein» müssen (§ 16 Abs. 1 der DVA-Satzung vom 3. November 2004).

<sup>29</sup> Im Sinne einer Hintergrundinformation verweise ich auf Zahlen, die mir der HEV übermittelte: «Gemäss der Strukturhebung 2010 des BFS, die seit Ende März 2013 vorliegt, werden 891'431 Eigentümer eines Hauses und 373'474 Stockwerk-/Wohnungseigentümer gezählt. In Prozentwerten sind dies 26% Hauseigentümer plus 11% Stockwerkeigentümer, ergibt zusammen die 37% Wohneigentumsquote von 2010» (E-Mail von Frau MONIKA SOMMER, stellvertretende Direktorin HEV, Mai 2013).

<sup>30</sup> Ähnlich gelagert ist die in Deutschland so genannte Subsidiaritätsklausel, die «vorsieht, dass der Bauträger erst haftet, wenn der Erwerber sich erfolglos bemüht hat, die ihm abgetretenen Mängelansprüche des Bauträgers gegen die anderen am Bau Beteiligten durchzusetzen» (WEYER, in: Kapellmann/Messerschmidt [Hrsg.], N 60 zu § 13 VOB/B); die Klausel ist nach der Rechtsprechung des BGH unwirksam, da sie «wesentliche Rechte und Pflichten des Klauselgegners, die sich aus der Natur des Vertrags ergeben, so einschränk[t], dass die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet ist» (deutscher Bundesgerichtshof, Urteil vom 21. März 2002 [VII ZR 493/00], in: NJW 2002, S. 2471 f.).

<sup>31</sup> Im Gegensatz dazu der folgende Befund aus dem Jahr 1998, der sich auf die Verhältnisse in Deutschland bezieht: «Früher häufig, heute eher selten, treten Bauträger ihre Gewährleistungsansprüche gegen Bauunternehmen, Architekten etc. an die Erwerber ab», so SCHULZE-HAGEN, S. 104 (Hervorhebung hs). Die deutsche Rechtsprechung zu allgemeinen Geschäftsbedingungen steht den rechtlichen Konstrukten, wie sie in der Schweiz gang und gäbe sind, ablehnend gegenüber (siehe Fn. 30).

<sup>32</sup> Erstmals in: STÖCKLI, Stockwerkeigentum, S. 1 ff.

ne Kritik wendet sich weniger gegen die Vorstellung, die werkvertraglichen Mängelrechte seien allesamt abtretbar<sup>33</sup>; sie gründet vielmehr auf einer rechtlichen Analyse, die auch dann fast nur unbefriedigende Ergebnisse zu Tage fördert, wenn hypothetisch angenommen wird, Mängelrechte könnten uneingeschränkt abgetreten werden. Um dies zu untermauern, genügen schon die folgenden Hinweise:

- 25 – Das Recht auf Minderung richtet sich auf die Vergütung, die der Verkäufer dem Unternehmer, der mit ihm in einem Werkvertragsverhältnis steht, schuldet. Auf dieses Verhältnis kommt es schon für die Frage an, ob ein Mangel vorliegt und welchen Minderwert das mangelhafte Bauwerk aufweist. Der Kaufpreis, den der Käufer zu entrichten hatte, wird nicht gemindert.
- 26 – Das Recht auf Wandelung bezieht sich – wenn es nicht überhaupt ausgeschlossen wurde – auf den Werk-, nicht auf den Kaufvertrag, weshalb ein Käufer von seinem Vertrag über den Kauf der «Eigentumswohnung» jedenfalls nicht infolge eines Mangels zurücktreten kann. Daran ändert auch eine Abtretung nichts.
- 27 – Weiter bezieht sich das abgetretene Nachbesserungsrecht auf jene Arbeiten, die Gegenstand des Werkvertrags waren. Hier stellt sich bei den gemeinschaftlichen Teilen schon die Frage, an wen der Anspruch abgetreten wird, wenn der Verkäufer ihn – in der öffentlichen Urkunde – nicht nur dem ersten, sondern auch jedem weiteren Wohnungskäufer abtritt. Ich selber bin der Auffassung, dass sich der Anspruch nur einmal abtreten lässt, weshalb es für die Schweiz auch falsch wäre anzunehmen, dass bei «Mehrfachabtretungen von Gewährleistungsansprüchen an die Erwerber von Eigentumswohnungen ... die Erwerber Gesamtgläubiger [werden]»<sup>34</sup>. Weiter ist fraglich, wer beim Stockwerkeigentum für die Nachbesserung gemeinschaftlicher Teile zuständig ist. Überdies ist offen, wie in einem Fall, in dem ein Unternehmer die Nachbesserung ablehnt und sich dafür auf unverhältnismässige Kosten beruft (siehe Art. 368 Abs. 2 OR), das Interesse an der Nachbesserung zu gewichten ist, kommt es doch nicht auf das Interesse des Käufers, sondern auf das Interesse des zedierenden Verkäufers an, der sich von seiner Haftung aber freigezeichnet hat.
- 28 – Schliesslich richtet sich auch der Anspruch auf Ersatz eines Mangelfolgeschadens, den der Verkäufer dem Käufer zediert, gegen den Unternehmer. Dieser Anspruch setzt voraus, dass der Verkäufer einen Schaden erlitten hat. Nur für diesen (Verkäufer-)Schaden kann alsdann der Käufer (der Zessionar) vom Unternehmer Ersatz verlangen. Nun ist aber fraglich, inwieweit der Verkäufer, der sich von seiner Haftung freigezeichnet hat, überhaupt noch einen Mangelfolgeschaden erleiden kann. Und völlig klar ist, dass der Käufer seinen eigenen Schaden beim Unternehmer jedenfalls nicht als ersatzfähigen Mangelfolgeschaden geltend machen kann.

---

<sup>33</sup> Vgl. die Meinungen von HONSELL, S. 302 f.; KOLLER, Nr. 19 f., die sich für die Abtretbarkeit sämtlicher Mängelrechte aussprechen, wobei KOLLER die Auffassung vertritt, die Abtretung der Gestaltungsrechte sei nur «im Bündel» möglich; differenzierend nach Art des in Frage stehenden Mängelrechts GAUCH, Der Werkvertrag, Nr. 2437 ff.; TERCIER/FAVRE, Nr. 4638 ff. Unbestritten ist, dass das Nachbesserungsrecht und der Anspruch auf Ersatz eines Mangelfolgeschadens abtretbar sind.

<sup>34</sup> So das deutsche Landgericht Darmstadt in einem Urteil vom 20. Januar 2005, kritisch-ablehnend analysiert von QUACK, S. 210.

**2.** Diese Zusammenhänge wird ein Einmalbauherr, der Stockwerkeigentum ab Plan erwirbt, nicht überblicken.<sup>35</sup> Und wer sie überblickt, wird schliessen müssen, dass darin eine unangemessene Benachteiligung des Einmalbauherrn liegt, von der ich meine, sie sei auch unter Art. 8 UWG angreifbar (vgl. Rz. 47).<sup>36</sup> Aus Unternehmerkreisen wurde ich darauf hingewiesen, dass die Abtretung von Mängelrechten auch für die Unternehmer problematisch sei, dies auch deswegen, weil häufig unklar werde, wer überhaupt Gläubiger sei. Dazu kommt, dass Unternehmer berechnete Einwendungen, die ihre Haftung auszuschliessen oder sie zu reduzieren vermögen, gegenüber einem Gläubiger erheben müssen, der am bisherigen Werkvertragsgeschehen gar nicht beteiligt war. Wer Solches vorbringt, wird zum Teil darauf hingewiesen, dass es kaum einschlägige Urteile gebe. Dabei ist aber zu bedenken, dass gerade Einmalbauherren nicht selten gar nicht über die Mittel verfügen, um nach Bauvollendung noch einen Prozess anzustrengen. Kommt ein Weiteres dazu: Auch wer gestützt auf eine Abtretung einen Anspruch aus Mängelhaftung durchsetzen will, wird mit den zum Teil grossen Schwierigkeiten konfrontiert, die baurechtlichen Streitigkeiten eigen sind. Selbst wenn ihm (dem Zessionar) eine «Unternehmerliste» ausgehändigt wird, hilft das offensichtlich nicht weiter, da er damit noch immer keinen Zugang etwa zu den Werkverträgen, den Bausitzungsprotokollen und den weiteren Dokumenten hat, die er aber benötigen würde, um zu seinem Recht zu kommen.<sup>37</sup>

**3.** An dieser Stelle sei darauf hingewiesen, dass diese Praxis von der Mitwirkung der Notarinnen und Notare lebt, insoweit sie Verträge prägt, die öffentlich zu beurkunden sind. Ich halte das für unbefriedigend, auch weil ich davon ausgehe, dass Laienkäufer die rechtliche Tragweite der geschilderten Praxis kaum zu durchschauen vermögen und insoweit darauf vertrauen, dass es mit dem Vertrag doch schon deshalb seine Ordnung haben werde, weil eine Urkundsperson beteiligt ist, die etwa im Kanton Zürich erst noch in amtlicher Stellung auftritt.

<sup>35</sup> Dies gilt womöglich selbst für die Verkäufer, während für die Urkundspersonen davon auszugehen ist, dass sie mit den komplexen rechtlichen Zusammenhängen, die sie den Parteien zu erläutern haben, schon von Amtes wegen vertraut sind.

<sup>36</sup> Diese Meinung habe ich schon an der Schweizerischen Baurechtstagung 2013 vertreten: STÖCKLI, UWG 8, S. 180. Nicht wenige lehnen sie ab, so jüngst die MUSTERURKUNDENSAMMLUNGSKOMMISSION DES VERBANDS BERNISCHER NOTARE, die der Meinung zuneigt, dass «Verträge, die der öffentlichen Beurkundung bedürfen, von Art. 8 UWG ausgenommen» seien (S. 2). Einzuräumen habe ich, dass die Praxis beim indirekten Leasing (Finanzierungsleasing) ähnliche Züge aufweist, indem dort in AGB für gewöhnlich die Haftung des Leasinggebers wegbedungen und dem Leasingnehmer die Ansprüche aus dem Kaufvertrag zwischen Leasinggeber und Lieferant abgetreten werden. In einem jüngeren Urteil erwog das Obergericht Zürich, solches sei «im Rahmen von Art. 100 Abs. 1 OR zulässig» (OGer ZH NP130001 [Urteil vom 30. April 2013] E. 4.4a).

<sup>37</sup> Nach gesetzlicher Massgabe ist der Zedent «verpflichtet, dem Erwerber die Schuldurkunde und alle vorhandenen Beweismittel auszuliefern und ihm die zur Geltendmachung der Forderung nötigen Aufschlüsse zu erteilen» (Art. 170 Abs. 2 OR). Dieser Minimalstandard wird in den Verträgen, die mir vorliegen, nicht immer eingehalten, wobei aber diese Verträge in diesem Punkt lückenhaft und durch Art. 170 Abs. 2 OR zu ergänzen sind. Weitergehende Wirkungen hat es, wenn der Verkäufer sich verpflichtet, den Käufer bei der Geltendmachung der abgetretenen Forderungen zu unterstützen. Auch dies trifft man an. Rechtlich handelt es sich dabei um eine auftragsrechtliche Verpflichtung des Verkäufers, der dem Käufer für deren Verletzung haftet, wenn die weiteren Voraussetzungen auch gegeben sind, und dies ungeachtet der üblichen Freizeichnung, die nicht diese Verpflichtung, sondern die (Rechts- und Sach-)Mängelhaftung betrifft. Für den Fall, dass dem Käufer das Nachbesserungsrecht bloss erfüllungshalber abgetreten wird, geht das Bundesgericht davon aus, dass die Rügeobliegenheit beim zedierenden Verkäufer verbleibt (BGE 118 II 146 E. c).

### III. Wo Änderungsbedarf besteht

- 31 **1.** Wer sich anschickt, Gesetzesänderungen zu postulieren, hat sich folgender Strukturmerkmale bewusst zu sein:
- 32 **a.** Das gesetzliche Werkvertragsrecht (Art. 363 ff. OR) weist vor allem im Bereich der Mängelhaftung Parallelen zum gesetzlichen Kaufvertragsrecht (Art. 184 ff. OR) auf.<sup>38</sup> Entsprechend ist bei einer Änderung des Werkvertragsrechts stets auch zu prüfen, ob die Änderung in den Kaufvertrag ausstrahlt (vgl. Rz. 44). Das gilt namentlich für den Umgang mit dem Erfordernis einer rechtzeitigen Mängelrüge, das hier wie dort besteht (Art. 367 und Art. 370 OR bzw. Art. 201 OR), aber auch für die Frage, in welchen Mängelrechten sich die Sachgewährleistung des Unternehmers bzw. des Verkäufers niederschlägt. Jüngster Beleg dafür, dass die beiden Nominatverträge innerlich zusammenhängen, ist die zeitgleiche, inhaltlich koordinierte Revision der Verjährungsregeln in Art. 210 und Art. 371 OR.<sup>39</sup>
- 33 **b.** Die Schweizer Rechtsordnung kennt derzeit keine Regeln, die darauf abzielten, Einmalbauherren in besonderer Weise zu schützen;<sup>40</sup> konsumentenschutzrechtliche Ansätze sind in diesem Lebensbereich keine auszumachen, weshalb es keinen Unterschied macht, ob ein Bauvertrag von einem Konsumenten oder einem professionellen Bauherrn abgeschlossen wird. Etwa wird dem Konsumenten eine rechtzeitige Mängelrüge mit gleicher Strenge abverlangt wie einem professionellen Bauherrn. Eine Ausnahme fliesst aus Art. 8 UWG, der in seiner neuen Fassung nur noch die Konsumentinnen und Konsumenten schützt; dass entsprechender Konsum auch im Bezug einer Baudienstleistung bestehen kann, halte ich nicht für zweifelhaft. Handlungsbedarf für gesetzgeberische Massnahmen besteht am ehesten im Bereich des «Stockwerkeigentums ab Plan».
- 34 **c.** Das gesetzliche Werkvertragsrecht enthält nur sehr wenige Bestimmungen, die spezifisch die Verhältnisse beim Bauen ordnen. Eine erste Bestimmung gilt dem Wandelungsrecht, das bei «Werken, die auf dem Grund und Boden des Bestellers errichtet sind», unter Umständen ausgeschlossen ist (Art. 368 Abs. 3 OR). Eine zweite Bestimmung findet sich in Art. 371 Abs. 2 OR, der für Ansprüche gegen Architekten und Ingenieure bei Mängeln eines «unbeweglichen Werkes» eine spezielle Verjährungsordnung schafft (vgl. Rz. 57). Weiter zu erwähnen sind Art. 365 Abs. 3 OR für die Anzeigepflicht bei mangelhaftem Baugrund; weiter Art. 375 Abs. 2 OR für die Rechtsbehelfe bei unverhältnismässiger Überschreitung eines ungefähren Kostenansatzes; weiter Art. 376 Abs. 3 OR bezüglich des Unterganges des Werkes, der seine Ursache im Baugrund hat. Alle übrigen Bestimmungen aber sind auf die ganze Breite der möglichen Gegenstände eines Werkvertrags anwendbar.
- 35 **2.** Im Folgenden führe ich aus, wo meiner Einschätzung nach der Änderungsbedarf ausgewiesen ist. Ich ziele nicht auf eine umfassende Umgestaltung des Bauvertrags-

---

<sup>38</sup> Zur Beziehung zwischen Kauf- und Werkvertrag im (damaligen) deutschen Recht vgl. WEYERS, S. 1141 ff.

<sup>39</sup> Vgl. die Änderung vom 16. März 2012 (in Kraft seit dem 1. Januar 2013): «Verjährungsfristen der Gewährleistungsansprüche im Kauf- und Werkvertrag. Verlängerung und Koordination», in: AS 2012 5415 ff.; dazu auch die Stellungnahme des Bundesrates vom 20. April 2011, BBl 2011 3903 ff.

<sup>40</sup> Vgl. Fn. 16 zum besonderen Schutz nichtgewerblicher Käufer in Frankreich.

rechts ab, dies schon aus Vorsichtsgründen, aber auch deshalb, weil ich mich auch am Kriterium der politischen Machbarkeit orientiere und im Übrigen der Meinung bin, dass eine gesetzliche Regelung zwar zur Lösung bestimmter Probleme nötig sein kann, es aber nicht erforderlich ist, jegliche Frage einer gesetzlichen Lösung zuzuführen.

## A Bei der Mängelrüge

36 1. Vordringlich sollte bei der Mängelrüge angesetzt werden, und zwar auch deshalb, weil hier mit verhältnismässig geringem Aufwand eine doch erhebliche Verbesserung erzielt werden kann. Nach geltendem Recht verwirken die Mängelrechte, wenn der Besteller einen Mangel nicht sofort rügt, indem er eine Rüge überhaupt unterlässt, sie nicht genügend substantiiert oder den Mangel verspätet rügt. Für einen unwirksam gerügten Mangel kann der Besteller den Unternehmer demnach nicht mehr belangen.<sup>41</sup> Er muss also die volle Vergütung leisten und hat die Kosten, die mit der Beseitigung des Mangels verbunden sind, selber zu tragen. Die Mängelrüge wird deshalb auch als eigentliche «Verwirkungsfalle»<sup>42</sup> bezeichnet, die unabhängig davon offen steht, ob ein professioneller Besteller oder ein Einmalbauherr am Werkvertrag beteiligt ist.<sup>43</sup> Die Rechtslage wird durch eine langjährige, unnötig strenge Praxis des Bundesgerichts verschärft, die für die Rüge (nicht für die Prüfung des Werks!) eine Maximalfrist von 7 Tagen vorsieht (vgl. etwa BGer 4A\_82/2008 [Urteil vom 29. April 2009] E. 7.1).<sup>44</sup> Diese Rechtslage ist geradezu stossend, und dies auch deshalb, weil

---

<sup>41</sup> Eine Ausnahme von diesem Grundsatz gilt dann, wenn der Mangel vom Unternehmer absichtlich verschwiegen wurde (Art. 370 Abs. 1 OR). Diese Ausnahme müsste eigentlich häufiger greifen, wenn man die folgende Überlegung anstellt: Der Besteller hat nach «Ablieferung des Werkes ..., sobald es nach dem üblichen Geschäftsgange tunlich ist, dessen Beschaffenheit zu prüfen und den Unternehmer von allfälligen Mängeln in Kenntnis zu setzen» (Art. 367 Abs. 1 OR). Diese Regel zielt auf offene Mängel und damit auf Mängel ab, die entweder offensichtlich oder bei richtiger Vornahme der gesetzlich vorgesehenen Prüfung erkennbar sind (GAUCH, Der Werkvertrag, Nr. 2074). Bei diesem Standard (und bei diesem Begriff des offenen Mangels) würde die Vermutung eigentlich auf der Hand liegen, dass etwa ein offensichtlicher Mangel nicht nur für den Besteller, sondern auch für den Unternehmer offen zu Tage liegt, zumal der Unternehmer über Sachverstand verfügt, der dem Bauherrn in der Regel abgeht. Wenn sich der Unternehmer dann aber ungeachtet davon, dass er den Mangel kennt, über diesen Mangel ausschweigt, steht sein Schweigen einer aufgrund unterlassener Anzeige fingierten Genehmigung des mangelhaften Werkes (Art. 370 Abs. 2 OR) entgegen.

<sup>42</sup> BIEGER, Nr. 12, im Anschluss an ZEHNDER, S. 550.

<sup>43</sup> Eine Mängelrüge, deren Unterlassung gesetzlich mit der Genehmigungswirkung verbunden wird, sieht das deutsche Recht nach § 377 HGB/DE einzig für beiderseitige Handelsgeschäfte vor. Das BGB/DE enthält keine entsprechende Regel. Allerdings ist zu beachten, dass das deutsche Recht mit der Abnahme des Werks die «Billigung des Leistungsgegenstandes» verknüpft (vgl. BUSCHE, Münchener Kommentar, N 2 zu § 640 BGB/DE) und entsprechend auch anordnet, dass einem Besteller, der ein mangelhaftes Werk abnimmt, «obschon er den Mangel kennt», die in § 634 Ziff. 1-3 BGB/DE aufgeführten, verschuldensunabhängigen Mängelrechte nur dann zustehen, «wenn er sich seine Rechte wegen des Mangels bei der Abnahme vorbehält» (§ 640 Abs. 2 BGB/DE) – Schaden- und Aufwendungsersatz nach § 634 Ziff. 4 BGB/DE immer ausgenommen. Ein Rechtsverlust ist mithin auch nach deutschem Recht möglich, wobei aber im Unterschied zum Schweizer Recht die Einschränkung gilt, dass ein Rechtsverlust die vom Unternehmer zu beweisende «positive Kenntnis» des Mangels bedingt und es nicht schon reicht, dass der Besteller die Mängel bei entsprechender Prüfung des Werks hätte erkennen können (BUSCHE, Münchener Kommentar, N 30 zu § 640 BGB/DE).

<sup>44</sup> Das «Wiener Kaufrecht» (CISG) enthält zwar auch eine Verwirkungsfrist, indem es in Art. 39 Abs. 1 CISG anordnet, dass der «Käufer ... das Recht [verliert], sich auf eine Vertragswidrigkeit der

mit dieser Belastung des Bauherrn kein schützenswertes Interesse des Unternehmers korrespondiert, «sofort» Klarheit darüber zu erhalten, ob sein Werk genehmigt wird oder der Bauherr ihn haftbar machen will. Klarzustellen hat man zudem, dass der Unternehmer ja auch selber der Verwirkungsfahr ausgesetzt ist, dies im Verhältnis zu seinem Subunternehmer und allenfalls zu seinem Planer für den Fall, dass er in den entsprechenden Verträgen keine Vorkehr getroffen hat, um die Gefahr zu bannen. Weiter ist zu bedenken, dass auch der Planer in die «Verwirkungsfalle» tappen kann, da ihn im Verhältnis zum Bauherrn eine Haftung trifft, wenn er es pflichtwidrig unterlässt, Mängel des Bauwerks beim Unternehmer rechtzeitig zu rügen; in diesem Fall trifft ihn unter Umständen eine Haftung aus Verletzung seines Planervertrags. Doch selbst wenn man ein schützenswertes Interesse des Unternehmers an sofortiger Klarheit annehmen möchte, hat man noch immer zu konzedieren, dass das Ziel auch mit dem gesetzlichen Rügeerfordernis nicht erreicht wird, da der Bauherr zwar sofort rügen, sich aber nicht sofort darüber aussprechen muss, in welcher Form er den Unternehmer haftbar machen will (z.B. Nachbesserung oder Minderung). Nach geltendem Recht trägt der Bauherr das Risiko, für ein an sich mangelhaftes Werk die volle Vergütung leisten zu müssen. Dies gilt ohne Rücksicht darauf, dass der Unternehmer (im Normalfall, auf den auch das Gesetz abstellt) über grösseren Sachverstand verfügt als der Besteller. Keine Rolle spielt überdies, ob die Lage des Unternehmers durch das Zuwarten des Bestellers verschlechtert wird oder nicht. Vielmehr wird dem Besteller der Zugang zu den Mängelrechten durch eine blosser Formalität in unangemessener Weise erschwert. Zu bedenken hat man immer, dass es ohnehin der Besteller ist, der die tatsächliche Beschaffenheit des abgelieferten Werks und überdies zu beweisen hat, dass diese Beschaffenheit nicht jener entspricht, die der Unternehmer dem Besteller werkvertraglich versprochen hat. Die geschilderte, rigide Rechtslage befriedigt schon lange nicht mehr – nicht erst, seit das Bundesgericht sie jetzt auch noch auf Planerverträge ausdehnt (dazu BGer 4A\_53/2012 und 4A\_55/2012 [Urteile vom 31. Juli 2012])<sup>45</sup>.

- 37 **2.** In der parlamentarischen Initiative HUTTER (12.502) wird eine Änderung des Art. 370 Abs. 3 OR angestossen, der neu vorsehen soll, dass «die Anzeige innert 60 Tagen nach der Entdeckung» zu erfolgen hat. Inspiriert wurde diese Idee dem Vernehmen nach vom italienischen Recht, nach dem der «committente deve, a pena di decadenza, denunciare all'appaltatore le difformità o i vizi entro sessanta giorni dalla scoperta. La denuncia non è necessaria se l'appaltatore ha riconosciuto le difformità o i vizi o se li ha occultati» (Art. 1667 Abs. 2 CC/IT).<sup>46</sup> Auf den Initiativtext beziehen sich die folgenden Bemerkungen:

---

Ware zu berufen, wenn er sie dem Verkäufer nicht innerhalb einer angemessenen Frist nach dem Zeitpunkt, in dem er sie festgestellt hat oder hätte feststellen müssen, anzeigt und dabei die Art der Vertragswidrigkeit genau bezeichnet». Was als angemessen gilt, steht zwar nicht ein für allemal fest; sicher aber ist die Frist grosszügiger zu bemessen als nach schweizerischem Recht (vgl. BRUNNER, N 12 f. zu Art. 39 CISG), weshalb die hierzulande einzuhaltenden sieben Tage als Richtschnur sicher nicht taugen.

<sup>45</sup> Kritisch zu diesen Urteilen etwa SIEGENTHALER, S. 193 ff.; STÖCKLI, Mängelrüge, S. 213 f. Vgl. schon BGer 4A\_252/2010 (Urteil vom 25. November 2010), wo das Bundesgericht erstmals ernst machte mit seiner langjährigen Ankündigung, dass die Rechtsfolgen bei Gesamtverträgen von Planern gespalten werden könnten.

<sup>46</sup> Art. 1667 Abs. 2 CC/IT in der von der Südtiroler Landesregierung veranlassten Übersetzung vom 31. Mai 2010: «Der Besteller muss bei sonstigem Ausschluss dem Unternehmer Abweichungen und

- 38 – Während die Initiative die Anzeigefrist gesetzlich festlegen und darob deutlich über die vom Bundesgericht in diesem Punkt aufgestellte, allzu strenge Regelfrist von 7 Tagen (vgl. BGer 4A\_82/2008 [Urteil vom 29. April 2009] E. 7.1) hinausgehen will, ist es doch so, dass sie die Verwirkungsfolge einer versäumten Anzeige (= Mängelrüge) beibehält. Art. 370 Abs. 3 OR soll nämlich weiterhin vorsehen, dass bei versäumter Anzeige das «Werk auch rücksichtlich dieser Mängel als genehmigt gilt». Es würde also bei der Verwirkungsfolge bleiben.
- 39 – Zudem greift die parlamentarische Initiative HUTTER (12.502) nur die Rechtslage bei geheimen Mängeln an, während sie die Regelung der Rüge von Mängeln, die «bei der Abnahme und ordnungsmässigen Prüfung ... erkennbar waren» (Art. 370 Abs. 1 OR) nicht tangiert. Hinsichtlich solcher (offener, nicht geheimer) Mängel gilt nach Art. 370 Abs. 2 OR, dass ihre «stillschweigende Genehmigung» anzunehmen ist, «wenn der Besteller die gesetzlich vorgesehene Prüfung und Anzeige unterlässt». Daran will die Initiative HUTTER (12.502) nichts ändern, so dass hier der Mangel noch immer «sofort»<sup>47</sup> zu rügen ist.<sup>48</sup> Auch insoweit ist die Initiative gleichgelagert wie das italienische Recht, wonach «nonostante l'invito fattogli dall'appaltatore, il committente tralascia di procedere alla verifica senza giusti motivi, ovvero non ne comunica il risultato entro un breve termine, l'opera si considera accettata» (Art. 1665 Abs. 3 CC/IT).<sup>49</sup>
- 40 Ungeachtet dieser Punkte bin ich der Auffassung, dass die Umsetzung der parlamentarischen Initiative HUTTER (12.502) die Lage spürbar zu entspannen vermöchte. Doch fragt sich, ob man nicht noch weiter gehen sollte:
- 41 **3.** Aus meiner Sicht wäre zu fordern, dass eine Neuregelung der Mängelrüge die Verwirkungsfolge preisgibt<sup>50</sup> und sich auf vermögensrechtliche Folgen konzentriert.
- 42 **a.** Orientierung bietet die mietrechtliche Regel in Art. 257g OR. Dieser Bestimmung zufolge hat der Mieter «Mängel, die er nicht selber zu beseitigen hat, dem Vermieter [zu] melden» (Art. 257g Abs. 1 OR). Wichtig für unseren Zusammenhang ist, dass die Verletzung der Meldepflicht nicht etwa dazu führt, dass der Vermieter von der Pflicht befreit würde, den Mangel zu beseitigen. Vielmehr sieht die Bestimmung vor,

---

Mängel innerhalb von sechzig Tagen ab der Entdeckung anzeigen. Die Anzeige ist nicht erforderlich, wenn der Unternehmer die Abweichungen oder Mängel anerkannt oder verheimlicht hat.»

<sup>47</sup> Die Rechtsprechung geht auch bei Art. 367 Abs. 1 OR von einer «Sofort-Rügefrist» aus (BGer 4C.151/2005 [Urteil vom 29. August 2005] E. 5.1: «sans délai, c'est-à-dire immédiatement»); vgl. TERRIER/FAVRE, Nr. 4525, obschon die Bestimmung (anders als Art. 370 Abs. 3 OR) überhaupt keine Angaben zur Dauer der Rügefrist macht.

<sup>48</sup> Ein dritter Punkt, auf den hier am Rande zu verweisen ist, gilt dem Umstand, dass die Initiative lediglich eine Änderung des gesetzlichen Werkvertragsrechts herbeiführen will, während sich aber die Frage stellt, ob (wenn überhaupt) nicht auch das Kaufvertragsrecht entsprechend zu revidieren wäre. In den Fällen, in denen eine «Eigentumswohnung ab Plan» (Stockwerkeigentum) verkauft wird, ist die Interessenlage des Käufers nicht anders als jene, die besteht, wenn der Vertrag nach Massgabe seines Inhalts als gemischter Vertrag (Kauf-/Werkvertrag) zu qualifizieren ist.

<sup>49</sup> Art. 1665 Abs. 3 CC/IT in deutscher Übersetzung (vgl. Fn. 46): «Wenn der Besteller trotz der vom Unternehmer an ihn gerichteten Einladung es ohne berechtigte Gründe unterlässt, die Prüfung vorzunehmen, oder wenn er nicht innerhalb einer kurzen Frist ihr Ergebnis mitteilt, gilt das Werk als angenommen.»

<sup>50</sup> Mit diesem Postulat auch BIEGER, Nr. 526.

dass der Mieter, der die rechtzeitige Meldung unterlässt, «für den Schaden [haftet], der dem Vermieter daraus [d.h. aus der Unterlassung] entsteht» (Art. 257g Abs. 2 OR). Hier ist die Säumnis nicht mit einer Verwirkungsfolge verbunden, sondern löst lediglich die (verschuldensabhängige) Pflicht des Mieters aus, dem Vermieter Schadenersatz zu leisten, insoweit die Säumnis für dessen Schaden adäquat kausal war.<sup>51</sup> Wollte man das Werkvertragsrecht in eine ähnliche Richtung entwickeln, liesse sich dies bewerkstelligen, indem der Bauherr dem Unternehmer für die Nachteile, die diesem infolge einer ungerechtfertigt spät erhobenen Mängelrüge entstehen, einzustehen hat. Alsdann hätte er sich, wenn er sich im Anschluss an die Mängelrüge für die Nachbesserung entscheidet, an den Nachbesserungskosten in dem Masse zu beteiligen, als sich diese Kosten hätten vermeiden lassen, indem der Unternehmer bei einer rascheren Rüge rascher hätte reagieren können.

- 43 **b.** Sollte sich politisch kein Weg finden, die Verwirkungsfolge einer versäumten Mängelrüge abzuschaffen, bietet sich – von der pragmatischen Initiative HUTTER (12.502) abgesehen – für das Werkvertragsrecht als zweitbeste Lösung die Regel an, welche die SIA-Norm 118 heute schon für jene Verträge vorsieht, in die sie von den Parteien übernommen wird: Dort ist der Bauherr während der zweijährigen «Rügefrist» zur «jederzeitigen Mängelrüge» berechtigt; doch «hat der Bauherr, der einen solchen Mangel nicht sofort nach der Entdeckung rügt, den weiteren Schaden selbst zu tragen, der bei unverzüglicher Behebung des entdeckten Mangels hätte vermieden werden können» (Art. 173 SIA 118). Die ungerechtfertigte Säumnis wird hier also nicht mit Verwirkung der Mängelrechte sanktioniert, sondern als Verletzung der Schadenminderungsobliegenheit verstanden. Diese Regel der SIA-Norm 118 ist in der Praxis unangefochten und allseits als sachgerecht anerkannt.
- 44 **c.** Jegliche Veränderung des Werkvertragsrechts, mit der in die bestehende Ausgestaltung der Mängelhaftung eingegriffen wird, ist auf ihre Ausstrahlung ins Kaufvertragsrecht hin zu untersuchen (vgl. Rz. 32). Was die Verwirkungsfolge einer versäumten Mängelrüge anbelangt, gehe ich davon aus, dass sie auch im Kaufvertragsrecht zu unbilligen Ergebnissen führt, wenn man bedenkt, dass es ohnehin am Käufer liegt, den Mangel zu beweisen (Art. 8 ZGB). Dass durch die auf versäumter Mängelrüge beruhende Verwirkungsfolge die Lage rasch geklärt wird, lässt sich zwar nicht bestreiten. Nicht recht einzusehen ist aber, welches legitime Schutzbedürfnis ein Verkäufer daran hat, dass ein Käufer, der den Mangel zu beweisen und so die Dinge aufzuklären vermag, gleichwohl noch an der völlig anders gelagerten Verwirkung scheitert.
- 45 **4.** Am Rande sei vermerkt, dass die Beseitigung der heute mit versäumter Mängelrüge verbundenen Verwirkungsfolge auch dazu führen würde, dass die Frage nach der genügenden Substantiierung der Rüge<sup>52</sup> und jene nach der Verteilung der Beweis-

---

<sup>51</sup> Vgl. HIGI, Zürcher Kommentar, N 32 zu Art. 257g OR.

<sup>52</sup> Vgl. GAUCH, Der Werkvertrag, Nr. 2129 ff.; RÜETSCHI, S. 115 ff., für eine Auseinandersetzung mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu Art. 201 OR und insbesondere mit BGer 4C.395/2001 (Urteil vom 28. Mai 2002): «Die Kernaussage des jüngsten Urteils ist ... darin zu sehen, dass die Anforderungen an Art. 201 OR in Zukunft grosszügiger interpretiert werden sollen» (S. 121). Siehe auch REETZ, S. 151: Bei «fehlender Verständlichkeit der Mängelrüge ist es Pflicht des vertragsbrüchigen Unternehmers, beim Besteller nachzufragen. Den Besteller diesfalls (bei einer anfänglich noch vagen Mängelrüge) mit der Rechtsfolge der Verwirkung seiner Mängelrechte zu bestrafen, obwohl die Vertragsverletzung des Unternehmers bzw. der Mangel bewiesen ist, wäre keine sachgerechte Rechtsfolge.» Zur Nachfrage durch den Unternehmer auch BGE 130 III 262, wo das Bundesgericht in An-

last für die Rechtzeitigkeit der Mängelrüge, die nach BGE 118 II 147 E. a beim Bauherrn liegt<sup>53</sup>, erheblich an praktischer Bedeutung verlören.

## B Bei der Kontrolle allgemeiner Geschäftsbedingungen

- 46 1. Der Gesetzgeber kann Unzulänglichkeiten des geltenden Rechts entgegentreten, indem er neue Gesetzesnormen schafft. Durchschlagende Wirkung kommt gesetzlichen Normen allerdings nur dann zu, wenn sie zwingend und damit der Dispositionsfreiheit der Parteien entzogen sind. Werden gesetzliche Normen nicht zwingend, sondern bloss dispositiv ausgestaltet, vermögen sie die Vertragspraxis insoweit zu beeinflussen, als sie entweder greifen, wenn Parteien nichts Abweichendes vereinbaren (ihre Hauptfunktion), oder eine gewisse inhaltliche, wertungsmässige Orientierung vermitteln zuhanden der Parteien, die eine abweichende Ordnung schaffen wollen. Zudem wird gesagt, dispositive Normen böten einen Massstab für die lauterkeitsrechtliche Kontrolle allgemeiner Geschäftsbedingungen.
- 47 2. Flexibler – und in gewisser Hinsicht auch liberaler – als die Schaffung von zwingendem Recht ist die Verstärkung der gerichtlichen Kontrolle allgemeiner Geschäftsbedingungen. Ich selber bin der Meinung, dass sich mit diesem Instrument erkannten Unzulänglichkeiten regelmässig wirksamer entgegentreten liesse als mit dem Erlass neuer zwingender Gesetzesnormen. Dass ich die neue Eigenheit des Art. 8 UWG, sich nur noch mit AGB in Verträgen mit «Konsumentinnen und Konsumenten» befassen zu wollen, als merkwürdigen Rückschritt werte, habe ich schon andernorts angemerkt.<sup>54</sup> Ob darunter auch juristische Personen subsumiert werden könnten, ist hier offen zu lassen.<sup>55</sup> Sicher aber ist, dass Parteien, die mit dem Bauvertrag einen beruflichen oder gewerblichen Zweck verfolgen, Art. 8 UWG selbst dann nicht zugänglich ist, wenn sich die in den Vertrag übernommenen AGB als inakzeptabel einseitig erweisen.<sup>56</sup> Der Gesetzgeber müsste diese Einschränkung zu-

---

wendung von Art. 39 CISG eine Mängelanzeige genügen lässt, «welche die Natur bzw. die Wesensart der Vertragswidrigkeit (genau) angibt. Eine präzisere Umschreibung verlangt der Wortlaut von Art. 39 Abs. 1 CISG nicht. Dies ist auch nicht erforderlich, da dem Verkäufer im Zeitalter der elektronischen Kommunikation ohne weiteres zumutbar ist, Rückfragen zu stellen, wenn er vom Käufer genauere Angaben haben möchte» (E. 4.3).

<sup>53</sup> Dazu BIEGER, Nr. 332 ff.; kritisch GAUCH, Der Werkvertrag, Nr. 2169 ff. und 2190 ff.; WALTER, Berner Kommentar, N 566 ff. zu Art. 8 ZGB.

<sup>54</sup> STÖCKLI, Inhaltskontrolle, S. 184 ff.

<sup>55</sup> Zur Diskussion in Deutschland vgl. MICKLITZ, Münchener Kommentar, N 11 ff. zu § 13 BGB/DE, der wie folgt lautet: «Verbraucher ist jede natürliche Person, die ein Rechtsgeschäft zu einem Zwecke abschließt, der weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden kann.» Anders gelagert, aber nicht minder bedeutsam ist die Frage, ob die Präpondanztheorie, nach der bei einem doppelten Zweck eines Geschäfts auf den überwiegenden abzustellen ist, schon im Konsumentenbegriff aufscheinen oder erst in dessen Anwendung zum Tragen gebracht werden soll. Für den ersten Ansatz siehe Art. I.-1:105 (1) DCFR: «A ‚consumer‘ means any natural person who is acting primarily for purposes which are not related to his or her trade, business or profession.»

<sup>56</sup> Anders offenbar die Rechtslage nach Art. L132-1 CCo/FR, der die Inhaltskontrolle für «contrats conclus entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs» vorsieht; anders auch die Rechtslage nach § 305 ff. BGB/DE.

rücknehmen, zumal nicht recht vorstellbar ist, wie nach geltendem Recht mit jenen Fällen zu verfahren ist, in denen AGB verwendet werden, die «in Treu und Glauben verletzender Weise zum Nachteil» gewerblicher Vertragspartner ein «erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis zwischen den vertraglichen Rechten und den vertraglichen Pflichten vorsehen». Dass die Missbräuchlichkeit nicht davon abhängt, ob die Gegenseite eine Konsumentin ist, liegt jedenfalls auf der Hand.<sup>57</sup> Für die Lage der Einmalbauherren von besonderer Bedeutung ist aber, dass geklärt wird, ob auch sie als Konsumenten im Sinne von Art. 8 UWG gelten<sup>58</sup> und ob AGB auch in notariell beurkundeten Verträgen enthalten sein können. Für mich selber ist klar, dass beide Fragen zu bejahen sind (vgl. Rz. 29), wobei ich aber auch zu konstatieren habe, dass diese Einschätzungen von anderen nicht geteilt werden.<sup>59</sup> Ob dieser Klärungsbedarf dereinst durch einen Eingriff des Gesetzgebers oder aber durch ein Urteil, das womöglich auf eine ideelle Verbandsklage (vgl. Art. 10 UWG, der diese Möglichkeit vorsieht) hin ergeht, befriedigt wird, hängt vor allem davon ab, wer sich als erster bewegt.

### C Beim Kauf von Stockwerkeigentum ab Plan

- 48 **1.** Ich bin auf die Vertragspraxis, die in beim «Kauf von Stockwerkeigentum ab Plan» weit verbreitet ist, schon eingegangen (Rz. 24 ff.). Auch habe ich schon betont, dass ich die Auswirkungen dieser Praxis für die Einmalbauherren, die eine neue «Eigentumswohnung» kaufen, als unhaltbar einstufe. Eine wirksame Kontrolle allgemeiner Geschäftsbedingungen nach Art. 8 UWG (Rz. 29 und 47) könnte hier Abhilfe schaffen.
- 49 **2.** Im Wege der Gesetzgebung liesse sich dieser Praxis ein Verbot entsprechender Abreden entgegensetzen, so dass sich nicht länger vereinbaren liesse, dass der Verkäufer mittels Abtretung die Rechtsverfolgung gegen die von ihm beigezogenen Dienstleister vollständig in den Risikobereich des Käufers verschiebt, um sich zwar vom Käufer den vollständigen Kaufpreis bezahlen zu lassen, sich aber im Übrigen unter kompletter Freizeichnung von seiner eigenen Haftung aus der Affäre zu ziehen.
- 50 **a.** Eine vermittelnde Lösung könnte darin bestehen, analog zu Art. 256 Abs. 2 lit. a OR eine Regel zu schaffen, die entsprechende Abreden lediglich für jene Fälle verbietet, in denen sie mittels allgemeiner Geschäftsbedingungen bewerkstelligt werden. Einer solchen Regel zufolge wäre eine Abweichung von der gesetzlichen Mängelhaftung zum Nachteil des Käufers nichtig, wenn sie mittels allgemeiner Geschäftsbedingungen herbeigeführt würde. Einzuschränken wäre die Regel auf Geschäfte von Einmalbauherren. Einfügen liesse sie sich bei Art. 219 OR, weshalb sie dann nur für den Grundstück-, nicht auch für den Fahrniskauf gelten würde.

---

<sup>57</sup> Damit ist nicht gesagt, dass die gleichen Massstäbe anzulegen wären; im gewerblichen (B2B) Verkehr dürfte es sich rechtfertigen, grössere Zurückhaltung zu üben. Siehe für eine Differenzierung Art. II.-9:403 und Art. II.-9:405 DCFR.

<sup>58</sup> Unter französischem Recht scheint diese Frage zu Gunsten des Konsumenten geklärt: Soweit es sich nicht um (ohnein bereits staatlich genehmigte) Modell-AGB wie die Afnor-Modellbedingungen handelt (dazu Fn. 26), unterliegen auch AGB in Bauverträgen der allgemeinen Inhaltskontrolle nach Art. L132-1 CCo/FR (vgl. ROHLFING-DIJOUX, S. 259 f. m.H.).

<sup>59</sup> Vgl. Fn. 36.

51 **b.** Nicht gelöst würden damit die schwierigen Fragen, die sich aus dem Recht des Stockwerkeigentums ergeben. So ist etwa fraglich, wie ein Käufer, der infolge einer Zession über ein Nachbesserungsrecht verfügt, das sich auf einen Mangel an einem gemeinschaftlichen Teil bezieht, sein Recht durchzusetzen vermag. Fest steht, dass er die Mängelbeseitigung, die eine bauliche Massnahme bedingt, nicht ohne Abstimmung mit den übrigen Stockwerkeigentümern veranlassen kann, insoweit nicht bloss seine «eigenen Räume» (Art. 712a Abs. 2 ZGB) davon betroffen sind. Deshalb ist zu überlegen, ob sich durch eine Ergänzung der Bestimmungen über das Stockwerkeigentum (Art. 712a ff. ZGB) erreichen liesse, dass bei einer Abtretung, die an sich fragwürdig ist, zumindest der Anspruch auf Nachbesserung von Gesetzes wegen direkt bei der Gemeinschaft der Stockwerkeigentümer anfällt, soweit es um gemeinschaftlichen Teile geht.<sup>60</sup>

52 **3.** Soll das Problem auf breiterer Front angegangen werden, wäre die Schaffung eines eigenen Gesetzes zu prüfen, das diese und weitere Fragen des Erwerbs von Stockwerkeigentum regelt. Ganz fern liegt dieser Ansatz nicht: Deutschland hat seine Makler- und Bauträgerverordnung (MaBV), der sich unter anderem entnehmen lässt, welche Sicherheiten ein gewerbsmässiger Bauträger<sup>61</sup> seinem Vertragspartner zu leisten hat. Aus meiner Sicht prüfenswerter ist ein anderer Ansatz, der darin besteht, die in Art. 100 Abs. 2 und Art. 101 Abs. 3 OR enthaltenen Schranken der Freizeichnung<sup>62</sup> auf Konsumentenverträge auszudehnen. Ein solcher Schritt würde sich zwar in allen, nicht nur in den Bauverträgen auswirken, was aus meiner Sicht aber den Vorteil hätte, dass Grundfragen des Konsumentenvertragsrechts in einer allgemeinen, konsistenten Weise und nicht nur punktuell gestellt und gelöst würden. Zu klären bliebe dann aber noch, ob es richtig ist, den Entscheid über die Gültigkeit der Freizeichnung dem gerichtlichen Ermessen anheimzustellen (wie in Art. 100 Abs. 2 OR), und ob es in einer stark arbeitsteiligen Wirtschaft, in der der Einsatz von Hilfspersonen nicht den Ausnahme-, sondern den Normalfall bildet, sachgerecht ist, die Freizeichnung «für leichtes Verschulden» uneingeschränkt zuzulassen (wie in Art. 101 Abs. 3 OR).<sup>63</sup> Freilich ist zuzugeben, dass eine gesetzliche Regel über die Begrenzung der Freizeichnung insoweit ins Leere stösst, als sie nicht zu verhindern vermag, dass die Parteien eines Bauvertrags die Leistungspflicht des Unternehmers (also seine Schuld) etwa so ausgestalten, dass die Qualität seiner Leistung das sonst Übliche unterschreiten darf. Insoweit geht eine Lösung, die sich am mietrechtlichen Art. 256 Abs. 2 lit. a OR orientiert, wesentlich weiter, da hier der Inhalt der Schuld zwingend festgelegt und nicht bloss geregelt wird, dass die Haftung für eine (wie auch immer geartete) Schuld nicht wegbedungen werden kann.

---

<sup>60</sup> Diese Anregung verdanke ich Dr. THOMAS SIEGENTHALER (Winterthur).

<sup>61</sup> Zum Begriff des Bauträgervertrags § 632a Abs. 2 BGB/DE. Zum Begriff des Bauträgers § 34c Abs. 1 GewO/DE; die Gewerbeordnung unterstellt gewerbsmässige Bauträger einer Bewilligungspflicht.

<sup>62</sup> Diese Bestimmungen begrenzen jedenfalls die Freizeichnung von der Haftung, wie sie sich aus den gesetzlichen, dabei aber dispositiven Bestimmungen ergibt. Ob sie auch bei Mängelrechten anzuwenden sind, die über die gesetzlichen Vorgaben hinausgehen, ist offen; zu dieser Frage im deutschen Recht vgl. BUSCHE, Münchener Kommentar, N 3 zu § 639 BGB/DE.

<sup>63</sup> Am Rande bemerkt: Art. 101 Abs. 3 OR lässt offen, um wessen «Verschulden» es hier überhaupt geht.

## D Bei der Verjährung

53 1. Der Bauherr kann die gegen ihn laufende Verjährung der Mängelrechte unterbrechen mit der Wirkung, dass die «Verjährung von neuem [beginnt]» (Art. 137 Abs. 1 OR). Dies gilt nicht nur hinsichtlich der gesetzlichen Mängelrechte, sondern auch dann, wenn die gesetzliche Ordnung verändert wird, indem die Parteien die Mängelrechte des Bauherrn ausweiten, sie einschränken oder an ihre Stelle andere Behelfe setzen. Für die Unterbrechung kann der Bauherr zu den Mitteln greifen, die Art. 135 OR dem Gläubiger an die Hand gibt; die Rede ist dort unter anderem von der Schuldbetreibung und vom Schlichtungsgesuch (Art. 135 Ziff. 2 OR). Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung (BGer 4C.258/2001 [Urteil vom 5. September 2002]) E. 4.1.2<sup>64</sup>) ist klar, dass die Verjährung einer Nachbesserungsforderung durch Schuldbetreibung nicht unterbrochen werden kann, weil der Betreuungsweg für diese Forderung, die sich nicht auf eine Geldzahlung, sondern auf eine Arbeitsleistung richtet, gar nicht offen steht (vgl. Art. 38 Abs. 1 SchKG).<sup>65</sup> Aus meiner Sicht ist diese Rechtsprechung nicht sachgerecht. Die Schuldbetreibung ist das einzige Mittel in der Hand des Bauherrn, das zugleich «simple et pratique»<sup>66</sup> ist und deshalb an sich ganz im Vordergrund steht; die zitierte Rechtsprechung verweist den Bauherrn, der vom Unternehmer die Nachbesserung verlangt, auf einen deutlich beschwerlicheren Weg, ohne dass es dafür zwingende Gründe gibt. Da sich auch eine Nachbesserungsforderung bewerten und damit auch beziffern lässt, steht nach meinem Verständnis der Idee, hier auch die Schuldbetreibung als verjährungsunterbrechendes Instrument zuzulassen, nichts im Wege. In Kauf zu nehmen wäre dann wohl, dass die Verjährung der Nachbesserungsforderung nur für den Betrag unterbrochen wird, der vom Bauherrn in Betreuung gesetzt wurde. Noch weitergehend liesse sich sogar fordern, dass der in Art. 135 OR enthaltene Katalog nicht als abschliessend verstanden wird, sondern zumindest für solche Verjährungsfristen, die nicht im dritten Titel geregelt werden, der «Vereinbarung zusätzlicher Unterbrechungsgründe»<sup>67</sup> nicht entgegensteht. Diesem Postulat lässt sich beifügen, dass es dem Umstand, dass nicht nur die werkvertragliche Verjährungsordnung, sondern die werkvertragliche Gewährleistungsordnung insgesamt weitgehend dispositiv ist, weit besser Rechnung trägt als die insoweit formalistisch argumentierende Gegenmeinung. Als mögliches Instrument zur Verjährungsunterbrechung, auf das man sich gültig sollte verständigen können, stünde die vom Bauherrn ausgehende Mahnung des Unternehmers, der etwa mit der Nachbesserung säumig ist, im Vordergrund, wobei man im Interesse der Rechtssicherheit die Mahnung einem Schriftformerfordernis unterstellen könnte.<sup>68</sup> Für die ge-

<sup>64</sup> Unveröffentlichte Erwägung zu BGE 128 III 416.

<sup>65</sup> Vgl. KOLLER, Nr. 427; auch BGE 132 V 411, allerdings ohne Auseinandersetzung mit der Frage. Für eine Kritik an dieser Rechtsprechung TERCIER/STÖCKLI, S. 10 ff. und S. 53 ff.

<sup>66</sup> TERCIER/STÖCKLI, S. 13.

<sup>67</sup> Zu diesem Postulat GAUCH, Der Werkvertrag, Nr. 2271. Anders aber etwa BERTI, Zürcher Kommentar, N 180 f. zu Art. 135 OR, der den Katalog für «abschliessend ... und zwingend» (N 180) hält; so auch PICHONNAZ, Commentaire romand, N 25 zu Art. 135 OR.

<sup>68</sup> So die Rechtslage nach italienischem Recht, nach dem die «Verjährung ... durch jede andere Rechtshandlung, die geeignet ist, den Schuldner in Verzug zu setzen, unterbrochen [wird] » (Art. 2943 Abs. 4 CC/IT, in deutscher Übersetzung [vgl. Fn. 46]), und der «Schuldner ... durch Mahnung in schriftlicher Form in Verzug gesetzt» wird (Art. 1219 Abs. 1 CC/IT). In der laufenden Revision des Schweizer Verjährungsrechts (siehe dazu die bundesrätliche Botschaft zur Änderung des Obligatio-

forderte Flexibilisierung des Verjährungsrechts mag man sich an ausländische Rechtsordnungen halten, die hier weiter gehen als das Schweizer Recht. Ich habe schon darauf hingewiesen<sup>69</sup>, dass im italienischen Recht auch eine schriftliche Mahnung die Verjährung unterbricht (Art. 2943 Abs. 4 CC/IT i.V.m. Art. 1219 Abs. 1 CC/IT). Und im französischen Recht gilt schlicht: «Les parties peuvent également, d'un commun accord, ajouter aux causes de suspension ou d'interruption de la prescription prévues par la loi» (Art. 2254 Abs. 2 CC/FR).

- 54 **2.** Von der Verjährungsunterbrechung war soeben die Rede. Auf Bundesebene läuft ein Gesetzgebungsprojekt, das ursprünglich auf eine umfassende Neuordnung des Verjährungsrechts abzielte; das Ergebnis der Vernehmlassung zum Vorentwurf<sup>70</sup> wurde im August 2012 veröffentlicht.<sup>71</sup> Geplant war unter anderem, Art. 371 OR zu streichen. Daran will der Bundesrat seiner Botschaft vom 29. November 2013<sup>72</sup> zufolge nicht mehr festhalten. Es soll also bei der werkvertraglichen Verjährungsregel<sup>73</sup> bleiben, die vor Kurzem (am 1. Januar 2013) in Kraft trat und die sich insoweit nicht vom bisherigen Recht unterscheidet, als nach ihrer Massgabe namentlich bei Mängeln unbeweglicher Bauwerke<sup>74</sup> unverändert eine fünfjährige Verjährungsfrist gilt (Art. 371 Abs. 2 OR).
- 55 **a.** So oder anders ist aus meiner Sicht klar, dass bei der Bemessung der Verjährungsfrist im Werkvertragsrecht auch auf die Tatfrage abzustellen ist, wann sich welche Baumängel wie manifestieren. Es ist offensichtlich nicht sachgerecht, den Eintritt der Verjährung auf einen Zeitpunkt zu legen, in dem wesentliche Baumängel nach der allgemeinen Erfahrung noch gar nicht erkennbar sind. Antworten auf diese Tatfrage lassen sich nicht aus rechtsdogmatischen Überlegungen ableiten, sondern nur durch eine eingehende Untersuchung finden, die – wenn es sie nicht schon gibt – an die Hand genommen werden müsste.
- 56 **b.** Was diesen Punkt anbelangt, kann man sich füglich fragen, ob die guten Gründe, die bei Ansprüchen aus Gewährleistung für spezifische, massiv kürzere Verjährungs-

---

nenrechts [Verjährungsrecht] vom 29. November 2013, Publikation im BBI noch ausstehend) wird dieser Aspekt vernachlässigt, was bedauerlich ist.

<sup>69</sup> In Fn. 68.

<sup>70</sup> Vorentwurf 2011 zur Revision des Verjährungsrechts im Obligationenrecht; vgl. auch Bundesamt für Justiz, Obligationenrecht (Revision des Verjährungsrechts), Bericht zum Vorentwurf, August 2011, S. 6 ff.

<sup>71</sup> Bundesamt für Justiz, Obligationenrecht: Revision des Verjährungsrechts, Bericht über das Ergebnis des Vernehmlassungsverfahrens, August 2012.

<sup>72</sup> Zitiert in Fn. 68.

<sup>73</sup> Auch beim kaufrechtlichen Art. 210 OR, der die Verjährung von «Klagen auf Gewährleistung wegen Mängel der Sache» beschlägt.

<sup>74</sup> Der Gesetzestext spricht neu nur noch von den Ansprüchen eines Bestellers «eines unbeweglichen Werkes» (Art. 371 Abs. 2 OR), während er hier früher ausdrücklich nur auf das unbewegliche Bauwerk Bezug nahm. Der neue Begriff ist weiter, wobei das unbewegliche Bauwerk miterfasst wird. Eingehend dazu GAUCH, recht, S. 132 f.

fristen angeführt werden<sup>75</sup>, wirklich bestehen. Anlass zu Zweifeln<sup>76</sup> gibt schon die Überlegung, dass gerade bei Bauverträgen die durch den Bauherrn getätigte Investition zwar regelmässig sehr bedeutend ist, er nach der gesetzlichen Lage hier aber verjährungsrechtlich schlechter gestellt ist als nach der Konsultation seines Steuerberaters, wo die auftragsrechtlichen Haftungsansprüche erst nach 10 Jahren verjähren. Politisch – so scheint mir – ist eine Verlängerung der Verjährungsfristen für Mängelrechte auf die Regelfrist von 10 Jahren hier aber kaum vorstellbar.<sup>77</sup> Eigenartig ist aber, dass der Anspruch des Unternehmers auf Leistung der Vergütung der Regelfrist von 10 Jahren unterliegt (Art. 127 OR)<sup>78</sup> und dieses Ungleichgewicht niemanden zu stören scheint.

57 c. Klärungsbedarf besteht hinsichtlich der Frage, ob sich die verjährungsrechtliche Sonderstellung<sup>79</sup> von Architekten und Ingenieuren, die «zum Zwecke der Erstellung Dienste geleistet haben» (Art. 371 Abs. 2 OR; vgl. Rz. 34) noch immer rechtfertige. Die Sonderstellung hat ihren Grund darin, dass der Gesetzgeber dem Planer, der eine Ursache für den Baumangel gesetzt hatte und vom Bauherrn jetzt auf Ersatz des Mangelfolgeschadens belangt wird, den Rückgriff auf den Unternehmer sichern wollte.<sup>80</sup> Das bedingt aber nur dann eine Koordination der Verjährungsfristen, wenn man vom Rechtssatz ausgeht, dass sich der im Rückgriff belangte Schuldner auf eine im Aussenverhältnis eingetretene Verjährung zu berufen vermag, um den Rückgriff abzuwehren. Gerade dieser Rechtssatz aber ist mit der mit BGE 133 III 6 begründeten Praxis augenscheinlich hinfällig geworden. Dieser Rechtsprechung zufol-

---

<sup>75</sup> So auch der Bundesrat: «Dafür, dass die Verjährungsfrist im Fall von Gewährleistungsansprüchen kürzer ist, sprechen nun aber gute Gründe. So verfügt der Käufer in diesem Fall über zusätzliche Rechte, und der Verkäufer haftet auch ohne Verschulden. Auch ist es erwünscht, wenn die Rechtslage rasch geklärt wird, sowohl mit Blick auf die Interessen des Verkäufers als auch aus Gründen der Rechtssicherheit» (Stellungnahme zur parlamentarischen Initiative Nr. 06.490 [Mehr Schutz der Konsumentinnen und Konsumenten. Änderung von Artikel 210 OR] vom 20. April 2011, BBl 2011 3905 f. Ziff. 2.1). Aus meiner Sicht sind die Gründe weniger stichhaltig, als dies auf den ersten Blick scheinen mag. Dazu nur zwei Beobachtungen: Der Anspruch auf Nachbesserung ist nichts anderes als eine Fortführung der «ursprüngliche[n] Pflicht des Unternehmers zur Leistung eines mangelfreien Werkes» (GAUCH, Der Werkvertrag, Nr. 1714). Der Anspruch auf Ersatz eines Mangelfolgeschadens ist nach Werkvertragsrecht verschuldensabhängig; nur für den Kaufvertrag sieht Art. 208 Abs. 2 OR für «unmittelbar» verursachten Schaden (dazu BGE 133 III 257) eine (im übrigen systemfremde) Kausalhaftung vor.

<sup>76</sup> Pointiert auch GAUCH, Der Werkvertrag, Nr. 2199.

<sup>77</sup> Siehe Bericht des Bundesamtes für Justiz über die Ergebnisse des Vernehmlassungsverfahrens zum Vorentwurf zur Revision des Verjährungsrechts, August 2012, S. 25.

<sup>78</sup> Soweit nicht Art. 128 Ziff. 3 OR anwendbar ist, der «Forderungen ... aus Handwerksarbeit» mit Ablauf von fünf Jahren verjähren lässt. Diese Regel soll mit der laufenden Revision (dazu Fn. 68) fallen.

<sup>79</sup> Ob es sich dabei aus der Sicht des Planers um eine Privilegierung oder eine Schlechterstellung handelt, lässt sich nicht eindeutig beantworten. Eine Privilegierung liegt dann vor, wenn ohne Art. 371 Abs. 2 OR die zehnjährige Regelverjährung (Art. 127 OR) anzuwenden wäre. So liegt der Fall etwa dann, wenn der Planer aus der auftragsrechtlich zu qualifizierenden Bauleitung haftbar wird. Umgekehrt liegt eine Schlechterstellung vor, wenn ohne Art. 371 Abs. 2 OR die zweijährige Verjährung von Art. 371 Abs. 1 OR zum Tragen käme. Auf sie kann der Planer sich dann berufen, wenn er nur mit der Planung und so mit einer Leistung betraut ist, die werkvertraglich zu qualifizieren ist. Zur Verjährungsregel der einschlägigen SIA-Ordnungen 102 (2003) und 103 (2003) siehe jeweils Art. 1.11.

<sup>80</sup> Vgl. dazu GAUCH, Der Werkvertrag, Nr. 2297.

ge bietet die im Aussenverhältnis eingetretene Verjährung keine wirksame Verteidigung gegen Ansprüche im Innenverhältnis.<sup>81</sup> Dass diese Frage bei der jüngsten Revision des Art. 371 Abs. 2 OR nicht aufgegriffen wurde, ist bedauerlich. Aus meiner Sicht liegt es angesichts der zitierten Rechtsprechung an sich nahe, vertieft zu prüfen, ob es für die verjährungsrechtliche Sonderstellung der Planer einen inneren Grund noch gibt oder ob sie nicht vielmehr überholt und durch gesetzgeberischen Eingriff aufzugeben ist.<sup>82</sup>

## IV. Die Haftung der Planer im Besonderen

- 58 **1.** Nach der Motion, um die es hier zur Hauptsache geht, ist auch die Frage einer «Unterstellung aller Architekturleistungen unter die Kausalhaftung»<sup>83</sup> zu prüfen. Auf die Frage, wie Planerverträge qualifiziert werden und welche gesetzlichen Regeln auf Planerverträge anwendbar sind, bin ich schon eingegangen (Rz. 11 ff.). Ein Planervertrag fällt entweder unter das Werkvertragsrecht, das Recht des einfachen Auftrages oder – wenn sich der Planervertrag als Gesamtvertrag erweist, der sowohl die Planung als auch die Bauleitung umschliesst – unter beides, weshalb er dann als Innominatvertrag gilt. Was die Forderung angeht, Architekturleistungen einer Kausalhaftung zu unterstellen, ist bei dieser Rechtslage festzuhalten, dass ein Planer für Mängel seines Planwerks schon heute nach werkvertraglicher Massgabe haftet. Unabhängig vom Verschulden sind das Recht auf Nachbesserung, auf Minderung und auf Wandelung, so dass es sich hier gleich verhält wie bei einem Unternehmer. Gleich wie beim Unternehmer bedingt auch beim Planer der Anspruch auf Ersatz von Mangelfolgeschaden, dass ihn entweder ein Verschulden (Art. 368 OR) oder die Hilfspersonenhaftung (Art. 101 OR) trifft. Praktisch besteht der Mangelfolgeschaden zur Hauptsache darin, dass sich ein Planungs- oder Bauleitungsfehler eine Beeinträchtigung des Bauwerks nach sich zieht.<sup>84</sup> Man spricht hier auch von einem Bautenschaden. Dass die Schadenersatzpflicht eines Planers nicht der Kausalhaftung unterliegt, sondern ein Verschulden bzw. eine Hilfspersonenhaftung bedingt, entspricht allgemeiner Regel, die nicht nur dem Werkvertrags-, sondern auch dem Auftragsrecht eigen ist. Mir selber scheint, dass es keine gewichtigen Gründe gibt, die Haftung von Planern in diesem Punkt schärfer auszugestalten als die Haftung anderer Dienstleister (z.B. von Rechtsanwältinnen und Ärzten), die sich auch nach der allgemeinen Regel richtet. Dem ist beizufügen, dass das Verschulden vermutet wird und es dem Planer obliegt nachzuweisen, dass ihn kein Verschulden trifft (Exkulpationsbeweis). Häufig erweist es sich als unmöglich, die Vermutung umzustossen, weshalb es dann bei der Haftung bleibt.
- 59 **2.** Spezifisch für die Planer ist immerhin zu vermerken, dass hier die Frage nach einem tauglichen Versicherungsschutz von besonderer Bedeutung ist. Wird als Folge

---

<sup>81</sup> Eingehend KRAUSKOPF/SIEGENTHALER, S. 53 ff.; weiter GAUCH, Der Werkvertrag, Nr. 2297.

<sup>82</sup> Zu dieser Überlegung vgl. GAUCH, Der Werkvertrag, Nr. 2297.

<sup>83</sup> Motion FÄSSLER-OSTERWALDER (09.3392).

<sup>84</sup> Zu dieser häufigen Konstellation GAUCH, Der Werkvertrag, Nr. 1922 f.; KRAUSKOPF, in: Stöckli/Siegenthaler (Hrsg.), Die Planerverträge, Nr. 15.90.

mangelhafter Planerleistung (Planung und/oder Bauleitung) die Baute mangelhaft ausgeführt, stellt sich die Frage nach der Verantwortlichkeit des Planers für den Baumangel.<sup>85</sup> Natürlich gehört die Baute nicht zum Erfolg, den ein werkvertraglich verpflichteter Planer seinem Bauherrn verspricht. Doch stellen sich die Kosten, die dem Bauherrn aus dem Baumangel entstehen, im Verhältnis zum Planer als Schaden (bei mangelhafter Planung als Mangelfolgeschaden) dar, den ihm der Planer bei gegebenen Voraussetzungen zu ersetzen hat (vgl. Rz. 58). Dieses Risiko ist zwar versicherbar, wobei es sich aber im Regelfall so verhält, dass entsprechender Versicherungsschutz eine (prämienpflichtige) Deckungserweiterung bedingt, die den Planern indes von den Vermittlern regelmässig angeraten und von den Versicherern ebenso regelmässig gewährt wird. Das Problem ist dem Vernehmen nach, dass die vereinbarten Versicherungssummen zum Teil völlig unzureichend sind. Mit anderen Worten: Der Versicherungsschutz mit Bezug auf Bautenschäden ist für den Bauherrn zwar von wesentlicher Bedeutung, im konkreten Fall aber nicht immer in ausreichendem Masse gewährleistet.<sup>86</sup> Diese Zusammenhänge sind nicht allen Bauherren bewusst, weshalb sie es entsprechend oft versäumen, bei Abschluss des Planervertrags dem Planer die Pflicht aufzuerlegen, für eine ausreichende Versicherungsdeckung auch für Bautenschäden zu sorgen. Ob es sich rechtfertigt, gesetzlich eine Versicherungspflicht mitsamt Mindestversicherungssumme zu statuieren, wie sie mit Art. 12 lit. f BGFA etwa auch den Rechtsanwältinnen und den Rechtsanwälten auferlegt wird, habe ich nicht eingehend geprüft. Zu bedenken wäre sicherlich, dass der Zugang zum Planerberuf nicht einheitlich geregelt ist, weshalb es mit Schwierigkeiten verbunden sein dürfte, eindeutig zu bestimmen, wer einer gesetzlichen Versicherungspflicht unterliegt. Am Rande sei erwähnt, dass schon etwas gewonnen wäre, wenn in den einschlägigen, praxisprägenden Regelwerken (vor allem in den SIA-Ordnungen 102/103) formularmässig eine Versicherungspflicht des Planers statuiert würde, was heute nicht der Fall ist.<sup>87</sup>

60 **3.** Aufzuwerfen ist auch die Frage, ob sich mit öffentlich-rechtlichen Mitteln sicherstellen liesse, dass nur ausreichend befähigte Personen überhaupt Planerleistungen anbieten. Dass sich damit der Schutz der Marktgegenseite, zu denen auch Einmalbauherren gehören, verstärken liesse, steht wohl ausser Zweifel. Denkbar wäre etwa eine Vorschrift, nach der bei bewilligungspflichtigen Bauvorhaben der Beizug einer Fachperson eine Voraussetzung dafür ist, dass das Vorhaben bewilligt werden kann.<sup>88</sup> Festzuhalten ist, dass diese Berufe zur Zeit weitgehend durch kantonales Recht geregelt werden und bei dessen Durchsicht auffällt, dass die Westschweizer Kantone hier deutlich aktiver legislieren als die Kantone der deutschen Schweiz.<sup>89</sup>

---

<sup>85</sup> Eingehend zu diesen Fragen GAUCH, Der Werkvertrag, Nr. 2735 ff.; KRAUSKOPF, in: Stöckli/Siegenthaler (Hrsg.), Die Planerverträge, Nr. 15.58 ff.

<sup>86</sup> Eingehend WERZ, in: Stöckli/Siegenthaler (Hrsg.), Die Planerverträge, Nr. 16.99 ff.

<sup>87</sup> Im Gegensatz aber zum KBOB-Planervertrag 8.1/1-2013 (siehe Ziff. 8 der Vertragsurkunde); im Gegensatz auch zur SIA-Norm 118, deren Art. 26 eine vertragliche Versicherungspflicht vorsieht; dazu HÜRLIMANN, in: Gauch/Stöckli (Hrsg.), Kommentar SIA 118, N 1 ff. zu Art. 26 SIA 118.

<sup>88</sup> Vgl. dazu ZUFFEREY, in: Stöckli/Siegenthaler (Hrsg.), Die Planerverträge, Nr. 18.32.

<sup>89</sup> Siehe ZUFFEREY, in: Stöckli/Siegenthaler (Hrsg.), Die Planerverträge, Nr. 18.33 ff., und die tabellarische Übersicht im Anschluss an Nr. 18.37.

## V. Eine Pflichtversicherung für Bauunternehmungen?

- 61 1. Die Versicherungen spielen auch beim Bauen eine zentrale Rolle<sup>90</sup>, wovon schon im Zusammenhang mit der Haftung der Planer die Rede war (Rz. 59). Mit ihnen, und zwar mit der Betriebshaftpflichtversicherung der Bauunternehmer, befasst sich (ihrem Wortlaut nach) auch die Motion POGGIA (12.3089), die erreichen will, dass jedes «in der Schweiz im Bauwesen tätige Unternehmen (Rohbau und Ausbau) ... verpflichtet» wird, «eine Haftpflichtversicherung abzuschliessen»; dies im Verbund mit der Einrichtung eines direkten Forderungsrechts der Anspruchsberechtigten gegen den jeweiligen Versicherer<sup>91</sup>. Der Gedanke, die verhältnismässig grossen Risiken, die mit dem Bauen verbunden sind, durch Versicherungen aufzufangen, liegt an sich nahe. Dieser Versicherungszweig ist in der Schweiz denn auch sehr entwickelt, wobei die entsprechenden Verträge auf freiwilliger Basis und nicht deshalb abgeschlossen werden, weil eine gesetzliche Vorschrift den Abschluss vorschreibt. Eine gesetzliche Versicherungspflicht wäre deshalb ein neues Element, jedenfalls für die Schweiz.<sup>92</sup> Anders verhält es sich etwa in Frankreich, wo jeder «constructeur d'un ouvrage» (Art. 1792 Abs. 1 CC/FR)<sup>93</sup> für seine Haftung aus der «Garantie décennale»<sup>94</sup> eine entsprechende Haftpflichtversicherung abzuschliessen hat (Art. L241-1 f. CdA/FR). Was die Einführung einer Pflichtversicherung anbelangt, sind aber doch verschiedene Aspekte zu bedenken, zu denen auch die Kosten einer solchen Lösung gehören, die wirtschaftlich durch die Bauherren zu tragen wären, indem Unternehmer sie (wie die übrigen Kosten auch) in ihre Werkpreise einzukalkulieren hätten.<sup>95</sup>
- 62 a. Hinweisen möchte ich hier vor allem auf den Umstand, dass die heute am Markt gängigen Betriebshaftpflichtversicherungen grundsätzlich Deckung nur für Personen- und Sachschäden gewähren und zudem die Deckung für Ansprüche aus Sachge-

---

<sup>90</sup> Eingehend HÜRLIMANN/TRÜMPY, S. 83 ff.; SPICHER, S. 49 ff.; WERZ, in: Stöckli/Siegenthaler (Hrsg.), Die Planerverträge, Nr. 16.1 ff.

<sup>91</sup> Für einen gesetzlich geregelten Fall siehe Art. 65 Abs. 1 SVG.

<sup>92</sup> Vgl. die Zusammenstellung kantonaler Obligatorien bei SGHVR, S. 136 ff., die (dieser Zusammenstellung zufolge) allerhand, aber weder die Planung noch die Realisierung von Bauprojekten betreffen. SGHVR, S. 183 ff., geht auf die «Berufs- und Betriebs-Haftpflichtversicherung» ein, ohne eine Pflichtversicherung für den Baubereich zur Diskussion zu stellen.

<sup>93</sup> Dieser Begriff ist sehr weit gefasst und schliesst neben den Unternehmern namentlich die Architekten und Immobilienentwickler ein (vgl. Art. 1792-1 CC/FR); siehe LEGUAY, in: Malinvaud (Hrsg.), Nr. 111.30 ff.

<sup>94</sup> Zum Inhalt dieser Haftung Art. 1792 Abs. 1 CC/FR: «Tout constructeur d'un ouvrage est responsable de plein droit, envers le maître ou l'acquéreur de l'ouvrage, des dommages, même résultant d'un vice du sol, qui compromettent la solidité de l'ouvrage ou qui, l'affectant dans l'un de ses éléments constitutifs ou l'un de ses éléments d'équipement, le rendent impropre à sa destination.» Ausführliche Erörterung bei LEGUAY, in: Malinvaud (Hrsg.), vorab Nr. 111.270 für den «point essentiel», dass die mit der «Garantie décennale» verbundene Pflichtversicherung einzig «le présomption de responsabilité établie par les articles 1792 et 1792-2 du Code civil» beschlägt.

<sup>95</sup> Für eine hilfreiche Auslegeordnung zu den «Anforderungen an Pflichtversicherungen» vgl. SGHVR, S. 125 ff.

währ (Mängelhaftung) weitgehend ausschliessen.<sup>96</sup> Im Fall, in dem ein Unternehmer zur Nachbesserung verpflichtet ist, besteht bei dieser Ordnung grundsätzlich keine Versicherungsdeckung für die mit der Nachbesserung verbundenen Kosten.<sup>97</sup> Die Umsetzung der Motion POGGIA (12.3089) dürfte sich deshalb nicht darauf beschränken, eine Versicherungspflicht vorzusehen; vielmehr müsste gesetzlich im Einzelnen geregelt werden, wofür von den in diesem Versicherungszweig tätigen Versicherern Deckung zu gewähren wäre – wie dem in Art. 63 f. SVG für die Halterhaftpflichtversicherung vorgezeichnet wird. Mit der blossen gesetzlichen Statuierung einer Versicherungspflicht wäre also niemandem geholfen, da ungewiss bliebe, für welche Risiken Versicherung zu nehmen ist.

63 **b.** Hierher gehört auch die Überlegung, dass eine Versicherungspflicht von Unternehmern in ihren Wirkungen insoweit ins Leere läuft, als es gleichzeitig zulässig ist, die Haftung vertraglich zu beschränken oder gänzlich auszuschliessen.<sup>98</sup> Denn ein Versicherer hat (im Grundsatz)<sup>99</sup> Leistungen nur dann zu erbringen, wenn den Versicherten eine Haftung trifft<sup>100</sup>, weshalb er Leistungen ablehnen kann, wenn der Versicherte sich etwa auf einen vertraglich wirksam begründeten Haftungsausschluss berufen kann. Wollte man eine Versicherungspflicht schaffen, müsste also nicht nur die Minimaldeckung gesetzlich definiert, sondern auch geprüft werden, ob es auch weiterhin möglich sein soll, die Haftung eines Unternehmers vertraglich einzuschränken oder gänzlich wegzubedingen. Anzumerken bleibt, dass selbst solche Vorkehren nicht sehr viel weiter führen würden, da es stets (auch in einem System, das die Freizeichnung ausschliesst) möglich sein wird, den Umfang der Leistungspflicht so zu beschränken, dass eine Haftung schon gar nicht begründet werden kann.<sup>101</sup>

64 **c.** Die Wünschbarkeit einer Pflichtversicherung einmal angenommen, wäre noch immer zu klären, weshalb die Pflichtversicherung dem Motionstext zufolge bloss für die «im Bauwesen tätige[n] Unternehmen (Rohbau und Ausbau)» eingeführt werden soll, während klar ist, dass die Tätigkeiten der Planer kaum weniger risikogeneigt sind (vgl. Rz. 59).

---

<sup>96</sup> Die einzelnen Gesellschaften orientieren sich für diesen Versicherungszweig an den Musterbedingungen des Schweizerischen Versicherungsverbands (SVV). Insoweit erweisen sich die SVV-Bedingungen als mustergültig.

<sup>97</sup> Nur einzelne Kostenarten sind versicherbar, so Ermittlungs-, Ein- und Ausbaurkosten.

<sup>98</sup> Zu den Schranken der Freizeichnung vgl. vorab Art. 100 und Art. 101 Abs. 3 OR. Dazu kommen weiter die Schranken einer AGB-förmigen Freizeichnung, die sich etwa aus der Ungewöhnlichkeitsregel und wohl auch aus Art. 8 UWG ergeben können. Dieses Problem stellt sich nach meinem Verständnis auch bei der gesetzlichen Versicherungspflicht der Anwältinnen und Anwälte gemäss Art. 12 lit. f BGFA, wenn man die ratio legis der Versicherungspflicht darin erblicken will, das rechtssuchende Publikum wirksam zu schützen. Es ist zwar keine rechtliche Unmöglichkeit, die Freizeichnung gleichwohl zuzulassen, doch wird damit das Schutzdispositiv entscheidend geschwächt.

<sup>99</sup> Soweit nicht für eng gefasste Fälle auch Kulanzleistungen in Aussicht stehen.

<sup>100</sup> Siehe WERZ, Versicherungspflicht, S. 55: «Die Deckung folgt der Haftung und nicht umgekehrt.»

<sup>101</sup> Vgl. zu diesem Gedanken auch die zutreffende Feststellung in der bundesrätlichen Stellungnahme zur parlamentarischen Initiative LEUTENEGGER OBERHOLZER (06.490): «Weiterhin möglich bleibt es allerdings, die Gewährleistung als Ganzes wegzubedingen, was den Konsumentenschutz unweigerlich schwächt» (BBl 2011 3906 Ziff. 2.2).

- 65 **d.** Wollte man eine Pflichtversicherung einführen, liegt es auf der Hand, dies mit einem auch in der Motion geforderten direkten Forderungsrecht zu kombinieren.<sup>102</sup>
- 66 **2.** Losgelöst von diesen Punkten ist darauf hinzuweisen, dass der gesetzlichen Statuierung einer Pflichtversicherung durchaus auch ein protektionistisches Element innewohnen mag, indem der Marktzugang durch dieses Erfordernis erschwert ist. Der Marktzugang steht aber auch dann auf dem Spiel, wenn es einer Unternehmung nicht möglich ist, einen abschlussbereiten Versicherer zu finden, etwa weil sie in einem besonders schadeneigenen Bereich tätig ist.<sup>103</sup> Dies gilt in erhöhtem Masse dann, wenn der obligatorische Versicherungsschutz nicht bloss als Berufspflicht, sondern als Voraussetzung dafür ausgestaltet wird, überhaupt zum entsprechenden Markt zugelassen zu werden, also als Bewilligungsvoraussetzung.
- 67 **3.** Nach meinem Dafürhalten zielt die Motion in eine falsche Richtung. Sachgerechter wäre das gesetzliche Erfordernis von Sicherheiten zugunsten von Einmalbauherren in Form von Erfüllungs- und Gewährleistungsgarantien.<sup>104</sup> Diese Sicherheiten wären von den Verkäufern zu leisten, mit denen die Einmalbauherren kontrahieren, und würden – in Abhängigkeit von ihrer konkreten Ausgestaltung – etwa dann einen gewissen Schutz leisten, wenn der Verkäufer in Konkurs gerät oder sich weigert, die an sich geschuldete Nachbesserung vorzunehmen. Zu bedenken ist aber auch hier, dass solche Sicherheiten Kosten nach sich ziehen, die schlussendlich der Einmalbauherr zu tragen hätte.

## VI. Was überdies zu prüfen wäre

- 68 Im Folgenden gehe ich auf weitere Punkte ein, die meiner Meinung nach ebenfalls vertiefter Überprüfung bedürften. Die Liste ist nicht abschliessend, im Gegenteil. Wichtige Fragen, die an den Grund des Bauvertragsrechts gehen, bleiben ausgeklammert, etwa die praktisch bedeutsame, geradezu systemrelevante Frage nach der Koordination der Planerhaftung mit der Unternehmerhaftung, die heute mit dem Instrument der unechten Solidarhaftung bewerkstelligt wird<sup>105</sup> und die die Planer erfahrungsgemäss einem hohen – zum Teil wird gesagt: einem unverhältnismässig hohen – Haftungsrisiko aussetzt.

---

<sup>102</sup> Vgl. für eine gesetzliche Regelung Art. 65 Abs. 1 SVG oder auch § 115 VVG/DE («Direktanspruch»); SGHVR, S. 130 ff.

<sup>103</sup> Zum Umgang mit dem «Fall eines Versicherungsnotstands» siehe BECK, S. 53 f., der dort die Schaffung einer Auffangeinrichtung vorschlägt; kritisch dazu WERZ, Versicherungspflicht, S. 61 f.

<sup>104</sup> Entsprechende Sicherheiten können auch in Form einer Solidarbürgschaft (Art. 496 OR) gewährt werden, die dem Vernehmen nach günstiger sind als Erfüllungs- und Gewährleistungsgarantien. Vgl. dazu Art. 181 SIA 118. Für eine gesetzliche Regelung der zu leistenden Sicherheiten vgl. Art. L231-2 lit. k und L231-6 CCH/FR und § 2 f. der MaBV/DE. Für die Niederlande vgl. BRUGGEMAN/CHAO-DUIVIS, S. 330, 337 und 344 f. zur in Konsumentenverträgen zwingend geregelten Fälligkeit der Vergütungsforderungen.

<sup>105</sup> KRAUSKOPF, in: Stöckli/Siegenthaler (Hrsg.), Die Planerverträge, Nr. 15.58 ff.; lesenswert auch KEILHOLZ, S. 309 f.

## A Die Beweislastverteilung

69 Die Beweislast für den Mangel, also dafür, dass das Werk mangelhaft ist, liegt nach Art. 8 ZGB beim Bauherrn.<sup>106</sup> Doch kann die Beweislast hier mittels vertraglicher Abrede umverteilt werden, so dass nicht der Bauherr die Mangelhaftigkeit, sondern der Unternehmer die Vertragskonformität des Werkes zu beweisen hat. Das wird in der SIA-Norm 118 vollzogen, die für die Dauer der zweijährigen Rügefrist vorsieht, was folgt: «Wird streitig, ob ein behaupteter Mangel wirklich eine Vertragsabweichung darstellt und daher ein Mangel im Sinne dieser Norm ist, so liegt die Beweislast beim Unternehmer» (Art. 174 Abs. 3 SIA 118). Erst nach Ablauf der Rügefrist fällt die Beweislast an den Bauherrn zurück (Art. 179 Abs. 5 SIA 118). Zu überlegen wäre, ob eine entsprechende Regel auch ins Gesetz aufgenommen werden soll, um dem Umstand Rechnung zu tragen, dass der Unternehmer auch in dieser Phase regelmässig über einen Informationsvorsprung verfügt, zumal er es ist, der das Werk, dessen Mangelhaftigkeit nun in Frage steht, hergestellt hat. Dies liesse sich, so scheint mir, auch mit dem dem Wiener Kaufrecht eigenen Grundsatz begründen, nach dem «Tatsachen aus einem Bereich, welcher einer Partei deutlich besser bekannt ist als der anderen, diejenige Partei nachweisen muss, welche die Herrschaft über diesen Bereich hat» (BGE 130 III 264 E. 5.3).<sup>107</sup> Das österreichische Recht begegnet dem Beweisproblem, indem es im Grundsatz für die Dauer von «sechs Monaten nach der Übergabe» der Sache eine «Vermutung der Mangelhaftigkeit» aufstellt, die sich nur mit dem vom Unternehmer zu führenden «Beweis des Gegenteils» umstossen lässt (§ 924 i.V.m. § 1167 ABGB/Ö).<sup>108</sup> Die befragten Praktiker (Juristinnen und Juristen in der Schweiz) halten die in der SIA-Norm 118 vollzogene Beweislastumkehr indes überwiegend für wenig hilfreich, da es noch immer am Bauherrn liegt, den aufwändigen Beweis für die tatsächliche Beschaffenheit des Werkes zu führen.

## B Die Nachbesserung

70 1. Neben dem Anspruch auf Ersatz des Mangelfolgeschadens ist das Recht auf Nachbesserung sicherlich jenes Mängelrecht, das praktisch im Vordergrund steht, dies nicht nur für den Bauherrn, sondern auch für den Unternehmer. Letzteres lässt sich dem Umstand ablesen, dass die SIA-Norm 118 in Art. 169 Abs. 1 vorsieht, dass der Bauherr «(abgesehen vom Schadenersatzrecht nach Art. 171) zunächst einzig das Recht [hat], vom Unternehmer die Beseitigung des Mangels» zu verlangen. Die Nachbesserung ist ein Gestaltungsrecht, durch dessen Ausübung gegen den Unternehmer eine Forderung auf «unentgeltliche Verbesserung des Werkes» (Art. 368 Abs. 2 OR) begründet wird.

---

<sup>106</sup> GAUCH, Der Werkvertrag, Nr. 1507 f.; WALTER, Berner Kommentar, N 565 zu Art. 8 ZGB.

<sup>107</sup> Vgl. zu diesem Grundsatz auch HGer Zürich, HG100045 (Urteil vom 3. April 2013) E. 5.4.4.

<sup>108</sup> Inhaltlich gleichgelagert, aber enger in ihrem Anwendungsbereich die deutsche Regel in § 476 BGB/DE für den Verbrauchsgüterkauf: «Zeigt sich innerhalb von sechs Monaten seit Gefahrübergang ein Sachmangel, so wird vermutet, dass die Sache bereits bei Gefahrübergang mangelhaft war, es sei denn, diese Vermutung ist mit der Art der Sache oder des Mangels unvereinbar.» Die Frist müsste im Baurecht allerdings länger sein; ausführlich zu diesem Postulat VON OLENHUSEN, S. 104 ff. Siehe weiter § 630h BGB/DE zur «Beweislast bei Haftung für Behandlungs- und Aufklärungsfehler».

- 71 **2.** Erweist sich das Werk als mangelhaft, ist der Bauherr, der sich für die Nachbesserung entscheidet, schon nach gesetzlicher Massgabe berechtigt, die Vergütung ganz oder teilweise zurückzubehalten (Art. 82 OR)<sup>109</sup>, um so auf den nachbesserungspflichtigen Unternehmer Druck ausüben zu können. Zu diesem Behelf ist anzumerken, dass er vertraglich wegbedungen werden kann, was denn etwa auch dadurch bewirkt wird, dass der Bauherr nach dem Vertrag die letzte Zahlung zu leisten hat, bevor ihm die «Schlüssel ausgehändigt» werden (vgl. Rz. 75). Zur Nachbesserung und zu deren Durchführung hat auch die Rechtsprechung Grundsätze entwickelt; zu prüfen wäre, ob diese Grundsätze jetzt ins Gesetz übernommen werden sollen. Sie betreffen:
- 72 – die Möglichkeit des Bauherrn, die Nachbesserung auf Kosten des Unternehmers durch einen Dritten vornehmen zu lassen (BGE 107 II 55 E. 3), ohne für diese Ersatzvornahme vorgängig eine richterliche Genehmigung einholen zu müssen (BGE 107 II 56)<sup>110</sup>.
- 73 – den Anspruch des Bauherrn, sich die Kosten einer Ersatzvornahme vom zwar nachbesserungspflichtigen, dabei aber unwilligen Unternehmer vorschliessen zu lassen, sowie die Modalitäten, die zu beachten sind, wenn der Unternehmer den Vorschuss geleistet hat (BGE 128 III 417 E. 4.2.2; 136 III 276).
- 74 Aus allgemeiner Sicht liesse sich durch die Aufnahme dieser Grundsätze ins Obligationenrecht die Zugänglichkeit des Rechts verbessern. Ob diesem Anliegen auf diese Weise Rechnung getragen werden soll, ist allerdings nicht für die Nachbesserung allein, sondern in genereller Weise zu beantworten. Einen wesentlichen Vorzug einer Kodifikation mag man darin erblicken, dass diese Grundsätze damit zum gesetzlichen Leitbild geschlagen werden, dem nach Meinung vieler bei der gerichtlichen Überprüfung allgemeiner Geschäftsbedingungen (Art. 8 UWG) Rechnung zu tragen ist. Allerdings ist zu beachten, dass diese Leitbild-Theorie ja keineswegs ausschliesst, dass bei einer Überprüfung von AGB auch die bundesgerichtlich abgestützten Grundsätze in Anschlag gebracht werden, weshalb ihre Aufnahme ins Gesetz jedenfalls unter diesem Gesichtspunkt nicht als zwingend erscheint.

## C Weitere Punkte

- 75 **1.** Von den Sicherheiten war schon im Zusammenhang mit der Motion POGGIA (12.3089) die Rede. Regelmässig leisten auch Einmalbauherren erhebliche Anzahlungen, für die ihnen der Unternehmer keine Sicherheit leistet. Es kommt sogar vor, dass nach vertraglicher Massgabe die Schlusszahlung zu leisten ist, bevor der Unternehmer die «Schlüssel auszuhändigen» hat, so dass der Bauherr in der Folge keinen Rückbehalt mehr machen kann und über kein Druckmittel mehr verfügt, um

---

<sup>109</sup> Für die Schweiz wird gesagt, das «Dreifache der zu erwartenden Verbesserungskosten» sei ein «brauchbarer Richtwert» (GAUCH, Der Werkvertrag, Nr. 2392), während in Deutschland gilt, dass «in der Regel das Doppelte der für die Beseitigung des Mangels erforderlichen Kosten» angemessen ist (§ 641 Abs. 3 BGB).

<sup>110</sup> Kritisch zur Rechtsprechung, insoweit sie das Erfordernis gerichtlicher Genehmigung generell ausschliesst, GAUCH, Der Werkvertrag, Nr. 1819 ff. Nach Art. 169 Abs. 1 Ziff. 1 SIA 118 steht fest, dass eine gerichtliche Genehmigung nicht erforderlich ist, wo die SIA-Norm 118 anwendbar ist (siehe BGER 4C.286/2001 [Urteil vom 22. Januar 2002] E. 3d).

die Nachbesserung durchzusetzen.<sup>111</sup> Alsdann hat er zur Durchsetzung des Minderungsrechts einen Forderungsprozess zu führen, statt einfach die noch offene Forderung entsprechend des Minderwerts reduzieren zu können. In solchen Vereinbarungen liegt eine erhebliche Schlechterstellung des Bauherrn. Art. 372 OR setzt ihnen zwar nichts entgegen, wobei sich aber fragt, ob sie vor Art. 8 UWG Bestand haben können. Eine gesetzliche Regelung könnte sich an § 632a Abs. 3 BGB/DE orientieren, nach dessen Massgabe einem Bauherrn «bei der ersten Abschlagszahlung eine Sicherheit für die rechtzeitige Herstellung des Werkes ohne wesentliche Mängel in Höhe von 5 vom Hundert des Vergütungsanspruchs zu leisten [ist]. Erhöht sich der Vergütungsanspruch infolge von Änderungen oder Ergänzungen des Vertrages um mehr als 10 vom Hundert, ist dem Besteller bei der nächsten Abschlagszahlung eine weitere Sicherheit in Höhe von 5 vom Hundert des zusätzlichen Vergütungsanspruchs zu leisten. Auf Verlangen des Unternehmers ist die Sicherheitsleistung durch Einbehalt dergestalt zu erbringen, dass der Besteller die Abschlagszahlungen bis zu dem Gesamtbetrag der geschuldeten Sicherheit zurückhält.»<sup>112</sup> Zu vermerken ist, dass die SIA-Norm 118 in diese Richtung geht, wenn sie den Bauherrn berechtigt, bei Abschlagszahlungen einen Rückbehalt zu machen (vgl. Art. 149-152 SIA 118).

- 76 **2.** Wenn überhaupt<sup>113</sup>, wären die folgenden Fragen generell – in allgemeinen Bestimmungen über Konsumentenverträge<sup>114</sup> – zu regeln:
- 77 – die Schaffung vorvertraglicher Informationspflichten zulasten gewerblicher Dienstleister (etwa Planer und Unternehmer) und die Regelung der Folgen, die eine Verletzung solcher Informationspflichten nach sich zieht.<sup>115</sup>
- 78 – die Ausweitung der Formbedürftigkeit auf Werkverträge, die alsdann zu ihrer Gültigkeit der schriftlichen Form bedürften.<sup>116</sup> Hier wäre auch zu prüfen, ob die

---

<sup>111</sup> Vgl. dazu Art. L231-3 CCH/FR, nach dessen lit. e es unzulässig ist «[d]e subordonner la remise des clefs au paiement intégral du prix et faire ainsi obstacle au droit du maître de l'ouvrage de consigner les sommes restant dues lorsque des réserves sont faites à la réception des travaux».

<sup>112</sup> Kritisch zur Wirksamkeit dieser dispositiven Regel BMJ-Abschlussbericht, S. 34.

<sup>113</sup> Ich selber spreche mich hier nicht dafür aus, dass entsprechende Anstrengungen unternommen werden.

<sup>114</sup> Vgl. dazu GIAMPAOLO/HUGUENIN, Rz 1 ff.; ein Beispiel eines Konsumentenschutzerrlasses, den zumindest die Konsumentinnen und Konsumenten nur mit Mühe verstehen werden, ist der französische Code de la consommation, der mit überaus detaillierten Bestimmungen aufwartet. Siehe auch die Verbraucherrechtlichlinie (2011/83/EU) vom 25. Oktober 2011, die allerdings für das Bauen nur von eingeschränkter Bedeutung ist, da sie für «Verträge über den Bau von neuen Gebäuden, erhebliche Umbaumaßnahmen an bestehenden Gebäuden oder die Vermietung von Wohnraum» nicht gilt (Art. 3 Abs. 3 lit. f).

<sup>115</sup> Das französische Recht (Art. L231-9 CCH/FR) verlangt vom «constructeur» von Bauten zu Wohnzwecken, der Vertragsurkunde eine behördlich genehmigte «notice d'information» mit zwingenden Mindestangaben beizulegen (dazu gehört etwa die Information über das 7-tägige Rücktrittsrecht, vgl. Fn. 16). Die Nichtbeachtung dieser Vorschrift führt zur Nichtigkeit des Vertrags (vgl. ROHLFING-DIJOUX, S. 257, sowie das Modell der Informationsschrift auf S. 324 f.).

<sup>116</sup> In Frankreich müssen Verträge über Bauten zu Wohnzwecken grundsätzlich schriftlich geschlossen werden (ROHLFING-DIJOUX, S. 261). In der Niederlande greift eine Regelung Platz, wonach ein Vertrag, an dem ein Verbraucher beteiligt ist und der den Kauf einer zu Wohnzwecken bestimmten Baute betrifft, nach Art. 7:2 NBW/NL der Schriftform unterliegt (BRUGGEMAN/CHAO-DUIVIS, S. 329). Die Nichteinhaltung der Schriftform führt sowohl unter französischem als auch unter niederländischem

Gültigkeit von Abänderungsvereinbarungen und einseitigen Bestellungenänderungen – wo der Bauherr über dieses Gestaltungsrecht verfügt – von der Einhaltung der Schriftform abhängig gemacht werden soll. Immerhin sind Bestellungenänderungen ein wichtiger Auslöser von Nachtragsforderungen, die gerade auch Einmalbauherren in Schwierigkeiten bringen können. Der Formvorbehalt entspricht verbreiteter Vertragspraxis, wobei aber sogleich festzuhalten ist, dass mit der gesetzlichen Statuierung einer Form die Probleme, die um die Bestellungenänderung kreisen, noch nicht gelöst sind.<sup>117</sup> Zu denken ist zum Beispiel an die Frage, wie die Vergütung einer neu bestellten Leistung herzuleiten ist.

79 – die Begründung eines Widerrufsrechts, damit während begrenzter Zeit ein Rücktritt vom Vertrag möglich wäre, ohne dass der Bauherr dem Unternehmer «volle Schadloshaltung» (Art. 377 OR) schulden würde.<sup>118</sup> Hier aber wäre sicherzustellen, dass der Unternehmer nicht während laufender Widerrufsfrist schon Leistungen zu erbringen hat.

80 – die Beschränkung der Möglichkeiten, eine Haftung vertraglich wegzubedingen, wie sie in Art. 100 Abs. 2 und Art. 101 Abs. 3 OR angelegt ist und in diesem Gutachten auch schon angetönt wurde (Rz. 52).

81 Wer solche (und weitere) Verbesserungen zugunsten der Konsumentinnen und Konsumenten und damit auch der Einmalbauherren fordert, muss allerdings stets bedenken, dass sie mit Kosten verbunden sind, die unmittelbar die Gegenseite treffen. Auf der Gegenseite finden sich beim Bauen häufig mittelständische Unternehmen, deren Fähigkeit, die mit neuen gesetzlichen Einschränkungen verbundenen Belastungen aufzunehmen, sicherlich nicht unbeschränkt ist. Wer mittelständische Unternehmen schützen will, wird sich auch davor hüten müssen, ihnen allzu enge Restriktionen aufzuerlegen. Dies gilt, so scheint mir, allerdings gerade nicht für die Praxis beim Kauf von Stockwerkeigentum, die hier schon mehrfach zur Sprache kam (vgl. Rz. 24 ff. und 48 ff.). Beschränkungen zugunsten der Einmalbauherren stehen hier keinerlei gewichtige Interessen der anderen Vertragspartei entgegen, die als schützenswert erscheinen.

82 **3.** Die Regelung des Bauhandwerkerpfandrechts sieht vor, dass ein «Anspruch auf Errichtung eines gesetzlichen Grundpfandrechts besteht ... für die Forderungen der Handwerker oder Unternehmer, die auf einem Grundstück zu Bauten oder anderen Werken, zu Abbrucharbeiten, zum Gerüstbau, zur Baugrubensicherung oder dergleichen Material und Arbeit oder Arbeit allein geliefert haben, an diesem Grundstück, sei es, dass sie den Grundeigentümer, einen Handwerker oder Unternehmer, einen

---

Recht zur Nichtigkeit des Vertrages. Vgl. auch VON OLENHUSEN, S. 46 f., der einer gesetzlichen Verpflichtung zur Leistungsbeschreibung das Wort redet und im Formerfordernis keinen zusätzlichen Nutzen erkennt.

<sup>117</sup> Auch das Grundsätzlichste nicht, vgl. BGer 4A\_178/2013 (Urteil vom 31. Juli 2013).

<sup>118</sup> Vgl. dazu Art. 16 Abs. 1 OR 2020: «Wer einen Konsumvertrag abschliesst, ohne die ihm angebotene Leistung oder ihre Risiken hinreichend prüfen zu können, kann diesen widerrufen»; dazu PROBST, in: Huguenin/Hilty (Hrsg.), N 1 ff. zu Art. 16. In der Niederlande kennt man eine gesetzliche Widerrufsfrist von drei Tagen, die im üblicherweise verwendeten Mustervertrag auf fünf Werkstage verlängert wird (BRUGGEMAN/CHAO-DUIVIS, S. 335 f.); in Frankreich beträgt die Rücktrittsfrist 7 Tage (vgl. dazu Fn. 16). Kritisch zur Einführung eines gesetzlichen Widerrufsrechts in Deutschland VON OLENHUSEN, S. 50 ff.

Mieter, einen Pächter oder eine andere am Grundstück berechnigte Person zum Schuldner haben» (Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB). So kann es auch beim Kauf einer «Eigentumswohnung» sein, dass ein vom Verkäufer beigezogener Unternehmer auf dem Stockwerkeigentum (Art. 712a Abs. 1 ZGB) ein Pfandrecht eintragen lässt. Wenn es soweit kommt, wird dem Grundeigentümer eine Klausel im Kaufvertrag, wonach der Verkäufer den Käufer von Pfandrechten freizuhalten hat, jedenfalls dann nichts nützen, wenn gegen den Verkäufer der Konkurs eröffnet wurde. Die Rede ist dann auch vom Doppelzahlungsrisiko.<sup>119</sup> Von diesem Risiko wird meist gesagt, es bestehe zwar, realisiere sich aber nicht häufig. Wie es sich damit verhält, vermag ich nicht zu beurteilen. Immerhin kann ich mir dann nicht recht erklären, warum gleichwohl in sehr vielen Fällen («inflationär», wie auch gesagt wird) Pfandrechte zumindest provisorisch eingetragen werden. Mir scheint die Vermutung naheliegend, dass die Eintragung schlussendlich doch dazu führt, dass der Bauherr dem Pfandgläubiger eine Leistung erbringt, um so die Pfandbelastung seines Grundstücks zu beseitigen. Ich halte diese Rechtslage für unbefriedigend und bin damit bekanntlich nicht allein.<sup>120</sup> Das ist hier festzuhalten, wobei auch zu konstatieren ist, dass der Gesetzgeber diese Ordnung nicht nur belassen, sondern im Zuge der jüngsten Revision des Immobiliarsachenrechts<sup>121</sup> zulasten der Grundeigentümer sogar noch ausgebaut hat, indem er den Kreis der pfandberechtigten Unternehmer und Arbeiten im Gesetzestext ausgeweitet und die Eintragungsfrist erstreckt hat.<sup>122</sup>

- 83 **4.** Schliesslich sei auf zwei Faktoren hingewiesen, die den Bauprozess erschweren:
- 84 **a.** Die ZPO sieht vor, dass ein Gericht «von der klagenden Partei einen Vorschuss bis zur Höhe der mutmasslichen Gerichtskosten verlangen» kann (Art. 98 ZPO). Liquidiert werden die Prozesskosten, indem die «kostenpflichtige ... der anderen Partei die geleisteten Vorschüsse zu ersetzen sowie die zugesprochene Parteientschädigung zu bezahlen» hat (Art. 111 Abs. 2 ZPO). Vor allem die Vorschusspflicht hat dem Vernehmen nach prohibitive Wirkung, was zumindest für Einmalbauherren auf der Hand liegt, die regelmässig ihre Eigenmittel schon in das Bauprojekt investieren und über keine überschüssige Liquidität in dem Umfang verfügen, in dem der Vorschuss zu leisten wäre. Dazu kommt, dass die entsprechenden Risiken in der Rechtsschutzversicherung zum Teil im Grundsatz ausgeschlossen<sup>123</sup> und nur im

---

<sup>119</sup> Einlässlich SCHUMACHER, Das Bauhandwerkerpfandrecht, Nr. 240 ff.

<sup>120</sup> Siehe die Nachweise bei SCHUMACHER, Das Bauhandwerkerpfandrecht, Nr. 242 f., und seine eigene Stellungnahme bei Nr. 244 ff.

<sup>121</sup> In Kraft getreten am 1. Januar 2012 (AS 2011 4637).

<sup>122</sup> Vgl. aber SCHUMACHER, Ergänzungsband, Nr. 367 ff. («Ausbau – kein Umbau»).

<sup>123</sup> Der Punkt wurde nicht für alle Versicherer abgeklärt. Als Beispiel für einen Ausschluss dienen die AVB der AXA-ARAG, nach denen die «Wahrnehmung der rechtlichen Interessen des Versicherten» nicht versichert ist «im Zusammenhang mit unbebauten Grundstücken, mit Neu- oder Umbauten, sofern für einen Teil dieser Bauten eine Bewilligung erforderlich ist, sowie mit Gewährleistungsansprüchen aus Kaufverträgen über Liegenschaften und Grundstücke» (AVB der AXA-ARAG Rechtsschutz AG, Ausgabe 10.2012, B3, Ziff. 1 und 15). Die Tatsache, dass ich aus diesen AVB zitiere, heisst nicht, dass ich die Regelung für kritikwürdig hielte.

Rahmen einer besonders zu vereinbarenden Zusatzdeckung und noch immer bloss in eng beschränktem Umfang übernommen werden<sup>124</sup>.

- 85 **b.** Bauprozesse sind häufig komplex und langwierig, wie immer wieder konstatiert wird. So äussern sich nicht nur Anwältinnen und Anwälte, sondern auch Richter und Richterinnen. Angesichts der unbestrittenen Komplexität wäre vertieft zu prüfen, inwieweit sich mit der Schaffung spezialisierter Gerichte oder spezieller Verfahren bei vertretbarer Vereinfachung der Verfahren eine Beschleunigung erzielen liesse.<sup>125</sup>

## VII. Die Ergebnisse im Überblick

- 86 **1.** Dem erteilten Auftrag gemäss (Rz. 3) bin ich folgender Frage nachgegangen:

*«Mit welchen Mitteln lässt sich die gesetzliche Haftung für Werkmängel gegebenenfalls so verändern, dass damit die Position der Bauherren gestärkt würde?»*

- 87 Das erklärt, weshalb Bedürfnisse der Planer und der Unternehmer nur am Rande zur Sprache kommen. Mein Bericht konzentriert sich auf jene Bereiche, in denen der Gesetzgeber rasch, mit überschaubarem Aufwand und effektiv Massnahmen treffen könnte, um die Stellung der Bauherren zu verbessern, ohne dass darob die Stellung der Planer und Unternehmer massiv beeinträchtigt würde.

- 88 **2.** Meine Vorschläge beziehen sich auf:

- 89 – die mit der **Mängelrüge** verbundene Verwirkungsfolge (Rz. 36 ff.). Hier schlage ich – im Sinne eines Minimums – die Unterstützung der parlamentarischen Initiative HUTTER (12.502) vor, die in Art. 370 Abs. 3 OR eine längere Rüge-/Verwirkungsfrist bringen würde. Ich selber postuliere einen Schritt, der weiter geht und darin besteht, dass die Verwirkungsfolge überhaupt und auch im Kaufvertragsrecht aufgegeben wird.
- 90 – die gerichtliche **Inhaltskontrolle** allgemeiner Geschäftsbedingungen (Rz. 46 f.). Klarzustellen ist, dass Art. 8 UWG auch auf Bauverträge anwendbar ist, sodass sich auch Einmalbauherren auf ihn berufen können, wenn sich in ihrem Vertrag missbräuchliche Klauseln finden. Ich selber komme zwar zum Schluss, dass dem schon heute so ist, wobei ich aber nicht übersehe, dass diese Einschätzung von anderen bestritten wird.

---

<sup>124</sup> Als Beispiel dienen wiederum die schon zitierten AVB der AXA-ARAG (Fn. 123), die im Bereich «Bauvertragsrecht» eine Zusatzdeckung vorsehen für «Streitigkeiten aus Werkvertrag über bewilligungspflichtige An- und Umbauten des Versicherungsnehmers ... Die Versicherungssumme beträgt maximal CHF 10 000.– pro Rechtsfall und Versicherungsjahr» (F3, Ziff. 4).

<sup>125</sup> Aufschlussreich dazu die Feststellung im BMJ-Abschlussbericht: «Zwar konnten bei einer statistischen Sonderauswertung der erstinstanzlichen Bau- und Architektensachen bei den Landgerichten im Bundesgebiet keine gravierenden Unterschiede zwischen Landgerichten, bei denen Baukammern eingerichtet sind, und solchen, bei denen dies nicht der Fall ist, hinsichtlich der Verfahrensdauer festgestellt werden. Gleichwohl sehen vor allem die Arbeitsgruppenmitglieder aus der anwaltlichen Praxis Unterschiede in der Behandlung der Verfahren durch Baukammern, was auch zu mehr Akzeptanz der Entscheidungen bei den Parteien führt» (S. 32).

- 91 – den Erwerb von **Stockwerkeigentum ab Plan** durch Einmalbauherren (Rz. 24 ff., 48 ff.). Hier schlage ich vor, dass die Abtretung von Mängelrechten unter simultaner Freizeichnung des Veräusserers gesetzlich unterbunden wird.
- 92 – die Überprüfung der **Verjährungsfrist** von fünf Jahren in Art. 371 Abs. 2 OR (Rz. 53 ff.), da diese Frist in Abhängigkeit davon bemessen werden müsste, in welchen Zeiträumen ab der Abnahme des Werkes bislang geheime Mängel erkennbar werden.
- 93 – den Verzicht auf eine Verschärfung der **Haftung der Planer** (Rz. 58), die zumindest nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung heute schon zu einem erheblichen Teil als Kausalhaftung ausgestaltet ist. Anzumerken ist, dass die Haftpflichtversicherung der Planer für mangelgeplagte Bauherren von mindestens ebenso grosser Bedeutung ist wie die Betriebshaftpflichtversicherung der Unternehmungen.
- 94 – den Verzicht auf die Einführung einer neuen **Pflichtversicherung** für Bauunternehmungen (Rz. 61 ff.), dies jedenfalls dann, wenn nicht vorher neben der Versicherbarkeit auch vertieft geprüft wird, ob eine Pflichtversicherung den Bauherren im Bereich der Mängelhaftung erhebliche Vorteile bringt, die das heute übliche Schutzniveau übersteigen.
- 95 Zu diesen Vorschlägen kommt dies: Damit sich Qualität und Ausgewogenheit der praktisch so bedeutsamen privaten Vertragsnormierung halten lassen, müssen die normenschaffenden Organe konsequent paritätisch zusammengesetzt sein (Rz. 23).
- 96 **3.** Zum Schluss: Nicht unerheblich war die Versuchung, die Schaffung eines neuen Gesetzes über Bauverträge zu postulieren, in das all diese und zahlreiche weitere Vorschläge hätten einfliessen können. Davon bin ich abgekommen (vgl. Rz. 5), da ich der Auffassung bin, dass eine private Vertragsnormierung nicht bloss beweglicher, sondern grundsätzlich besser als ein Gesetz in der Lage ist, den spezifischen Bedürfnissen beim Bauen angemessen Rechnung zu tragen. Das heisst allerdings nicht, dass es nichts zu tun gibt.

\* \* \*