



07.061

**ZGB. Register-Schuldbrief
und weitere Änderungen
im Sachenrecht**

**CC. Cédule hypothécaire de registre
et autres modifications
des droits réels**

Differenzen – Divergences

CHRONOLOGIE

STÄNDERAT/CONSEIL DES ETATS 04.06.08 (ERSTRAT - PREMIER CONSEIL)
NATIONALRAT/CONSEIL NATIONAL 27.04.09 (ZWEITRAT - DEUXIÈME CONSEIL)
STÄNDERAT/CONSEIL DES ETATS 22.09.09 (DIFFERENZEN - DIVERGENCES)
NATIONALRAT/CONSEIL NATIONAL 26.11.09 (DIFFERENZEN - DIVERGENCES)
STÄNDERAT/CONSEIL DES ETATS 03.12.09 (DIFFERENZEN - DIVERGENCES)
NATIONALRAT/CONSEIL NATIONAL 11.12.09 (SCHLUSSABSTIMMUNG - VOTE FINAL)
STÄNDERAT/CONSEIL DES ETATS 11.12.09 (SCHLUSSABSTIMMUNG - VOTE FINAL)

**Schweizerisches Zivilgesetzbuch (Register-Schuldbrief und weitere Änderungen im Sachenrecht)
Code civil suisse (Cédule hypothécaire de registre et autres modifications des droits réels)**

Art. 676 Abs. 3, 4

Antrag der Kommission
Festhalten

Antrag Frick
Zustimmung zum Beschluss des Nationalrates

Art. 676 al. 3, 4

Proposition de la commission
Maintenir

Proposition Frick
Adhérer à la décision du Conseil national

Janiak Claude (S, BL), für die Kommission: Ihre Kommission hat einstimmig beschlossen, dass sie festhalten und dem Bundesrat folgen will. Die Bestimmung entspricht der heutigen Rechtsprechung des Bundesgerichtes; es ist heutige Praxis, dass sich ein gutgläubiger Erwerber das Durchleitungsrecht auch dann entgegenhalten lassen muss, wenn die Leitung einerseits äusserlich nicht erkennbar oder andererseits nicht eingetragen ist.

Absatz 3 ist so formuliert, dass Doppelspurigkeiten vermieden werden, wobei eine Leitung in einem Leitungskataster

AB 2009 S 933 / BO 2009 E 933

oder im Grundbuch eingetragen werden müsste. Absatz 4 ist eine Kann-Vorschrift. Er gibt den Kantonen die Möglichkeit, ihren Leitungskatastern den öffentlichen Glauben des Grundbuchs zuzuerkennen. Die Kantone müssen also abschätzen, ob die Leitungskataster in ihrem Kanton verlässlich genug sind, um ihnen das Gütesiegel des öffentlichen Registers zuerkennen zu können. Die Kantone werden das gewiss nur machen, wenn sie auch sicher sind. Es gibt selbstverständlich Risiken bezüglich solcher aufgewerteter Leitungskataster. Aber





die verschärfte Haftung der Kantone für die Angaben aus dem Leitungskataster ist für die Kantone ein Problem, weil dann eben die Richtigkeit der Angaben zu den Leitungen vermutet wird. Deshalb wird es sich ein Kanton sehr genau überlegen, ob er Leitungskataster mit dem Gütesiegel versehen will.

Die Kommission ist, wie bereits erwähnt, einstimmig der Meinung, dass sie am Beschluss des Ständerates festhalten will.

Frick Bruno (CEg, SZ): Ich beantrage Ihnen, in Absatz 3 und 4 dem Nationalrat zu folgen.

Eigentlich geht es hier um den Registerschuldbrief, um den papierlosen Schuldbrief. Artikel 676 in der Änderung ist eine Nebenbei-Bestimmung, die wir, wie der Bundesrat sagt, nebst dem Kernbereich vornehmen. Im Vorentwurf waren Absatz 3 und 4 nicht enthalten, sie wurden vom Bundesrat erst nachher auf Vorschlag einzelner Grundbuchkreise eingefügt, so schreibt es der Bundesrat in der Botschaft auf Seite 5306. Herr Fluri, Sprecher im Nationalrat, hat ausgeführt, die Kantone hätten sich noch nicht zu dieser wesentlichen Änderung geäußert. Die Sache sei eine Prüfung wert, aber nicht reif zum Entscheid.

Zu dieser Überzeugung bin ich auch gelangt, und darum stelle ich Ihnen den Antrag. Nach dem Entwurf des Bundesrates können die Kantone Leitungskataster dem Grundbuch gleichwertig erklären. Was heisst das nun? Die Wirkung ist folgende: Die Leitungskataster erhalten damit den öffentlichen Glauben, und wer sich darauf stützt, was im Leitungsverzeichnis eingetragen ist, ist im Recht. Jede Leitung, die im Kataster eingetragen ist, gilt als bestehend, und jedermann, der auf dem Grundstück arbeitet, muss sie kennen. Noch wichtiger: Was nicht im Kataster eingetragen ist, besteht grundsätzlich nicht. Jedermann darf davon ausgehen, dass diese nichteingetragene Leitung nicht besteht, denn der öffentliche Glaube dieses Leitungsverzeichnisses will es so. Und damit sind wir bereits beim Kern der Sache. Herr Kollege Janiak hat dies am 4. Juni 2008 und soeben wieder ausgeführt: Es geht um Haftungsfragen, und diese sind zentral. Wer einen solchen Leitungskataster erstellt, der muss die Aktualität gewährleisten. Leitungskataster in der Schweiz sind aber nie topaktuell. Es gibt keine einheitliche Praxis in der Schweiz, wie schnell sie nachgeführt werden sollen.

Zwei Beispiele: Gaswerke verlegen jedes Jahr Kilometer von neuen Leitungen, und Elektrizitätswerke erneuern oder erschliessen ebenfalls jedes Jahr Grundstücke mit mehreren Kilometern, in Städten mit vielen Kilometern von Leitungen. Nun werden die Kataster, die Leitungsverzeichnisse, zwar regelmässig nachgeführt, aber eben nicht jeden Tag und auch nicht jede Woche. Wenn der öffentliche Glaube gelten soll, muss der Kataster jeden Tag nachgeführt, also topaktuell sein. Der Baumeister, welcher darauf arbeitet, muss sich nämlich darauf verlassen können, dass nicht eine Leitung drin ist, die nicht im Kataster eingetragen ist. Diese Aktualität kann kaum gewährleistet werden; darum stellt sich die Frage, wer haftet. Haftet der Kanton, weil das Verzeichnis nicht ganz vollständig ist – das hat Herr Janiak angedeutet –, haftet der Eigentümer, in dessen Grundstück eine Leitung verlegt ist, die aber vielleicht nicht ganz genau eingezeichnet oder noch nicht aktuell nachgeführt ist, oder haftet der Ersteller und Betreiber der Leitung, weil sie noch nicht eingetragen ist?

Diese entscheidenden Fragen sind noch nicht geklärt. Es gibt auch weitere Fragen, die zu prüfen sind. Denn Kataster dieser Art vermitteln eine Scheingenaugigkeit, weil die Tiefe der Leitungen nicht immer eingetragen ist. Jeder, der baut, weiss: Das grösste Risiko ist eine Leitung in der Tiefe, deren Lage man nicht genau kennt.

Im Weiteren sind auch Fachkreise der Ansicht, dass Leitungskataster dieser Art eher ein Auslaufmodell seien, weil die Bestrebungen dahin gehen, Werkleitungen in neuen, informationsgestützten Systemen als eine spezielle Kategorie von Geodaten handhabbarer zu machen. Es ist deshalb fraglich, ob ein System, dessen Bestand nicht auf lange Zeit gesichert ist, noch schnell zum Gesetz gemacht werden soll.

Gesamthaft geht es also darum: Wenn wir einen Leitungskataster, ein Leitungsverzeichnis mit öffentlichem Glauben ausstatten, gefährdet das die Rechtssicherheit viel mehr, als es sie fördert. Ich meine, es bedarf weiterer Abklärungen, bevor wir dies zum Gesetz erheben. Der Vorschlag ist einfach noch nicht reif. Wenn die Fragen geklärt sind, bin ich gerne bereit zuzustimmen.

Auch der Nationalrat hat vor dem Hintergrund dieser Unsicherheit auf Vorschlag seiner Kommission einhellig beschlossen, die Sache zurückzustellen. Die materielle Diskussion soll für die nächste Änderung des Zivilgesetzbuches – und eine solche steht ja immer wieder an – aufgeschoben werden; das hat Kommissionssprecher Fluri dargelegt, und ich glaube, er hat Recht. Wir müssen dieses Problem klären und es darum zurückstellen. Ich bitte Sie deshalb, meinem Antrag zuzustimmen und die Änderung abzulehnen, sodass die Revision gegebenenfalls beim nächsten Mal auf geklärten Grundlagen erfolgen kann. Im Anschluss an die Waffengesetzgebung darf ich, Frau Bundesrätin Widmer-Schlumpf, sagen: Es besteht hier kein Grund zum schnellen Schuss.

Widmer-Schlumpf Eveline, Bundesrätin: Es ist so, dass die Frage des Leitungskatasters in der Vernehmlassungsvorlage noch nicht vorhanden war. Auf Antrag der Kommission für Rechtsfragen hat man dann aber bei den Kantonen eine Umfrage durchgeführt. Von den 21 Kantonen, die Stellung genommen haben, haben sich



immerhin 17 grundsätzlich zustimmend zu diesen Leitungskatastern geäußert. Es geht hier um eine Kann-Vorschrift, also nicht um eine zwingende Vorschrift. Die Kantone "können", sie "müssen" nicht; es besteht keine Verpflichtung, aber eine Möglichkeit.

Es ist so, dass solche Leitungskataster verschiedene Probleme lösen könnten, die wir heute im Bereich Grundbuch haben. Heute enthält das Grundbuch – wenn überhaupt – sehr oft nur lückenhafte Hinweise auf Durchleitungen; es enthält auch nur lückenhafte Hinweise auf Pläne und den Verlauf der Leitungen; diese fehlen zum Teil oder sind veraltet. Leitungskataster werden für Grundeigentümer, für Bauherren, für Unternehmen und Werkbetreiber viel kostengünstigere und auch viel genauere Informationen über bestehende Leitungen enthalten, als sie das Grundbuch heute hat.

Probleme und Kollisionen zwischen Leitungskataster- und Grundbuchangaben – diese Frage wurde jetzt gestellt – sind nicht zu befürchten. Es ist auch nicht ein Problem der Rechtssicherheit, weil im Grundbuch das Prinzip der Alterspriorität gilt; das ist bekannt. Das heisst, Konflikte zwischen einem neuen Leitungskataster und bestehenden Dienstbarkeitseinträgen im Grundbuch sind keine zu befürchten. Ein früher eingetragenes dingliches Recht geht einem später eingetragenen Recht vor. Leitungskataster können frühestens mit dem Inkrafttreten dieser ZGB-Teilrevision von den Kantonen anerkannt und danach auch mit den geschilderten Grundbuchwirkungen versehen werden. Das heisst, früher eingetragenen Rechten kommt rechtlich der Vorrang zu.

Im Übrigen besteht – wenn Sie heute die tatsächliche Situation anschauen – das Risiko eines Widerspruchs praktisch nicht, da Grundbucheinträge oftmals nicht oder nur ungenügend Auskünfte über solche Leitungsrechte enthalten. Zum einen gilt also die Alterspriorität, und zum andern ist es so, dass wir heute im Grundbuch nur teilweise oder mangelhafte Eintragungen haben, was Leitungen angeht.

Mit Bezug auf die Rechtssicherheit sehe ich hier keine Probleme.

AB 2009 S 934 / BO 2009 E 934

Abstimmung – Vote

Für den Antrag der Kommission ... 23 Stimmen

Für den Antrag Frick ... 14 Stimmen

Art. 712f Abs. 2–4

Antrag der Kommission

Festhalten

Art. 712f al. 2–4

Proposition de la commission

Maintenir

Janiak Claude (S, BL), für die Kommission: Die Kommission beantragt Ihnen einstimmig Festhalten. Es wird ein neuer Aufhebungsgrund für das Stockwerkeigentum vorgeschlagen. Auf Antrag jedes Stockwerkeigentümers soll es möglich sein, die Aufhebung zu beantragen, wenn ein Gebäude seit mehr als 50 Jahren in Stockwerkeigentum aufgeteilt ist und sich in schlechtem baulichem Zustand befindet. Der Nationalrat will diese Frist auf 30 Jahre senken, knüpft aber dann auch noch andere Voraussetzungen an den Aufhebungsgrund. Ihre Kommission beantragt Ihnen einstimmig Festhalten.

Widmer-Schlumpf Eveline, Bundesrätin: Auch ich möchte Sie bitten festzuhalten. Die Regelung, wie sie vom Bundesrat vorgeschlagen wird, ist im Vernehmlassungsverfahren grundsätzlich gutgeheissen worden. Für die Regelung gemäss Nationalrat – die Änderung des Aufhebungsgrundes und die Einführung eines Quorums – sehen wir keine zwingenden Gründe; wir sehen nicht, was an dieser Regelung von Vorteil sein könnte. Der Vorschlag des Bundesrates hingegen ist abgestützt und hat Zustimmung gefunden. Ich meine, dass man daran festhalten sollte.

Angenommen – Adopté

Art. 732 Abs. 1; 779a Abs. 1; 799 Abs. 2

Antrag der Mehrheit

Zustimmung zum Beschluss des Nationalrates





Antrag der Minderheit
(Bürgi, Freitag, Burkhalter)
Festhalten

Art. 732 al. 1; 779a al. 1; 799 al. 2
Proposition de la majorité
Adhérer à la décision du Conseil national

Proposition de la minorité
(Bürgi, Freitag, Burkhalter)
Maintenir

Janiak Claude (S, BL), für die Kommission: Das Thema öffentliche Beurkundung betrifft ja nicht nur diesen Artikel, sondern auch die Artikel 779a Absatz 1 und 799 Absatz 2. Ich schlage daher vor, dass wir sie gemeinsam behandeln. Es geht um die Formvorschriften zur Errichtung einer Grunddienstbarkeit zur Begründung eines Baurechtes und zur Errichtung eines Grundpfandes. Wir haben ja schon beim ersten Durchgang hier eine intensive Diskussion geführt.

Sie haben gesehen, dass der Nationalrat sich hier grundsätzlich für die öffentliche Beurkundung anstelle der einfachen Schriftlichkeit entschieden hat. Im Sachenrecht ist die öffentliche Beurkundung ein Prinzip, weil davon ausgegangen wird, dass bei Grundstücksgeschäften die qualifizierte Form der öffentlichen Beurkundung der Bedeutung des Geschäfts Rechnung trägt und zu mehr Rechtssicherheit beiträgt, weil die Urkundsperson die Parteien umfassend aufklären muss. Im Immobiliarsachenrecht ist die öffentliche Beurkundung bereits der Regelfall. Bei Artikel 779a, wo es um die Baurechte geht, wird nun um der Konsequenz willen vorgeschlagen – es geht eben auch hier um komplexe Geschäfte –, dass die öffentliche Beurkundung Platz greifen soll.

Bei Artikel 799 ist die Situation etwas anders. Nach geltendem Recht muss nur der zweiseitige Vertrag auf Errichtung eines Grundpfandrechtes öffentlich beurkundet werden. Eigentümerschuldbriefe können in Form der einfachen schriftlichen Erklärung ans Grundbuch ergehen. Es ist also eine Ungleichbehandlung. Aber grundsätzlich wird vorgeschlagen, dass man sich konsequenterweise überall für die öffentliche Beurkundung einsetzt. Es gibt auch viele Kreise, die mit diesen Geschäften zu tun haben, beispielsweise die Banken, die das eigentlich auch unterstützen.

Die Kommission hat nun mit 9 zu 3 Stimmen beschlossen – bei der ersten Behandlung waren die Meinungen in der Kommission geteilt –, dem Nationalrat zu folgen, und sich für die öffentliche Beurkundung entschieden.

Bürgi Hermann (V, TG): Es ist zweifellos richtig, wenn wir die Frage der zusätzlichen öffentlichen Beurkundung bei den Artikeln 732, 779a und 799 zusammenfassen. Es geht hier im Prinzip um dasselbe, nämlich um die Frage, ob für Sachverhalte, für die früher die einfache Schriftlichkeit ausreichend war, jetzt neu die öffentliche Beurkundung vorgesehen werden soll. Das ist hier die Frage.

Sie haben der Fahne entnehmen können, dass wir im Ständerat, entsprechend dem Entwurf des Bundesrates, die öffentliche Beurkundung in der ersten Runde nicht vorgesehen haben. Der Grund, weshalb wir uns für die Einreichung eines Minderheitsantrags entschlossen haben, ist einfach der: Wir sind der Meinung, dass diese Frage, nachdem wir diesbezüglich in der ersten Runde eine andere Haltung eingenommen hatten, hier im Plenum schon noch diskutiert werden sollte, damit wir hier entscheiden können. Es ist ja ein Beschluss des Nationalrates, dass die öffentliche Beurkundung vorgesehen werden soll.

Zur Sache: Man kann selbstverständlich in guten Treuen beide Meinungen vertreten. Die Befürworter der Ausdehnung der öffentlichen Beurkundung sagen insbesondere, es gehe hier um Geschäfte, bei denen im Interesse der Rechtssicherheit die öffentliche Beurkundung vorzusehen sei, denn es können Fehler passieren, es kann zu Ungenauigkeiten kommen usw. Das mag in Einzelfällen durchaus zutreffend sein; das bestreite ich nicht. Aber für mich ist etwas interessant: Das ZGB wurde 1907 erlassen; meines Wissens ist es seit 1912 in Kraft, also jetzt bald hundert Jahre. Wenn es tatsächlich in der Praxis ein derart schwerwiegendes Problem gewesen wäre, dass die öffentliche Beurkundung nicht vorgesehen war und dass man sich mit der einfachen Schriftlichkeit begnügte – hundert Jahre lang! –, wenn es also dringend nötig gewesen wäre, hier Abhilfe zu schaffen, dann hätte man das schon längst getan.

Ich denke, dass es sich hier um eine Bestimmung mit einer bewährten Praxis handelt, die man nicht ohne Not ändern sollte, einfach nur um des Prinzips willen, weil man sagt, die öffentliche Beurkundung sei das Prinzip im Sachenrecht; das bestreite ich nicht. Aber man hat mit der einfachen Schriftlichkeit gelebt, und ich bin deshalb der Meinung, man könne ohne Weiteres in diesem Sinne auch weiterhin damit leben.



Sehen Sie, ich bin ja hier in einer etwas seltsamen Situation. Wenn wir die öffentliche Beurkundung hier ausdehnen – nehmen Sie mir diese Aussage nicht übel –, dann hat das selbstverständlich auch gewisse Auswirkungen auf Kolleginnen und Kollegen in meinem Beruf, das möchte ich nicht bestreiten. Aber das deswegen abzulehnen, das ist nicht meine Meinung, ich will niemandem das Portefeuille schmälern. Wir im Kanton Thurgau können nicht öffentlich beurkunden, Philipp Stähelin und ich profitieren so oder so nicht davon. Aber auf das wollte ich hier einfach noch hinweisen.

Der langen Rede kurzer Sinn: Ich bin – mit einer erheblichen Minderheit im Nationalrat – der Meinung, wir sollten am bisherigen Rechtszustand nichts ändern, denn die vergangenen hundert Jahre haben in keiner Art und Weise den Tatbeweis erbracht, dass hier dringender Handlungsbedarf besteht. Selbstverständlich gibt es Rechtswissenschaftler – ich sage keine Namen, das ist viel zu heikel, hier bei Rechtswissenschaftlern Namen zu nennen, das habe ich im Laufe

AB 2009 S 935 / BO 2009 E 935

dieser Session gelernt –, die hier eine ganz andere Auffassung vertreten.

Aber ich bitte Sie in diesem Sinne, bei diesen drei Artikeln der Minderheit zuzustimmen, und halte jetzt schon fest: Sollte die Minderheit hier unterliegen, dann sind die übrigen Minderheitsanträge zurückgezogen.

Inderkum Hansheiri (CEg, UR): Ich bin Notar, Herr Kollege Bürgi, aber es ist nicht dieser Umstand, der mich dazu bewegt, Ihnen zu beantragen, der Mehrheit zuzustimmen. Ob Sie mir das glauben oder nicht, überlasse ich Ihnen.

Ich werde mich bei meinen Ausführungen vor allem auf Artikel 732 ZGB konzentrieren. Artikel 732 ZGB ist ja das Gefäss für Grunddienstbarkeiten, und dies bedeutet ein Zweifaches: Zum einen und vor allem kann der Inhalt bei Grunddienstbarkeiten ein beliebiger sein. Zu beachten sind lediglich die Schranken des allgemeinen Vertragsrechtes. Der Dienstbarkeitsvertrag darf nicht widerrechtlich sein. Er darf nicht unmöglich sein. Er darf nicht unsittlich sein usw. Und es müssen die Prinzipien des Dienstbarkeitsrechts beachtet werden; das heisst insbesondere, dass der belastete Grundeigentümer oder die belastete Grundeigentümerin im Grundsatz nicht zu einer Verpflichtung angehalten werden darf, sondern er oder sie muss etwas dulden, einen Eingriff in sein Eigentum, oder er oder sie darf bestimmte Eigentumsrechte nicht ausüben, muss mithin Eigentümerbefugnisse unterlassen.

Das zweite Merkmal der Grunddienstbarkeiten ist, dass aus der Dienstbarkeit belastet oder aus der Dienstbarkeit berechtigt nicht eine namentlich bestimmte Person ist, sondern der jeweilige Eigentümer oder die jeweilige Eigentümerin des betreffenden Grundstückes. Man wird mir zustimmen, wenn ich sage, dass Grunddienstbarkeiten in der Regel zeitlich nicht limitiert sind; sie überdauern die Vertragsparteien. Wenn Herr Kollege Bürgi gesagt hat, diese Bestimmung von Artikel 732, wonach eben die Form der einfachen Schriftlichkeit genügt, habe bisher offenbar nie zu Problemen geführt, dann muss ich natürlich entgegnen: In den Anfängen vielleicht nicht, aber in letzter Zeit hat sich das Problem verschärft, eben genau aus diesem Grunde, weil die Parteien, die den seinerzeitigen Dienstbarkeitsvertrag abgeschlossen haben, schon lange nicht mehr leben.

Aus den beiden genannten Merkmalen ergibt sich das Erfordernis, dass Dienstbarkeitsverträge sehr sorgfältig und sehr präzise abzufassen sind. Da aber gemäss der jetzigen Rechtslage die Form der einfachen Schriftlichkeit genügt, muss der Grundbuchverwalter oder die Grundbuchverwalterin Dienstbarkeitsverträge entgegennehmen und in das Grundbuch eintragen, wenn sie den minimalen Erfordernissen – Parteien und ein bestimmter Inhalt – genügen. Die Grundbuchverwalter müssen solche Verträge eintragen, obwohl solche Dienstbarkeitsverträge aus ihrer Sicht später zu Auslegungsschwierigkeiten führen und Gegenstand von Prozessverfahren sein können. Es ist eine Tatsache, dass gerade Dienstbarkeitsverträge häufig Gegenstand von Prozessverfahren sind – auch vor dem Bundesgericht.

Man kann also nicht sagen, Artikel 732 sei typischerweise auf kleine unproblematische Dienstbarkeiten zugeschnitten. Natürlich gibt es solche. So kann zum Beispiel ein Leitungsrecht, wenn es um eine kurze Distanz geht, eine einfache Dienstbarkeit sein. Aber da haben wir ja auch noch Artikel 676 mit dem Leitungskataster. Umgekehrt gibt es auch Dienstbarkeitsverträge, die öffentlich zu beurkunden sind, die von der Sache her einfach sein können. Ich möchte nochmals betonen, dass Artikel 732 kein typischer Anwendungsfall von sogenannten unproblematischen Dienstbarkeiten ist. Wir haben Artikel 731 ZGB, Herr Bürgi, und der verweist auch für das Dienstbarkeitsrecht auf die Prinzipien des Eigentumsrechtes und insbesondere auf die öffentliche Beurkundung. Wenn ich den Kommentar Liver richtig lese, ist Artikel 732 erst später durch die Expertenkommission eingeführt worden. Diese Ausführungen gelten selbstverständlich mutatis mutandis auch für die Baurechte usw.

Ich möchte Ihnen beantragen, der Mehrheit zuzustimmen.





Schweiger Rolf (RL, ZG): Sie wissen, dass ich vor der Wahl in den Ständerat im Wesentlichen Baurechtsanwalt war und deshalb mit diesen Fragen relativ viel zu tun hatte. Es ist meine feste Überzeugung, dass eine Notwendigkeit zur öffentlichen Beurkundung sämtlicher Grunddienstbarkeiten nicht gegeben ist. Auf der einen Seite reden wir hier von Millionen von Franken pro Jahr, die für das gesamte Immobilienwesen zusätzlich ausgegeben werden müssten. Auf der anderen Seite begegnen wir Komplikationen, die wir uns so in dieser Intensität nicht vorstellen. Es ist schon so, dass es kompliziertere Grunddienstbarkeiten gibt. Aber die Erfahrung lehrt, dass solche Dienstbarkeitsverträge in aller Regel eben auch von Fachleuten ausgefertigt werden, seien dies Notare, die nebenbei auch noch andere Verträge machen, seien dies Rechtsanwälte.

Das Problem sind aber diejenigen Dienstbarkeiten, die eine Unzahl von Parzellen betreffen. Ich gebe Ihnen zwei Beispiele:

1. Wenn eine Gemeinde ein Trottoir erstellt und sich mit den Landeigentümern darüber einigt, dass von jedem Grundstück beispielsweise ein fünfzig Zentimeter breiter Streifen zum Trottoir wird, wird dafür ein Massenvertrag gemacht. Allen Anstössern wird eine Zustimmungserklärung zugestellt. Wenn dies alles erledigt ist, kann die Eintragung ins Grundbuch erfolgen. Dazu muss man wissen, dass die Parzellen, die an ein Trottoir angrenzen, möglicherweise Erbgemeinschaften gehören usw.

2. Dieses Beispiel gilt vor allem für die Gesamtheit der Versorgungsunternehmen in der Schweiz. Versorgungsunternehmen haben Leitungen zu erstellen, seien dies oberirdische, seien dies unterirdische. Diese Leitungsbauten umfassen Schächte; für diese Leitungen sind Durchleitungsrechte und für die Schächte Baurechte zu erstellen. Auch hier ist es in der Praxis so, dass vom Versorgungsunternehmen der Entwurf eines Vertrages ausgearbeitet und allen Involvierten zugestellt wird. Die Involvierten können sich darauf verlassen, dass dies ein Vertrag ist, wie er andernorts schon hundertfach ausgefertigt wurde. Zudem gibt ja allein schon die Tatsache, dass eine Vielzahl von Leuten solche Verträge unterschreiben, Gewissheit darüber, dass der Vertragstext in Ordnung ist.

Müsste dies öffentlich beurkundet werden, gäbe dies eine Fülle von Formalitäten zu erledigen. Selbstverständlich kann man sagen, Vollmachten würden genügen. Vollmachten müssten aber wiederum, damit sie vom Grundbuchamt akzeptiert würden, beglaubigt werden usw. Selbstverständlich wäre es ein Idealfall, wenn man das alles öffentlich beurkunden würde. Aber das Streben nach Idealfällen und das Erreichen einer totalen Perfektion würde das ganze Immobilienwesen so komplex und so kompliziert machen, dass das letztlich eben gerade deshalb überflüssig wird und wir auf den Erfahrungen der Vergangenheit aufbauen können und uns sagen dürfen: So schlimm war die Situation nicht, im Gegenteil. Wir haben relativ speditiv gewisse Sachen erledigen können; eine Komplizierung der gesamten Verfahrensabläufe würde nicht nur finanzielle Beeinträchtigungen mit sich bringen, sondern auch Langwierigkeiten in den Verfahren, die heute schon komplex genug sind. Vereinfachungen sind ein Gebot der Stunde, Vereinfachungen dürfen auch in den Formvorschriften gemacht werden.

Deshalb beantrage ich Ihnen, der Minderheit zuzustimmen – obwohl Mitglied der Kommission für Rechtsfragen, bin ich nicht auf der Fahne aufgeführt; das erklärt sich mit dem Umstand, dass ich an dieser Sitzung nicht teilnehmen konnte.

Recordon Luc (G, VD): A vrai dire, je trouve aussi un peu mon chemin de Damas dans cette question. Je constate que, dans la réalité, en tout cas en ce qui concerne les servitudes, il est en effet clair – la pratique l'a montré, comme l'a dit Monsieur Bürgi – que depuis une centaine d'années, depuis que nous avons le système relativement souple qui est en place, on ne se heurte pas à quantité de problèmes. Et comme l'a également relevé Monsieur Schweiger, il y a toute une série de situations où il est vraiment oiseux de demander une formule notariale – car c'est à cela que revient en

AB 2009 S 936 / BO 2009 E 936

pratique un acte authentique. Lorsque nous avons affaire à des situations extrêmement techniques, qu'il s'agisse de câbles électriques, de conduites, on a souvent affaire à des géomètres qui sont rompus aux exigences de la pratique de l'inscription de ces objets sous forme de servitude. Il est vrai que cela reviendrait quand même à diablement compliquer l'affaire, toute réflexion faite, que d'exiger que ce type de servitudes soient authentiquement inscrites.

En commission, il aurait peut-être fallu, si nous avons vraiment bien appréhendé le problème, que nous tâchions de nuancer encore peut-être le type de servitudes qui peuvent être passées sous forme écrite et celles qui doivent l'être sous forme authentique. Toutefois, maintenant, il est évidemment trop tard pour faire ce travail et il faut choisir entre deux solutions générales, et c'est peut-être de toute manière mieux pour la clarté du droit. Je crois, après une longue pesée des intérêts, que je dois en effet me rallier à la formule la plus simple, encore



une fois parce que ma pratique personnelle d'avocat me montre qu'on n'a pratiquement jamais de conflits qui auraient pu être évités si on avait eu une forme authentique plutôt qu'une forme écrite. Les problèmes viennent plutôt d'ailleurs – un plan mal fait ou des choses de ce genre; ce sont franchement rarement des problèmes de nature juridique tenant au contrat de servitude qui se posent.

Je vous invite donc, après hésitation – j'en conviens –, à vous rallier à la minorité Bürgi.

Freitag Pankraz (RL, GL): Ich bin bekanntlich nicht Anwalt oder, anders ausgedrückt: Ich habe schon viel bekundet, aber noch nie etwas öffentlich beurkundet. Soviel zu meiner Person.

Die schriftliche Form für die Errichtung von Grunddienstbarkeiten, das habe ich heute gelernt, wird offenbar in der Praxis schon seit etwa hundert Jahren so gehandhabt und hat je nach Auslegung einigermassen funktioniert. Dass jetzt eine öffentliche Beurkundung in jedem Fall – in jedem Fall! – gefordert wird, das macht den Ablauf in vielen Fällen komplizierter, bringt zusätzlichen Aufwand und macht die Sache teurer. Das sind Dinge, die wir andernorts beklagen und über die wir jammern. Eine Sache komplizieren sollten wir nur, wenn es unbedingt nötig ist. Ich bin zum Schluss gekommen, dass es hier nicht in allen Fällen nötig ist.

Darum bin ich bei der Minderheit und beantrage Ihnen, auch der Minderheit zu folgen.

Graber Konrad (CEg, LU): Nach dieser Debatte vor allem unter den Mitgliedern der Kommission für Rechtsfragen möchte ich mich noch als Nichtmitglied dieser Kommission melden, weil ich mir zur Sache vor allem Gedanken praktischer Art gemacht und auch die Botschaft nochmals studiert habe.

Der Bundesrat hat ja in der ursprünglichen Fassung vorgesehen, dass Dienstbarkeiten, die im Rechtsgrundausweis nicht genügend bestimmbar umschrieben sind, durch den Auszug eines Plans für das Grundbuch zeichnerisch darzustellen sind; das ist eine Ergänzung in Absatz 2. Tatsächlich gibt es ja in Tagesgeschäften einzelne Grunddienstbarkeitsbeiträge, die zu wenig genau festgehalten sind. Hier schafft aus meiner Sicht Artikel 732 Absatz 2 die erforderliche Klarheit. Mit der nun vom Nationalrat vorgesehenen Pflicht zur öffentlichen Beurkundung wird aus meiner Sicht aber das Fuder überladen. Dies ergibt vor allem Mehrkosten in einem Umfang von mehreren 100 Franken pro Dienstbarkeit gegenüber der bisherigen Art und Weise einer Grunddienstbarkeitsbegründung, und ich stelle fest: Mehrkosten ohne eigentlichen Mehrwert.

Praktische Probleme können sich aber vor allem bei Leitungsverlegungen in den Bereichen Elektrizität, Wasser, Gas, Kabelfernsehen usw. ergeben. Oft verläuft eine Leitung – das ist jetzt die Sicht aus der Praxis – über mehrere Grundstücke. Damit sind mehrere Grundeigentümer tangiert. In Siedlungsgebieten sind oftmals auch Grundstücke mit Miteigentum betroffen, weshalb die Verträge mit sämtlichen Miteigentümern abgeschlossen werden müssen. Nicht unüblich sind dabei zwanzig, vierzig, sechzig involvierte Parteien. Falls derartige Verträge eine öffentliche Beurkundung erfordern, wird dieser Prozess massgeblich erschwert. Dies gilt insbesondere auch dann, wenn Grundeigentümer im Ausland wohnhaft sind oder, wie es erwähnt wurde, wenn es sich um Erbgemeinschaften handelt.

Ein Versorgungsunternehmen, zum Beispiel ein Elektrizitätswerk, baut ein relativ komplexes Leitungssystem und muss zu diesem Zweck Durchleitungsrechte eintragen. In der Praxis läuft dies heute so ab, dass Standardverträge, inklusive Planbeilagen, ausgefertigt und diese den Grundeigentümern zur Unterzeichnung zugestellt werden. Die unterzeichneten Verträge werden dann, allenfalls im Zirkulationsverfahren, dem Grundbuch zur Eintragung der Dienstbarkeit zugestellt. Neu ist nach Absatz 2 auch vorgesehen, dass Planbeilagen dazugelegt werden können. Dieses ganze Verfahren ist bestens eingespielt.

Wenn sich nun für ein derartiges Geschäft alle Betroffenen – zwanzig, vierzig, sechzig Parteien – bei einem Notar zur öffentlichen Beurkundung einfinden müssen, führt dies zu einer erheblich erschwerten Abwicklung bzw. wird diese in der Praxis so gut wie verunmöglicht. Es kommt dazu, dass das Eintragen einer Dienstbarkeit im Grundbuch einer Kontrolle durch den Grundbuchverwalter unterzogen wird. Dieser wird eine nichtkonforme Dienstbarkeit nicht eintragen und zur klaren Definition zurückweisen. Damit ist aus meiner Sicht genügend für die Sicherheit getan, um auch die Rechtssicherheit zu gewährleisten.

Zusammenfassend: Die Fassung des Nationalrates bzw. der Antrag der Mehrheit der Kommission führt zu einem sehr grossen Aufwand für ein alltägliches Geschäft, welches bis heute unkompliziert und ohne nennenswerte Probleme abgewickelt werden konnte.

Ich bitte Sie deshalb, der Minderheit zuzustimmen und damit auch die ursprüngliche Fassung des Bundesrates zu übernehmen.

Hess Hans (RL, OW): Ich äussere mich nur zur Frage der Kosten und lege meine Interessen offen: Ich bin Notar und verrichte als Notar meine Arbeit für 120 Franken pro Stunde. Wenn ich als Anwalt bei einer Dienstbarkeit beratend tätig bin, kann ich 200 Franken in Rechnung stellen. Es ist also nicht so, dass es wesentlich mehr kostet, wenn der Notar die Arbeit verrichtet – im Gegenteil, er kostet wesentlich weniger.



Die Überlegungen von Kollege Inderkum teile ich voll, wonach auch Dienstbarkeitsgeschäfte anspruchsvolle Geschäfte sind.

Ich bitte Sie deshalb, den Antrag der Kommissionsmehrheit zu unterstützen.

Widmer-Schlumpf Eveline, Bundesrätin: Ich möchte Sie bitten, der Mehrheit Ihrer Kommission für Rechtsfragen und damit auch dem Nationalrat zuzustimmen und somit vom bundesrätlichen Entwurf abzuweichen. Wir hatten bei der Dienstbarkeit – hier geht es ja nur um Artikel 732 Absatz 1 – noch den Vorschlag gemacht, beim heutigen Recht, also bei der einfachen Schriftlichkeit zu bleiben. Sie sehen aber beim Grundpfandrecht und beim Baurecht, dass auch der Bundesrat der Auffassung ist, dass es sich rechtfertigt, im Immobiliarsachenrecht ganz grundsätzlich zur öffentlichen Beurkundung überzugehen.

Das Leben hat sich seit 1912 schon etwas verändert. Es ist komplizierter geworden – nicht nur ganz allgemein, sondern auch im Bereich des Immobiliarsachenrechts, im Grundbuchrecht, bei den Baurechten und bei den Grundpfandrechten. Es scheint uns deshalb richtig zu sein, dem auch Rechnung zu tragen. Die qualifizierte Form der öffentlichen Beurkundung trägt zur Rechtssicherheit bei. Es wurde gesagt, dass das alles sehr stark verkompliziert. Man kann sich aber bekanntlich auch Vollmachten ausstellen lassen und das Verfahren damit stark vereinfachen. Insofern scheint uns eine gewisse Verkomplizierung zugunsten der Rechtssicherheit gerechtfertigt.

Die Frage ist ja nicht, ob es mit der einfachen schriftlichen Form, die wir bisher hatten, zu riesigen Problemen

AB 2009 S 937 / BO 2009 E 937

gekommen ist. Es ist schlicht eine Tatsache, dass es bei Rechtsstreitigkeiten, wo es an gewissen Bestandteilen des Vertrags gemangelt hat, zunehmend Schwierigkeiten gab. Es kam dann im Zusammenhang mit Rechtsverfahren zu hohen Gerichts- und Anwaltskosten. Das kann man alles vermeiden, wenn man bereits am Anfang eine ordentliche öffentliche Beurkundung macht.

Ich teile die Auffassung von Herrn Ständerat Hess: Wenn Sie einen Anwalt beiziehen, der nicht Notar ist, dann wird das nicht zwingend günstiger, im Gegenteil – bei den Tarifen, die die Notare haben, kann es durchaus auch anders sein. Aber letztlich ist ja nicht das die Frage, sondern das, was im Endeffekt richtig ist. Ich bin der Auffassung, es sei aus Gründen der Rechtssicherheit richtig, im Immobiliarsachenrecht die öffentliche Beurkundung ganz grundsätzlich als Regelfall vorzusehen. Es geht hier im Allgemeinen nicht um einfache Geschäfte, sondern es geht um ganz komplexe Rechtsgeschäfte. Es zeigt sich eben erst, wenn Sie eine Rechtsstreitigkeit haben, wie schwierig es ist, das Ganze dann wieder auseinanderzunehmen.

Ich möchte Sie bitten, bei all diesen Punkten – hier bei der qualifizierten Form für Grunddienstbarkeiten, dann aber auch beim Grundpfandrecht und bei den Baurechten – die öffentliche Beurkundung vorzusehen.

Abstimmung – Vote

Für den Antrag der Mehrheit ... 22 Stimmen

Für den Antrag der Minderheit ... 14 Stimmen

Art. 818 Abs. 1

Antrag der Kommission

Zustimmung zum Beschluss des Nationalrates

Antrag Schweiger

Festhalten

Art. 818 al. 1

Proposition de la commission

Adhérer à la décision du Conseil national

Proposition Schweiger

Maintenir

Janiak Claude (S, BL), für die Kommission: Zu all diesen Themen, die wir heute diskutieren, haben wir die Diskussion schon in der ersten Runde geführt; die Argumente sind schon damals alle genannt worden. Wir sind ja jetzt bei der Differenzbereinigung. In der Kommission haben wir uns natürlich auch immer überlegt, wo wir uns dem Nationalrat anschliessen können oder wollen, um die Differenzen zu bereinigen.



Zu diesem Punkt, zu Artikel 818 Absatz 1 Ziffer 3, ist der Antrag, den jetzt Herr Schweiger hier stellt, in der Kommission von Herrn Freitag gestellt worden. Wir haben darüber abgestimmt, und die Kommission hat mit 7 zu 4 Stimmen beschlossen, hier nun Zustimmung zum Beschluss des Nationalrates – gemäss Bundesrat – zu beantragen.

Es geht darum, dass der Bundesrat will, dass die bestehende bundesgerichtliche Rechtsprechung korrigiert und das Zinspfandrecht auf drei Jahreszinse limitiert werde. Ich habe dann natürlich geschaut, wie die Debatte im Nationalrat gelaufen ist. Der Nationalrat hat im Plenum nicht hierüber diskutiert, sondern hat dem Antrag seiner Kommission zugestimmt. Die nationalrätliche Kommission hat gesagt, dass der Wert von drei Jahreszinsen vom Betrag her dadurch gegeben sei, dass einem Schuldbrief auch ein konkretes Kreditverhältnis unterliegen solle; es sollten nur Zinsen abgesichert werden, die eben auch von diesem konkreten Geschäft stammten. Wenn eine Bank eine höhere Sicherheit wolle, solle sie sich einen höheren Schuldbrief errichten lassen, wurde ausgeführt. Man hat auch gefunden, dass es eigentlich missbräuchlich sei, diese zusätzliche Sicherheit von pauschal drei Jahreszinsen als erhöhte Sicherheit für irgendwelche Forderungen zu betrachten. Wir haben also diese Diskussion in der ersten Runde hier geführt; wir haben sie in der Kommission bereits geführt. Der Antrag Schweiger war also auch ein Thema in der Kommission und wurde dort abgelehnt. Wir beantragen Ihnen nun deshalb, hier dem Beschluss des Nationalrates zuzustimmen.

Schweiger Rolf (RL, ZG): Ich möchte mich zuerst dafür entschuldigen, dass ich einen Einzelantrag gestellt habe; das erklärt sich wieder mit dem Umstand, dass ich an der fraglichen Sitzung der Kommission für Rechtsfragen nicht teilnehmen konnte.

Es trifft zu, dass ich den Antrag schon früher gestellt habe, aber es ist doch festzustellen, dass der Ständerat in der ersten Lesung der Version unserer Kommission zugestimmt hat, und ich glaube, dass es sich rechtfertigt, wenn der Ständerat an seinen Beschlüssen festhält. Es ist extrem kompliziert, in einem Plenum zu begründen, worum es eigentlich geht. Ich kann nur versuchen, es an einigen wenigen Beispielen zu erklären.

Dass der Schuldbrief mit der Schuldsumme nicht übereinstimmen muss und in der Regel nicht übereinstimmt, ist Ihnen allen bekannt. Wenn Sie ein Haus bauen und Sie errichten eine Hypothek, wird es im Verlaufe der Zeit abbezahlt; also ist es völlig klar, dass dort keine Identität zwischen Schuldsumme und Hypothekarsumme besteht. Das ist heute die Regel. Es gibt aber noch vieles andere, was heute die Regel ist, beispielsweise, dass eine Fülle von verschiedenen Schuldbriefen für eine Schuld haftet. Insbesondere auch in gewerblichen Bereichen ist es so, dass man beispielsweise zur Absicherung einer betrieblichen Schuld Hypotheken hinterlegt, und zwar Hypotheken von verschiedenen Instituten, Hypotheken unterschiedlicher Grössenordnung, Hypotheken mit verschiedenen Zinssätzen usw. Sie ersehen aus diesem Beispiel, dass es, wenn ein Schuldverhältnis und gleichzeitig verschiedene Hypotheken bestehen, völlig unmöglich ist, genau zu sagen, aus welchem Schuldbrief nun welche Zinsen entstanden sind, weil es nur eine Schuld gibt, gleichzeitig aber viele Schuldbriefe.

Das Bundesgericht hat sich mit dieser Problematik eingehend befasst. Es hat eine Lösung gefunden, die nun mit dem übereinstimmt, was ich Ihnen im Wortlaut vorschlage. Sie müssen einfach zur Kenntnis nehmen, dass die ursprüngliche Idee der Hypothek im Folgenden bestand: Für eine bestimmte Schuld gibt es eine bestimmte Hypothek. Es lässt sich immer sagen, dass die Hypothek genau für den und den Betrag geschuldet wird – zu den entsprechenden Zinsen, immer gemäss einem Maximalzinsfuss, der auch nicht mit dem übereinstimmt, was abgemacht worden ist.

Die Lösung, die ich vorschlage, besteht nun darin, dass wir am früheren Beschluss unseres Rates, den der Nationalrat dann abgelehnt hat, festhalten und auf dem aufbauen, was wir getan haben. Sie erreichen damit etwas, das den modernen Gegebenheiten des Immobilienwesens entspricht. Sie müssen keine Angst haben, dass ein Schuldner für mehr belangt werden kann, als er wirklich schuldet. Die Einrede, dass etwas nicht geschuldet ist, kann jederzeit erhoben werden. Es geht um die Pfandsicherung und die Zuweisung zu einzelnen Schuldverhältnissen.

Dazu vielleicht auch ein kleines Beispiel: Nehmen Sie an, Sie hätten ein Haus mit 200 000 Franken belehnt, aufgeteilt in zwei Hypotheken zu je 100 000; die eine hat einen Maximalzinsfuss von 12 Prozent, die andere von 8 Prozent. Jetzt meldet sich der betreffende Hauseigentümer und sagt, er hätte gerne einen Überbrückungskredit, den er auch mit diesen zwei Schuldbriefen absichern möchte. Das kann er heute machen, weil die Bank sich sagt: Ich habe ja über die eigentliche Schuld hinaus eine Deckungssumme im Umfang von zwei Jahreszinsen, also kann ich in der Bandbreite dieser zwei Jahreszinsen einen Überbrückungskredit gewähren, ohne zusätzliche Hypotheken zu machen. Das ist also auch in einfachen Verhältnissen ein vernünftiges Element.

Darum beantrage ich Ihnen, dass Sie im Interesse der wirklichen heutigen Praxis der Kreditvergaben diese moderne



AB 2009 S 938 / BO 2009 E 938

Sichtweise, die auch vom Bundesgericht geteilt wurde, übernehmen und zur Grundlage des Gesetzes machen. Wenn Sie das nicht tun, würden wir an einer veralteten Vorstellung festhalten. Dies hätte zur Konsequenz, dass eigentlich permanent Schuldbriefe abgeändert, korrigiert, angepasst werden müssten und weiss nicht was mit ihnen gemacht werden müsste. Es ist wichtig zu wissen, welche maximale Deckung für ein ganzes Paket von Schuldbriefen möglich ist; man muss Klarheit darüber haben, in welchem Umfang eine Haftungssumme besteht. Aber für den einzelnen Schuldner bedeutet dies, dass er nie, aber auch wirklich nie für etwas belangt werden kann, was er nicht schuldet, auch dann, wenn die Gesamthaftungssumme eine grössere ist. Darum bitte ich Sie, meinem Antrag zuzustimmen.

Widmer-Schlumpf Eveline, Bundesrätin: Ich möchte Sie bitten, dem Antrag Ihrer Kommission für Rechtsfragen und damit dem Beschluss des Nationalrates bzw. dem Entwurf des Bundesrates zuzustimmen. In der Praxis wird heute oft vereinbart, dass ein Schuldbrief beliebige Forderungen bis zum Gesamtbetrag des Schuldbriefkapitals und der Zinsen sicherstellen soll, selbst wenn in Wirklichkeit gar keine Zinsschuld mehr besteht. Im Umfang des rein rechnerischen Zinsbetrages haftet dann das Grundpfand für eine um diesen Betrag erhöhte Kapitalsumme.

Mit der vorgeschlagenen Präzisierung soll inskünftig die zweckwidrige Verwendung des sogenannten Zinsenpfandrechts zur Sicherung von anderen Forderungen als Zinsforderungen ausgeschlossen werden. Es sollen nur noch effektiv geschuldete Zinsen pfandgesichert sein. Die Bankkreise haben sich gegen diese neue Formulierung natürlich gewehrt und sich dabei auch auf die bundesgerichtliche Praxis berufen. Wir sind aber der Auffassung, dass eine der Zielsetzungen der Revision des Grundbuchrechts darin besteht, dass das heute allgemein als korrekt und verlässlich, ja als vorbildlich anerkannte schweizerische Grundbuch in seiner Funktion weiter gestärkt werden soll.

Das Argument, die heutige bundesgerichtliche Praxis ermögliche den Banken mehr Flexibilität und komme damit auch den Kundinnen und Kunden zugute, klingt vielleicht attraktiv, man verkennt dabei aber die tatsächliche Funktion der Grundbucheinträge. Grundbucheinträge dienen nun einmal nicht primär dazu, Bankengeschäfte zu fördern; sie sind vielmehr dazu da, Dritten wahre und klare Auskünfte über Rechte und Lasten an Grundstücken zu erteilen.

Das im Grundbuch ausgewiesene Zinsenpfandrecht soll deshalb nur für tatsächlich entstandene Zinsen herangezogen werden können und nicht zur Deckung irgendwelcher Kapitalforderungen.

Sonst stimmt dann nämlich die Auskunft, die das Grundbuch erteilt, nicht mehr mit der Realität überein, und das beeinträchtigt die Verlässlichkeit des Grundbuches als Institut empfindlich.

Ich möchte Sie daher bitten, beim Antrag Ihrer Kommission für Rechtsfragen zu bleiben.

Abstimmung – Vote

Für den Antrag der Kommission ... 21 Stimmen

Für den Antrag Schweiger ... 12 Stimmen

Art. 837 Abs. 0

Antrag der Kommission

Streichen

Antrag Jenny

Der Anspruch auf Errichtung eines gesetzlichen Grundpfandrechtes zugunsten von Subunternehmern setzt voraus, dass der Grundeigentümer dem Vertragsabschluss zwischen dem Unternehmer und dem Subunternehmer schriftlich zugestimmt hat.

Art. 837 al. 0

Proposition de la commission

Biffer

Proposition Jenny

Un sous-traitant ne peut requérir l'inscription d'une hypothèque légale que si le propriétaire foncier a donné, par écrit, son accord à la conclusion du contrat entre l'entrepreneur et le sous-traitant.





Janiak Claude (S, BL), für die Kommission: Auch dieses Thema war ja bereits beim ersten Durchlauf in unserem Rat Gegenstand einer intensiven Diskussion. Es geht zuerst einmal um die Frage, ob der Subunternehmer weiterhin die Möglichkeit auf das Bauhandwerker-Pfandrecht haben soll oder nicht. Das haben wir grundsätzlich so entschieden. Auch der Nationalrat hat sich klar dafür ausgesprochen, dass es grundsätzlich auch dem Subunternehmer zur Verfügung stehen soll. Die Lösung, die Herr Nationalrat Müller im Rat eingebracht hat – davon haben wir uns in der Kommission überzeugen lassen –, weist terminologische Fehler auf und ist nicht praktikabel.

Es gibt bei diesem Thema grundsätzlich zwei Auffassungen: Die Bauwirtschaft will das Recht des Subunternehmers auf das Bauhandwerker-Pfandrecht wie bisher uneingeschränkt behalten, auf der anderen Seite will der Hauseigentümergeverband eher eine Lösung gemäss der verunglückten Formulierung des Nationalrats. Es geht um diese Interessen. Wir haben das Thema hauptsächlich unter dem Aspekt einer Doppelzahlung diskutiert, also im Hinblick auf den Fall, dass ein Bauherr bei einem Konkurs allenfalls in die Situation kommen kann, dass er zweimal zahlen muss. Aber wir sind in der Kommission schliesslich zur Überzeugung gekommen, dass es genügend einfache Möglichkeiten gibt, um einer solchen Situation vorzubeugen.

Wir hatten in der Kommission einen Antrag von Kollege Freitag. Wir haben diesen Antrag in der Kommission mit 10 zu 1 Stimmen abgelehnt und beantragen Ihnen, dass wir uns hier dem Bundesrat anschliessen.

Herr Jenny hat, wenn ich das richtig verstehe, eigentlich den Antrag von Herrn Freitag in einer etwas anderen Formulierung übernommen. Wir haben in der Kommission natürlich nicht über diesen Einzelantrag diskutiert, aber weil er weitgehend dem genannten Antrag entspricht, kann ich einfach noch einmal wiederholen, dass wir diesen Antrag dort mit 10 zu 1 Stimmen abgelehnt haben und an unserer Fassung festhalten wollen.

Jenny This (V, GL): Ich möchte Sie bitten, folgender Änderung zuzustimmen: "Der Anspruch auf Errichtung eines gesetzlichen Grundpfandrechts zugunsten von Subunternehmern setzt voraus, dass der Grundeigentümer dem Vertragsabschluss zwischen dem Unternehmer und dem Subunternehmer schriftlich zugestimmt hat." Nach geltendem Recht können auch Subunternehmer, die mit dem Grundeigentümer in keiner vertraglichen Beziehung stehen, ihre Forderungen durch Errichten eines gesetzlichen Grundpfandrechts absichern. Die Regel kann dazu führen, dass Sie als Bauherr dazu gezwungen werden, eine Arbeit gleich zweimal zu bezahlen. Da, Kollege Janiak, kann man sich nicht mit einfachen Regelungen absichern, das kann man nicht mit einfachen Regelungen eliminieren.

Also: Sie geben mir als Bauunternehmer einen Auftrag für die Errichtung Ihres Einfamilienhauses im Umfang von 360 000 Franken. Ich mache das, wie es leider heute üblich ist: Man führt diese Arbeiten nicht mehr selber aus, sondern gibt sie an Subunternehmen weiter. Ich beauftrage einen Eisenleger, einen Schaler, einen Akkordmaurer, ich beauftrage eine ganze Gruppe mit den Hauptarbeiten an diesem Einfamilienhaus. Der Betrag für diese Subunternehmer macht rund 180 000 Franken der 360 000 Franken aus. Angenommen, ich gerate dann, aus welchen Gründen auch immer, in Schwierigkeiten, in eine finanzielle Schieflage und bin nicht fähig, diese Subunternehmer zu bezahlen; also bei rund der Hälfte der Arbeiten bin ich als Bauunternehmer nicht in der Lage, diese zu bezahlen – was machen dann diese Subunternehmer? Sie lassen das Bauhandwerker-Pfandrecht eintragen. Wenn ich selber als Bauunternehmer wirklich nicht in der Lage bin, diese Schuld zu begleichen, sind Sie als

AB 2009 S 939 / BO 2009 E 939

Bauherr gezwungen, diese Arbeiten ein zweites Mal zu bezahlen. Kollege Hess, dann reichen 120 Franken pro Stunde nicht mehr, dann werden Sie zum Kommunisten! Das passiert ja oft – Leute sind gezwungen, diese Arbeiten zweimal zu bezahlen.

Ich verstehe eigentlich diese Diskussion nicht. Wen wollen Sie denn schützen: Unternehmen, die ihren vertraglichen Verpflichtungen nicht nachkommen, oder die Bauherren, die ordnungsgemäss alles bezahlt haben, was sie bestellt haben? Und sie wissen von ihrem Glück gar nicht. Mit der bestehenden Regelung kann jeder Unternehmer, unabhängig von Ihrer Zustimmung als Bauherr, Subunternehmer beauftragen – so viele er will, wen auch immer er will. Das ist doch nicht in Ordnung.

Die nationalrätliche Lesung ist besser als das geltende Recht, aber sie wird zu Streitigkeiten führen, weil dort nicht klar ist, ob es nun der Grundeigentümer oder der Bauherr ist. Das muss nicht unbedingt dasselbe sein. Darum beantrage ich explizit, es müsse der Grundeigentümer sein. Das ist die wahre Lösung. Und es ist daher entscheidend, den Beizug eines Subunternehmers von der Zustimmung des Grundeigentümers und nicht alternativ von der des Bauherrn abhängig zu machen. Dadurch wird gewährleistet, dass der Grundeigentümer um den Beizug des Subunternehmers weiss. Das wird dazu führen – und das finde ich gut –, dass Lieferanten und Subunternehmen nicht mehr für jede Harakiri-Unternehmung Arbeiten ausführen. Der Betonlieferant oder



der Akkordmaurer wird sich vergewissern: Ist dieser Bauunternehmer überhaupt in der Lage, die Arbeiten zu bezahlen? Das ist entscheidend. Dann wird er sehr schnell sagen: Nein, ich liefere diesem Unternehmen nichts mehr. Der Bauherr ist in der Lage, sehr früh zu beurteilen, ob etwas mit dem Baufortschritt nicht stimmt.

Es gibt auch keine grossen administrativen Umtriebe. Bei General- und Totalunternehmen, die heute sehr oft damit beauftragt sind, ist ja sowieso der Bauherr respektive der Grundeigentümer Mitunterzeichner des Vertrages. Aber es kann doch nicht sein, dass ich jemanden damit beauftrage und Sie als Bauherr dann faktisch gezwungen sind, für meine Unzulänglichkeiten geradezustehen. Ich würde es begrüessen, wenn Bauunternehmen nicht bis zum bitteren Ende mit Materialien beliefert würden, obwohl sie schon lange zahlungsunfähig sind; dies geschieht ja sowieso nun mit der Absicherung, dass sie das dann letztlich in das Bauhandwerker-Pfandrecht eintragen können. Wenn ich keine Mittel mehr habe, bekomme ich noch Material, weil der Lieferant letztlich die Möglichkeit hat, das Bauhandwerker-Pfandrecht einzurichten. Er hat eine zusätzliche Absicherung. Ja, wenn Sie ein Möbelstück bestellen oder eine Küche, geht derjenige, der Ihnen liefert, das Risiko ein, dass er nachher das Geld nicht erhält. Im anderen Fall, bei uns, hat er immer noch die Möglichkeit, auf den Bauherrn zurückzugreifen. Und das ist schlichtweg nicht zu sanktionieren.

Ich möchte Sie deshalb bitten, dem modifizierten Antrag zuzustimmen. Es gibt nichts, gar nichts, was hier nicht gut sein soll. Und ich weiss auch nicht, wieso die Bauunternehmen sich so vehement dagegen wehren – ich gehöre auch zu dieser Gilde. Es sind ja wirklich nur diejenigen davon betroffen, die ihren Verpflichtungen nicht nachkommen. Wir schützen letztlich die Bauherren und nicht diejenigen Bauunternehmen, die ihren Verpflichtungen nicht nachkommen.

Bürgi Hermann (V, TG): Die Diskussion über die Frage "Sollen Subunternehmer ein Bauhandwerker-Pfandrecht haben?" haben wir bereits bei der ersten Lesung intensiv geführt. Sie haben sich nach eingehender Debatte im Grundsatz dafür ausgesprochen, dass sich daran nichts ändert. (*Zwischenruf Jenny: Mit einer Stimme Unterschied!*) Im Nationalrat wurde die Lösung von Herrn Müller beantragt; im Nationalrat hat man aber klar darauf hingewiesen, dass das wahrscheinlich nicht der Weisheit letzter Schluss sei. Das hat Kollege Janiak ja auch dargelegt.

Was nun den Antrag Jenny anbelangt: In der Tat, Herr Jenny, kann man natürlich in dieser Frage unterschiedlicher Auffassung sein. Sie haben jetzt die Situation des Bauherrn etwas einseitig geschildert. Sie haben zu Recht darauf hingewiesen: Es ist ein Anliegen des Hauseigentümergeverbandes, das nun durch den Baumeister hier eingebracht worden ist, währenddem die Interessenten der Bauwirtschaft vehement das Gegenteil vertreten. Das ist ja hochinteressant. Ich gehöre weder zur einen noch zur anderen Sorte, sondern ich betrachte jetzt einfach diese Lösung. Ich muss Ihnen sagen, Herr Jenny, warum ich den Antrag ablehnen werde. Ich werde ihn deshalb ablehnen, weil ich der Auffassung bin, dass er nicht praxistauglich ist. Das ist meine Meinung. Man kann in guten Treuen verschiedener Meinung sein, aber als Anwalt sage ich Ihnen: Das wird nicht praxistauglich sein.

Ich könnte Ihnen verschiedene Beispiele bringen. Sie haben ein treffendes Beispiel gebracht, Herr Jenny. Nehmen wir den Bau eines bescheidenen Einfamilienhauses, der mit Teilaufträgen an verschiedene Subunternehmer vergeben wird. Herr Jenny, Sie müssen sich jetzt einmal praktisch vorstellen: Wenn im Laufe der Bauarbeiten beispielsweise von einem Kieslieferanten zum anderen gewechselt werden muss – ich schildere jetzt einfach ein Beispiel; Sie wissen das besser als ich, aber der geschilderte Fall ist möglich –, dann muss, damit diese Lösung wirklich zum Tragen kommt, ein vorsichtiger Unternehmer einen Stopp machen, bis ihm die schriftliche Zustimmung vorliegt. Man sagt mir, das sei nicht praxistauglich.

Ein zweites Beispiel: Nehmen Sie an, dass bei einem Mehrfamilienhaus, das sich im Stockwerkeigentum befindet, die Fassaden gemacht werden müssen. Bei derartigen Fragen müssten Sie als Subunternehmer von allen Stockwerkeigentümern die Zustimmung haben, wenn Sie sicher sein wollen.

Das, Herr Jenny, sind meine Überlegungen. Ich verneine die Problematik, die entstehen kann, nicht; ich verneine sie überhaupt nicht. Aber wir müssen eine Interessenabwägung vornehmen. Bei mir, muss ich Ihnen sagen, führt die Interessenabwägung dahin, dass wir im Gesetz nicht Lösungen festlegen sollten, die in der Praxis zu Problemen führen.

Deshalb möchte ich Sie bitten, sich hier der Kommission anzuschliessen. Das sind meine Überlegungen, nichts anderes.

Freitag Pankraz (RL, GL): Ich erlaube mir hier, mich in der gleichen Richtung zu äussern wie schon in der Kommission. Sie haben es gehört: Angesichts der damaligen Stimmenverhältnisse habe ich dann auf einen Minderheitsantrag verzichtet.

Ich finde es stossend, wenn Bauherren ohne Verschulden für eine Arbeit zweimal bezahlen müssen – einmal



einem Unternehmer und dann noch einmal einem Subunternehmer, von dem sie allenfalls gar nichts gewusst haben. Bauherren – und das berücksichtige ich bei meiner Argumentation – sind oft Amateure in dem Sinne, dass sie beispielsweise einmal im Leben ein Einfamilienhaus bauen; ich nehme das Beispiel auf. Vertreter des Baugewerbes sind aber – hoffentlich – Profis, die täglich in diesem Umfeld arbeiten und die entsprechenden Regeln kennen und kennen müssen. Es geht um eine faire Balance zwischen den Interessen der Bauherren, nicht zweimal bezahlen zu müssen, und jenen der ausführenden Unternehmen, zu ihrem Geld zu kommen. Nachdem Kollege Jenny, der selbst Bauunternehmer ist, versichert, die vorgeschlagene Lösung sei ohne grossen administrativen Aufwand praktisch umsetzbar, scheint mir mit seinem Antrag die Balance der Interessen gegeben, die ich anstrebe. Speziell ist ja in dieser Diskussion, dass der Bauunternehmer eigentlich für die Seite des Bauherrn plädiert und der Anwalt für jene der Bauunternehmer. Ich unterstütze also den Antrag Jenny und bitte Sie, das auch zu tun.

Recordon Luc (G, VD): L'enjeu de ce débat est, au fond, de savoir jusqu'à quel point nous admettons que le propriétaire foncier puisse payer deux fois. En tout cas, celui qui paie deux fois, c'est notre conseil puisqu'il s'offre deux fois, pratiquement, le même débat, me semble-t-il, avec des arguments pas extrêmement différents!

AB 2009 S 940 / BO 2009 E 940

Je n'ai qu'une remarque à faire: le nouveau système qui nous est proposé, cela a été fort bien dit par Monsieur Bürgi, c'est ce qu'on appelle aujourd'hui en bon français une usine à gaz. Je me souviens que, lorsque je suis entré aux Chambres fédérales, le premier discours que j'ai entendu fustigeait de long en large le risque de bureaucratie. Eh bien là, c'est un parfait exemple de bureaucratie que nous voulons – à mon avis sans grand résultat utile – imposer aux entreprises de ce pays.

Je vous propose donc de rejeter la proposition Jenny, qui reprend la proposition Müller Philipp faite en son temps au Conseil national.

Germann Hannes (V, SH): Ich bitte Sie, dem Einzelantrag Jenny zuzustimmen, denn in der Praxis ist die klare Tendenz auszumachen, dass Bauunternehmer vermehrt für einzelne Arbeitsgattungen Subunternehmer bzw. Unterakkordanten beiziehen, zum Beispiel Akkordmaurer, Eisenleger, Plattenleger oder wen auch immer. Die Gefahr, dass ein Haus- oder Stockwerkeigentümer dieselbe Leistung zweimal bezahlen muss, ist dadurch in den letzten Jahren noch gestiegen. Und hier muss ich Ihnen sagen, dass Herr Jenny wirklich weiss, wovon er spricht. Da lobe ich mir den Bauunternehmer, der seine Verantwortung wahrnimmt und sie eben nicht auf einen Bauherrn oder einen einzelnen Stockwerkeigentümer abschiebt, indem er ihm durch seine eigene Wahl eines Unterakkordanten das Risiko übergibt.

Eigentümer können sich in den meisten Fällen nicht wirksam dagegen schützen, denn das gesetzliche Pfandrechtsprivileg des Unterakkordanten besteht selbst dann, wenn der Eigentümer in seinem Werkvertrag mit dem Bauunternehmer den Beizug von Unterakkordanten ausdrücklich verbietet. Der Unterakkordant wird mit dem Pfandrechtsprivileg von der sonst für alle Vertragspartner gebräuchlichen Selbstverantwortung dispensiert. Er kann mit dem Hauptunternehmer einen Vertrag abschliessen, ohne dessen Zahlungsfähigkeit zu überprüfen, denn das Ausfallrisiko kann er in jedem Fall einfach auf den unerfahrenen Haus- oder Stockwerkeigentümer abwälzen. Die heutige Regelung schützt sogar Unterakkordanten, die einen Bauauftrag annehmen, obwohl sie wissen, dass ihr Vertragspartner zahlungsunfähig ist und somit ihre Forderungen nicht bezahlen wird. Sie spekulieren somit bewusst auf die Doppelzahlung des Grundeigentümers. Es kann doch nicht Ihr Ernst sein, dass Sie das weiterhin so haben wollen!

Der Einzelantrag Jenny trägt nun der Praxis Rechnung und schafft die erforderliche Rechtssicherheit. Sie wird damit gewährleistet, dass der Grundeigentümer seine Zustimmung zum Beizug eines Unterakkordanten von entsprechenden Sicherungsvereinbarungen mit seinem Vertragspartner – also dem Hauptunternehmer – abhängig machen kann.

Das Doppelzahlungsrisiko für die privaten Haus- und Grundeigentümer kann damit vermindert werden, ohne den Pfandrechtschutz des Unterakkordanten völlig aufzuheben – so ist es ja bei Weitem nicht. Es wird aber ein echter Interessenausgleich geschaffen, und dieser Ausgleich ist dringend erforderlich, denn mit dieser Gesetzesrevision haben wir das Doppelzahlungsrisiko noch verschärft statt abgeschafft. Sowohl der Nationalrat als auch der Ständerat haben bereits beschlossen, dass die Eintragungsfrist für die Bauhandwerker gegenüber heute um einen Monat zu verlängern sei. Diese Gesetzesrevision entspricht einer Verschärfung.

Ich kann zum Schluss meines Votums meine Interessen offenlegen: Wie Sie wissen, bin ich im Vorstand des Hauseigentümerversandes. Aber das hier hat nur mit Vernunft und Gerechtigkeit zu tun. Sie wollen doch nicht, dass der Profi jemanden beiziehen kann, ohne dass es der, der zahlt, überhaupt weiss. Dann geht man, wenn



der Profi seinen Unterakkordanten nicht bezahlen kann, auf den Hauseigentümer los. Das darf doch nicht sein! Deshalb bitte ich Sie, im Sinne der verantwortungsbewussten Bauunternehmer und vor allem im Sinne der Hauseigentümer zu stimmen. Letztere sitzen ja – weil es meistens eine einmalige Sache ist – am kürzeren Hebel.

Ich bitte Sie, dem Antrag Jenny zuzustimmen.

Stadler Hansruedi (CEg, UR): Es sind hier natürlich ganz unterschiedliche Interessen zu berücksichtigen. Nach meiner Beurteilung trifft jeder Bauherr einen Schlüsselentscheid, wenn er den Arbeitsauftrag vergibt. Er vergibt den Auftrag z. B. einem Generalunternehmer, der in der Folge dann verschiedene Subunternehmer beizieht. Ich sage Ihnen ganz offen: Persönlich bin ich überhaupt kein grosser Freund von Generalunternehmern. Aber das Überbauungswesen ist heute so komplex, dass ihre Beauftragung die Regel ist. Was macht nun der Generalunternehmer? Er sucht die Subunternehmer, und diese werden auf dem Markt häufig gedrückt, nach dem Prinzip: Den Letzten beißen die Hunde. Jetzt wird wieder ein System vorgeschlagen, in dem diese Subunternehmer, die häufig schwache Glieder in der Kette sind, in ihrer Rechtsstellung erneut schlechtergestellt werden sollen.

Das ist der Grund, wieso ich den Antrag Jenny ablehne und dem Antrag der Kommission zustimme. Wir hätten ein System, das diese Subunternehmer irgendwie wieder schlechterstellen würde. Ich darf bei dieser Gelegenheit aber auch sagen: Es gibt für den Abschluss von Werkverträgen verschiedene Sicherungsmöglichkeiten, damit effektiv keine Bauhandwerker-Pfandrechte errichtet werden. Es gibt hier bestimmte Sicherungsmöglichkeiten mit Bankgarantien und anderen Garantien, damit diese Subunternehmer effektiv bezahlt werden. Ich denke, es gibt Sicherungsinstrumente gegen das Risiko, dass Subunternehmer Bauhandwerker-Pfandrechte errichten. Häufig liest man in Verträgen aber wirklich, dass man sich verpflichte, allenfalls errichtete Bauhandwerker-Pfandrechte abzulösen. Ein solcher Satz in diesen Verträgen ist überhaupt nichts wert. Wesentlich ist, bei der Abwicklung dieser Zahlungen effektive Bankgarantien oder allenfalls Treuhandsysteme einzubeziehen.

Frick Bruno (CEg, SZ): Es ist nur der Verlauf der Debatte gegen Ende, der mich veranlasst, das Wort zu ergreifen.

Ich frage Sie: Wer von Ihnen kennt keinen Fall, wo gute Leute, brave Leute ein Einfamilienhaus bauten und am Schluss doppelt bezahlen mussten? Mir begegnen solche Fälle immer wieder. Seit ich im Berufsleben bin, ärgere ich mich tödlich über solche Situationen. Früher waren es mehrheitlich Schweizer in einfachen Verhältnissen, heute sind es Ausländer. Ich habe Fälle erlebt, wo Personen als Asylbewerber in die Schweiz kamen, später ein Haus bauten und über den Tisch gezogen wurden, indem der Generalunternehmer einen Subunternehmer anstellte, ihnen nichts davon sagte und diese Leute am Schluss doppelt bezahlen mussten. Bedenken Sie, die meisten Leute, die ein Einfamilienhaus bauen, gehen bis an die Grenze ihrer finanziellen Möglichkeiten, vor allem wenn sie in jüngeren Jahren sind.

Diese Leute laufen mit dem heutigen System einfach Gefahr, doppelt bezahlen zu müssen. Der Auftrag wird einem Generalunternehmer übertragen. Der Bauherr hat keinen Einfluss auf die Auswahl des Subunternehmers. Er kann sogar dagegen sein, und trotzdem wird die Arbeit dem Subunternehmer übertragen; der Bauherr bezahlt den Generalunternehmer, aber dieser bezahlt aufgrund des Bauhandwerker-Pfandrechtes den Subunternehmer nicht. Dann bezahlt der Bauherr doppelt. An wem ist es, im Geschäftsleben darauf zu achten, dass er bezahlt wird? Am Subunternehmer, wenn er eine Arbeit annimmt. Er muss bei seinem Auftraggeber – genauso, wie der Generalunternehmer beim Bauherrn Bankgarantien, Zahlungsverprechen einer Bank verlangt –, vom General- oder Bauunternehmer verlangen, dass er eine Sicherheit für seinen Werklohn erhält. Als Subunternehmer ohne Sicherheit zu arbeiten und die Rechnung nochmals dem Bauherrn präsentieren zu können, ist doch einfach nicht korrekt. Das muss aus unserem Rechtssystem verschwinden. Der Antrag Jenny ist daher richtig.

Jenny This (V, GL): Ich danke für das Votum von Kollege Frick. Jetzt aber trotzdem eine Antwort an Kollege Bürgi, der moniert hat, das sei praxisuntauglich, die Bürokratie wuchere dann bis zum Exzess. Ich frage Sie: Sind Sie in der Praxis, oder sind es diejenigen, die das tagtäglich machen?

AB 2009 S 941 / BO 2009 E 941

Es ist überhaupt kein Problem, den Kieslieferanten zu wechseln. Der neue Kieslieferant muss lediglich feststellen, ob der Besteller zahlungsfähig ist oder nicht. Gehen Sie eine Uhr für 10 000 oder 20 000 Franken kaufen: Der Verkäufer gibt Ihnen nichts, das Sie nicht bezahlen können. Genau gleich ist es bei den Lieferanten. Sie müssen nichts anderes machen, als sich die Frage zu stellen: Kann derjenige, der bestellt, das auch begleichen, ja oder nein? Das bietet überhaupt keine Probleme, auch beim Stockwerkeigentum nicht; der Verkäufer





muss nur das feststellen. Wenn er unsicher ist, muss er verlangen, dass der Bauherr einwilligt. Mit der Unterschrift des Bauherrn gibt es keine Probleme. Das spielt übrigens auch bei den Generalunternehmen; wenn ich für ein Generalunternehmen arbeite, verlange ich automatisch, dass der Bauherr mitunterzeichnet. Damit habe ich in jedem Fall das Grundpfandrecht gewahrt, auch nach der neuen Regelung. Das bietet also überhaupt keine Probleme. Der Subunternehmer ist in diesem Fall nicht schlechtergestellt.

Zum Fall der Erfüllungsgarantie: Schauen Sie, die Erfüllungsgarantie beträgt in aller Regel 5 Prozent, wenn es hochkommt 10 Prozent. In den meisten Fällen reichen diese 10 Prozent bei Weitem nicht, wenn beim Bau eines Einfamilienhauses Rechnungen für 150 000 Franken des Subunternehmers nicht beglichen werden. Das sind ja 50 Prozent der gesamten Auftragssumme. Da reichen also diese Erfüllungsgarantien von 5 oder 10 Prozent überhaupt nicht, und sie sind bürokratisch einiges umfangreicher als die Lösungen, die ich jetzt vorschlage. Die Lösung, die wir vorschlagen – das weiss ich aus meiner täglichen Erfahrung –, ist praxistauglich und bietet überhaupt keine Schwierigkeiten, und ich sollte das ja nun wirklich wissen.

Widmer-Schlumpf Eveline, Bundesrätin: Ich möchte Sie bitten, beide Varianten abzulehnen, sowohl den Beschluss des Nationalrates gemäss dem ehemaligen Antrag Müller Philipp als auch den Antrag Jenny, und damit Ihrer Kommission für Rechtsfragen zuzustimmen. Im Nationalrat ist der Antrag Müller Philipp gutgeheissen worden, wonach von Subunternehmern inskünftig zu verlangen ist, dass sie den Grundstückeigentümer oder den Bauherrn schriftlich über die Auftragsübernahme informieren. Der Subunternehmer hat nur dann einen Anspruch auf ein Bauhandwerker-Pfandrecht, wenn der Grundeigentümer die Auftragsübergabe an den Subunternehmer nicht ausdrücklich abgelehnt hat. Der Antrag wurde im Nationalrat nur sehr rudimentär begründet. Die Auswirkungen einer solchen Neuerung lassen sich kaum abschätzen. Der Beschluss des Nationalrates ist sprachlich und inhaltlich überarbeitungs- und ergänzungsbedürftig. Der Antrag Jenny ist sprachlich und inhaltlich präziser gefasst, ich werde noch darauf zurückkommen.

Zuerst zum Beschluss des Nationalrates: Dort spricht man von "Grundstückeigentümer", das ist kein Terminus technicus, das ist bekannt. Der Begriff "Subunternehmer", der dort verwendet wird, wird im ZGB nicht verwendet, und es müsste noch definiert werden, was ein Subunternehmer wirklich ist. Weshalb gemäss dem Beschluss des Nationalrates als Alternative auch der Bauherr schriftlich orientiert werden kann, ist nicht nachvollziehbar. Das Bauhandwerker-Pfandrecht betrifft einzig den Grundeigentümer, also nicht den Bauherrn. Es fragt sich dann auch, ob das bezüglich Information ein Wahlrecht ist: entweder Information des Grundeigentümers oder des Bauherrn. "Ausdrücklich ablehnt" – was soll das dann heissen? Wie muss das geschehen, und innert welcher Frist hätte das zu erfolgen?

Der Antrag Jenny ist sprachlich etwas präziser gefasst, er enthält aber doch auch gewisse Probleme. Die wahre Lösung, Herr Jenny, wie Sie gesagt haben, scheint mir das auch nicht zu sein. Der Begriff "Subunternehmer" wird im ZGB heute nicht verwendet, ist also nicht definiert und müsste noch definiert werden. Die Frist, innert welcher eine solche Zustimmung erfolgen müsste, ist auch nicht festgelegt. Und, das ist sehr wesentlich, was die schriftliche Zustimmung anbelangt: Eine solche schriftliche Zustimmung vermag eine spätere Entwicklung, zum Beispiel den Konkurs des Generalunternehmers und dann die Nichtbezahlung des Subunternehmers, nicht zu beeinflussen. Das heisst mit anderen Worten, dass eine Doppelzahlungspflicht oder ein Doppelzahlungsrisiko für den Grundeigentümer auch so nicht ausgeschlossen, nicht verhindert werden kann. Beide Anträge erscheinen uns tatsächlich nicht sehr praxistauglich, auch wenn Herr Jenny als Bauunternehmer das anders sieht: Es kann zu Bauverzögerungen kommen, es kann zu Baueinstellungen auf der Baustelle kommen. Es schränkt den Generalunternehmer in der Auswahl seiner Subunternehmer ein; das wurde gesagt. Ein Grundeigentümer, der mit einem Generalunternehmer baut, ist in der Regel nicht daran interessiert, Einfluss auf die Subunternehmer haben zu können. Die Zustimmung zur Verpflichtung der Subunternehmer gemäss dem Antrag Jenny wäre für Rechtsnachfolger eines Grundeigentümers nicht verbindlich, also unwirksam. Das heisst, das Problem würde wieder aufleben, wenn das Grundstück an einen Rechtsnachfolger überginge. Letztlich wäre eine Ablehnung durch Grundeigentümer auch ein Eingriff in das Vertragsrecht zwischen Generalunternehmer und Subunternehmer.

Kurz zusammengefasst: Sie können das Doppelzahlungsrisiko mit dem Antrag Jenny nicht verhindern; dieses besteht trotzdem. Es scheint uns ein wenig praxistauglicher Vorschlag zu sein; es hat vertragsrechtliche Folgen für den Grundeigentümer, wenn Sie einen solchen Antrag annehmen.

Ich bitte Sie also, beim Antrag der Kommission für Rechtsfragen Ihres Rates zu bleiben.

Abstimmung – Vote

Für den Antrag der Kommission ... 19 Stimmen

Für den Antrag Jenny ... 16 Stimmen





Art. 839

Antrag der Kommission

Abs. 4

... gegenüber spätestens vier Monate ...

Abs. 5

... bis spätestens vier Monate ...

Art. 839

Proposition de la commission

Al. 4

... au plus tard dans les quatre mois ...

Al. 5

... au plus tard dans les quatre mois ...

Janiak Claude (S, BL), für die Kommission: Wir übernehmen hier die Version des Nationalrates, haben allerdings der Konsequenz halber – weil wir ja bei Artikel 839 Absatz 2 die Frist von drei auf vier Monate verlängert haben – auch hier die Frist von vier Monaten vorgesehen. Wenn ein Grundstück zum öffentlich-rechtlichen Verwaltungsvermögen gehört, kann auf diesem Grundstück ein Bauhandwerker-Pfandrecht errichtet werden. Der Nationalrat schlägt die Schaffung eines Äquivalents vor, um die Unternehmer, Handwerker und Subunternehmer gleichermassen zu schützen, wenn sie Leistungen zugunsten eines Grundstücks im öffentlich-rechtlichen Verwaltungsvermögen erbringen.

Ihre Kommission hält diesen Vorschlag für tauglich und hat ihn deshalb übernommen – eben mit der Änderung der Frist von drei auf vier Monate. Das Gleiche gilt auch für Absatz 5.

Angenommen – Adopté

Art. 849 Abs. 3

Antrag der Kommission

Separate Vereinbarungen, die Nebenbestimmungen zur Schuldbriefforderung enthalten, können einem gutgläubigen Erwerber des Schuldbriefs nur entgegengehalten werden, wenn sie sich aus dem Grundbuch und beim Papiersschuldbrief zudem aus dem Titel ergeben.

AB 2009 S 942 / BO 2009 E 942

Art. 849 al. 3

Proposition de la commission

Les conventions séparées, qui contiennent des clauses accessoires à la créance résultant de la cédula hypothécaire, ne sont opposables aux tiers de bonne foi que si elles ressortent du registre foncier. Dans le cas de la cédula hypothécaire sur papier, elles doivent également résulter du titre.

Angenommen – Adopté