

Einschreiben

Bundesamt für Justiz
Frau Bundesrätin Eveline Widmer-Schlumpf
Vorsteherin EJPD
Bundesrain 20
3003 Bern

Zürich, 18. September 2010

Vorentwürfe zur Änderung des Obligationenrechts - Verjährungsfristen der Gewährleistungsansprüche im Kauf- und Werkvertrag - Verlängerung und Koordination: Vernehmlassungsverfahren

Sehr geehrte Frau Bundesrätin
Sehr geehrte Damen und Herren

Wir beziehen uns auf die Medienmitteilung der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates (nachfolgend "Kommission" genannt) vom 1. Juni 2010, wonach diese im Zusammenhang mit der parlamentarischen Initiative "Mehr Schutz der Konsumentinnen und Konsumenten. Änderung von Artikel 210 OR" (Frau NR Leutenegger Oberholzer; 06.490) zwei Vorentwürfe (Varianten) zur Änderung des Obligationenrechts (OR) ausgearbeitet hat, diese bis 20. September 2010 in Vernehmlassung gibt und nach erfolgter Auswertung der Ergebnisse darüber beschliessen wird, ob und in welche Richtung sie vorgehen will.

Der Schweizerische Verband der Immobilienwirtschaft (SVIT Schweiz) ist die Berufs- und Standesorganisation der Anbieter von professionellen Immobiliendienstungen, namentlich in den Bereichen Bewirtschaftung, Verkauf, Beratung, Bewertung, Entwicklung und Facility Management. Als Spitzenverband der Immobilienwirtschaft vertritt er in allen Landesteilen der Schweiz die Interessen der Immobilienwirtschaft und von über 25'000 Immobilienfachleuten, die - abgesehen von den durch Eigentümer selbst verwalteten Liegenschaften - die Schweizer Immobilienanlagen bewirtschaften. Der SVIT Schweiz verfügt in der deutschen, italienischen und französischen Schweiz über eigene Mitgliederorganisationen.

Wir sind deshalb sehr erstaunt und enttäuscht, dass der SVIT Schweiz nicht auf der Liste der Vernehmlassungsadressaten aufgeführt ist, weder unter "Gesamtschweizerische Dachverbände der Wirtschaft" noch unter "Übrige Organisationen und Institutionen". Der SVIT Schweiz bzw. seine Mitglieder sind von der vorliegenden Vernehmlassung unmittelbar betroffen. Daher unterbreiten wir Ihnen unsere Stellungnahme innerhalb der gesetzten Frist - wunschgemäss in dreifacher schriftlicher Ausfertigung.

Der SVIT Schweiz verlangt, dass er künftig als Wirtschafts- und Berufsverband von nationaler Bedeutung automatisch und direkt zu den Vernehmlassungen eingeladen wird.

A. VERNEHMLASSUNGSBEGEHREN

A.1 Zur Wegbedingung der Gewährleistung (E-OR 199)

Der SVIT Schweiz ist mit der Änderung von OR 199 (Wegbedingung der Gewährleistung) im Sinne von E-OR 199 (in der identischen Vernehmlassungsfassung von Variante 1 und 2) **nur dann einverstanden, wenn** folgende **Bedingung erfüllt** ist: Die **Wegbedingung bzw. Einschränkung der kaufvertraglichen** (OR 199) **und** durch Verweisnorm (OR 371) auch **werkvertraglichen Gewährleistung** ist - mit Ausnahme bei arglistigem Verschweigen der Gewährleistungsmängel (OR 199; E-OR 199 lit. a) - auch **weiterhin zulässig** (so explizit der Kommissionsbericht vom 30.04.2010, Seite 7 zu E-OR 199).

E-OR 199 ist deshalb im Sinne der Rechtssicherheit **durch präzisierenden Absatz 2 zu ergänzen: "Im Gegensatz zu Art. 199 Absatz 1 lit. a kann Art. 199 Abs. 1 lit. b vertraglich eingeschränkt oder wegbedungen werden"**.

Andernfalls handelt es sich um einen Wolf im Schafspelz und diesfalls ist **OR 199 in der derzeit geltenden Fassung beizubehalten** bzw. E-OR 199 (Variante 1 und Variante 2) ersatzlos zu streichen. Weder die parlamentarische Initiative 06.490 (NR Leutenegger Oberholzer) noch 07.497 (SR Bürgi) haben eine Änderung von OR 199 verlangt. Die Ausweitung von OR 199 durch die abzulehnende Fassung von E-OR 199 würde zudem in der Praxis zu erheblichen kontraproduktiven Problemen führen.

A.2 Zur Verlängerung der Verjährungsfrist (E-OR 210 / E-OR 371)

Der **SVIT Schweiz zieht - unter der Bedingung**, dass die Wegbedingung bzw. Einschränkung der Gewährleistung trotz Einführung von E-OR 199 lit. b weiterhin ausdrücklich zulässig ist (vorne Begehren A.1) - **Variante 2/V2-E-OR 210 mit einer generellen Verjährungsfrist von 5 Jahren vor**. Dies schafft Rechtssicherheit im Kauf- und Werkvertragsrecht und beseitigt derzeitige Unsicherheiten aufgrund der Unterscheidung zwischen beweglichen/unbeweglichen Sachen bzw. beweglichem/unbeweglichem Werk. Diesfalls kann der Verweis von E-OR 371 auf E-OR 199 und 210 beibehalten werden.

Sofern die Wegbedingung oder Einschränkung der Gewährleistung künftig bei Einführung von E-OR 199 rechtlich nicht mehr möglich sein sollte, lehnt der SVIT Schweiz auch eine Verlängerung der Verjährungsfristen (E-OR 210) vollumfänglich ab.

B. BEGRÜNDUNG

1. Ausgangslage

1.1 Parlamentarische Initiativen

a) Parlamentarische Initiative 06.490 (NR Leutenegger Oberholzer)

Am 20. Dezember 2006 reichte Frau Nationalrätin Susanne Leutenegger Oberholzer im Nationalrat die Parlamentarische Initiative "Mehr Schutz der Konsumentinnen und Konsumenten. Änderung von Art. 210 OR" (06.490) ein, welche eine Verbesserung des Konsumentenschutzes durch Verlängerung der Verjährungsfrist bei kaufrechtlichen Sachgewährleistungsansprüchen nach OR 210 auf neu 2 Jahre fordert. Dieser Initiative wurde am 19. Februar 2010 auch von der ständerätlichen Kommission für Rechtsfragen Folge gegeben.

Der eingereichte Text der Parlamentarischen Initiative lautet:

"Gestützt auf Artikel 160 Absatz 1 der Bundesverfassung und Artikel 107 des Parlamentsgesetzes reiche ich folgende parlamentarische Initiative ein:

Mit einer Änderung des Obligationenrechtes soll der Schutz der Konsumentinnen durch die Verlängerung der Verjährungsfrist bei kaufrechtlichen Sachgewährleistungsansprüchen auf zwei Jahre verbessert werden. Es wird folgende Änderung vorgeschlagen:

"OR Art. 210 Verjährung

Abs. 1: Die Klagen auf Gewährleistung wegen Mängel der Sache verjähren mit Ablauf von zwei Jahren nach deren Ablieferung an den Käufer, selbst wenn dieser die Mängel später entdeckt, es sei denn, dass der Verkäufer eine Haftung für längere Zeit übernommen hat.

Abs. 2: Die Einreden des Käufers wegen vorhandener Mängel bleiben bestehen, wenn innerhalb von zwei Jahren nach Ablieferung die vorgeschriebene Anzeige an den Verkäufer gemacht worden ist.

Abs. 3: Die mit Ablauf von zwei Jahren eintretende Verjährung kann der Verkäufer nicht geltend machen, wenn ihm eine absichtliche Täuschung des Käufers nachgewiesen wird."

Dies mit folgender Begründung:

"Artikel 210 OR regelt die Verjährung der kaufrechtlichen Sachgewährleistungsansprüche beim Kauf einer beweglichen Sache. Diese Vorschrift findet auch im Werkvertragsrecht Anwendung (vgl. Art. 371 Abs. 1 OR).

1. Die geltende Regelung: Grundsätzlich verjähren heute die Ansprüche ein Jahr nach Ablieferung des Kaufgegenstandes (Art. 210 Abs. 1). Je nach Kaufgegenstand (Kulturgut, vgl. Art. 210 Abs. 1bis OR) bzw. je nach Verhalten des Verkäufers (arglistige Täuschung, vgl. Art. 210 Abs. 3) finden Sondervorschriften Anwendung. Absatz 1 von Artikel 210 OR sieht vor, dass die Verjährungsfrist vertraglich verlängert werden kann. Auch eine Verkürzung ist nach herrschender Lehre statthaft. Ziel der kurzen Verjährungsfrist ist es, baldige Rechtsklarheit zu schaffen.

2. Die vorgeschlagene Änderung: Die postulierte Änderung beruht auf der Fassung von Artikel 210 nach dem Vorentwurf zum Bundesgesetz über den elektronischen Geschäftsverkehr, der vom Bundesrat nicht weiter verfolgt worden ist. Für die Neuregelung spricht Folgendes:

- a. Der Schutz der Konsumentinnen und Konsumenten wird verbessert. Bei versteckten Mängeln verjähren oftmals Forderungen aus Verletzung der Gewährleistungspflicht, bevor die Käuferschaft überhaupt die Möglichkeit hat, den Mangel zu entdecken.
- b. Im Vergleich zur ordentlichen zehnjährigen Verjährungsfrist (vgl. Art. 127 OR) ist die vorgeschlagene zweijährige Frist weiterhin kurz. Sie wahrt die Rechtssicherheit weiterhin.
- c. Die zweijährige Frist entspricht internationalem Standard.

- Die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie (VGRL) verpflichtet die Länder der EU, in ihren nationalen Rechten vorzusehen, dass die Verkäuferin haftet, wenn die Vertragswidrigkeit der Ware binnen zweier Jahre nach deren Lieferung offenbar wird (Art. 5 Abs. 1 VGRL).
- Die Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG), die für die Schweiz seit 1991 gilt, enthält keine Bestimmung über die Verjährung; Artikel 39 Absatz 2 CISG sieht aber vor, dass Ansprüche aus Vertragswidrigkeit der Ware innert zweier Jahre nach Lieferung der Sache geltend gemacht werden müssen."

b) Parlamentarische Initiative 07.497 (SR Bürgi)

Gemäss Parlamentarischer Initiative "Änderung der Verjährungsfrist im Kaufrecht. Artikel 210 OR" (07.497) von Ständerat Hermann Bürgi vom 20. Dezember 2007 ist "Artikel 210 des Obligationenrechtes (OR) in der Weise zu ändern, dass für Klagen auf Gewährleistung wegen Mängeln der Sachen, welche für ein unbewegliches Bauwerk verwendet oder in ein solches eingebaut werden, in Analogie zu Artikel 371 Absatz 2 OR eine fünfjährige Verjährungsfrist gilt.

Ständerat Bürgi begründet dies damit, dass in der Regel die Ansprüche des Bestellers wegen Mängeln des Werkes gleich den entsprechenden Ansprüchen des Käufers verjähren: somit in einem Jahr seit Ablieferung des Werkes (Artikel 371 Abs. 1 OR in Verbindung mit Artikel 210 OR). Demgegenüber sieht Artikel 371 Absatz 2 OR für die Haftung wegen Mängeln eines unbeweglichen Bauwerkes eine Verjährungsfrist von fünf Jahren vor. Diese Bestimmung umfasst z.B. das Befestigen von Heizungs- und Sanitäranlagen, Aussenanstriche und Verputz, den Einbau und Anstrich neuer Rollläden, die ölfeste Versiegelung eines Fussbodens, eine Fassadenschutzbehandlung usw. Für diese Fälle ist im Kaufvertragsrecht keine adäquate Verjährungsfrist vorgesehen. Das ist unbefriedigend, denn so hat der Unternehmer nach Ablauf eines Jahres keinen Rückgriff auf den Verkäufer bzw. Lieferanten des fehlerhaften Materials. Der Unternehmer haftet nach einem Jahr nach Abnahme des Werkes ohne Verschulden für allfällige Mängel bzw. Schäden an Apparaten und Einrichtungen, die er lediglich installiert oder montiert hat, ohne dabei auf den tatsächlichen Verursacher des Schadens Regress nehmen zu können.

1.2 Die beiden Vernehmlassungs-Varianten der Kommission

Die nationalrätliche Kommission schlägt - gemäss Bekanntmachung der Bundeskanzlei vom 15. Juni 2010 - ihrer Auffassung "im Sinne einer massvollen Stärkung des Konsumentenschutzes" eine "moderate Verlängerung der Verjährungsfrist der Sachmängelansprüche beim Fahrniskauf auf zwei bzw. fünf Jahre vor. Andererseits will sie die Verjährungsfrist für Ansprüche aus Mängeln einer beweglichen Sache, welche bestimmungsgemäss für ein unbewegliches Wert verwendet wurde und dessen Mangelhaftigkeit verursacht hat, an die fünfjährige Frist anpassen, welche für den Besteller eines unbeweglichen Bauwerkes gegenüber dem Unternehmer gilt. Im Werkvertragsrecht soll wie bis anhin auf die kaufrechtlichen Bestimmungen zur Verjährung verwiesen werden".

Die Kommission stellt bezüglich der Verjährungsfrist der Gewährleistungsansprüche im Kauf- und Werkvertrag zwei auf Verlängerung und Koordination hinzielende Varianten vor, welche sich nach näherer Prüfung nur unwesentlich voneinander unterscheiden:

1. Identische Formulierungen in Variante 1 und Variante 2:

Variante 1 und Variante 2 sehen - im Erweiterung der geltenden Fassung von OR 199 - identisch in E-OR 199 vor, dass die Aufhebung oder Beschränkung der Gewährleistungspflicht auch ungültig ist, "b. wenn: 1. sie die Verjährungsfrist auf weniger als zwei Jahre, bei gebrauchten Sachen auf weniger als ein Jahr verkürzt, 2. die Sache für den persönlichen oder familiären Gebrauch des Käufers bestimmt ist, und 3. der Verkäufer im Rahmen seiner beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit handelt". Dies im Gegensatz zum bisherigen Wortlaut von OR 199, wonach die Vereinbarung über Aufhebung oder Beschränkung der Gewährleistungspflicht nur "ungültig ist, wenn der Verkäufer dem Käufer die Gewährleistungsmängel arglistig verschwiegen hat".

Ebenfalls identisch sind die beiden Varianten bezüglich der drei letzten Absätze von E-OR 210:

"Für Kulturgüter im Sinne von Artikel 2 Absatz 2 des Kulturgütertransfergesetzes vom 20. Juni 2003 verjährt die Klage ein Jahr, nachdem der Käufer den Mangel entdeckt hat, in jedem Fall jedoch 30 Jahre nach dem Vertragsabschluss" (V1-E-OR 210 Abs. 3; V2-E-OR 210 Abs. 2);

"Die Einreden des Käufers wegen vorhandener Mängel bleiben bestehen, wenn innerhalb der Verjährungsfrist die vorgeschriebene Anzeige an den Verkäufer gemacht worden ist" (V1-E-OR 210 Abs. 4; V2-E-OR 210 Abs. 3);

"Der Verkäufer kann die gemäss den Absätzen 1 und 2 sowie mit Ablauf eines Jahres gemäss Absatz 3 (V1-E-OR 210) bzw. Absatz 2 (V2-E-OR 210) eintretende Verjährung nicht geltend machen, wenn ihm eine absichtliche Täuschung des Käufers nachgewiesen wird". (V1-E-OR 210 Abs. 5; V2-E-OR 219 Abs. 4).

Identisch sind Varianten 1 und 2 auch hinsichtlich der Formulierung von E-OR 371:

¹ Die Ansprüche des Bestellers wegen Mängel des Werkes verjähren gleich den entsprechenden Ansprüchen des Käufers. Die Verjährung beginnt mit der Abnahme des Werkes zu laufen.

² Dies gilt auch für den Anspruch des Bestellers eines unbeweglichen Werkes gegen den Architekten oder Ingenieur, die zum Zwecke der Erstellung Dienste geleistet haben."

OR 371 in der derzeit geltenden Fassung lautet:

¹ Die Ansprüche des Bestellers wegen Mängel des Werkes verjähren gleich den entsprechenden Ansprüchen des Käufers.

² Der Anspruch des Bestellers eines unbeweglichen Bauwerkes wegen allfälliger Mängel des Werkes verjährt jedoch gegen den Unternehmer sowie gegen den Architekten oder Ingenieur, die zum Zwecke der Erstellung Dienste geleistet haben, mit Ablauf von fünf Jahren seit der Abnahme."

2. Unterschiedliche Formulierungen in Variante 1 und Variante 2:

Variante 1 sieht in E-OR 210 - im Gegensatz zur geltenden Fassung von OR 210 Abs. 1 - eine Verlängerung der Verjährungsfrist von bisher 1 Jahr auf neu 2 Jahre vor (V1-E-OR 210 Abs. 1), kombiniert mit der Erhöhung der Verjährungsfrist auf 5 Jahre, "wenn die Sache bestimmungsgemäss für ein unbewegliches Werk verwendet worden ist und dessen Mangelhaftigkeit verursacht hat" (V1-E-OR 210 Abs. 2).

Variante 2 hingegen sieht in V2-E-OR 210 Abs. 1 - im Gegensatz zur geltenden Fassung von OR 210 Abs. 1 - eine Verlängerung der Verjährungsfrist von bisher 1 Jahr auf neu generell 5 Jahre vor (V2-E-OR 210 Abs. 1). Deshalb ist - im Gegensatz zu Variante 1 (V1-E-OR 210 Abs. 2) - eine zusätzliche Spezialregelung der Verjährung für bewegliche Sachen, welche in unbewegliche Sachen eingebaut werden, nicht erforderlich, da gemäss Variante 2 die Verjährung für bewegliche verkaufte Sachen neu 5 Jahre wie bereits für unbewegliche Sachen geltend betragen soll.

2. Besondere Bemerkungen

2.1 OR 199 - Wegbedingung der Verjährung

Interessanterweise wurde die Änderung von OR 199 weder durch die Parlamentarische Initiative 06.490 (NR Leutenegger Oberholzer) noch durch 07.497 (SR Bürgi) gefordert. Beide fokussierten auf OR 210. E-OR 199 stellt somit eine nicht verlangte Eigenproduktion der Kommission für Rechtsfragen dar.

Gemäss Bericht der Kommission für Rechtsfragen vom 30. April 2010 wird in Artikel 199 E-OR eine - in Variante 1 und Variante 2 identische - Änderung vorgeschlagen, wonach "Vereinbarungen über die Aufhebung oder Beschränkung der zweijährigen Frist in Verträgen zwischen Gewerbetreibenden und Konsumenten ungültig sind".

Die Kommission erklärt im Bericht auf Seite 7 bezüglich E-OR 199 jedoch ausdrücklich: "insbesondere die Haftungsausschlussklauseln in den Schranken des geltenden Rechts möglich. Falls jegliche Gewährleistungspflicht ausgeschlossen wird, ist Artikel 199 Buchstabe b E-OR nicht anwendbar".

Der SVIT Schweiz ist mit E-OR 199 in der identischen Fassung von Variante 1 und Variante 2 dann (aber nur dann) einverstanden, sofern E-OR 199 lit. b nicht zwingend ist und somit als dispositive Gesetzesvorschrift durch Parteivereinbarung abgeändert und damit auch vollumfänglich wegbedungen werden kann. Sollte E-OR 199 lit. b zwingend sein, lehnt der SVIT Schweiz die Änderung von OR 199 ab.

Bereits aus Rechtssicherheitsüberlegungen ist E-OR 199 durch einen Absatz 2 zu ergänzen, welcher präzisiert, dass E-OR 199 lit. a zwingend, E-OR 199 lit. b hingegen dispositiv und damit abänderbar ist:

"Im Gegensatz zu Art. 199 Absatz 1 lit. a kann Art. 199 Abs. 1 lit. b durch vertragliche Abmachung eingeschränkt oder wegbedungen werden".

2.2 OR 210 - Verlängerung der Verjährungsfrist

Der Unterschied zwischen den Kommissions-Varianten 1 und 2 besteht einzig darin, dass in Variante 1 neu generell eine zweijährige Verjährungsfrist vorgesehen ist (V1-E-OR 210 Absatz 1), welche auf 5 Jahre erweitert wird bei Sachen, die bestimmungsgemäss für ein unbewegliches Werk verwendet worden sind und dessen Mangelhaftigkeit verursacht haben (V1-E-OR 210 Absatz 2).

Demgegenüber sieht Variante 2 generell eine fünfjährige Verjährungsfrist vor (V2-E-OR 210 Absatz 1), weshalb sich eine Spezialregelung für bewegliche eingebaute Sachen erübrigt.

Der SVIT Schweiz zieht - unter der Bedingung, dass die Wegbedingung bzw. Einschränkung der Gewährleistung trotz Einführung von E-OR 199 lit. b weiterhin ausdrücklich zulässig ist - Variante 2/V2-E-OR 210 mit einer generellen Verjährungsfrist von 5 Jahren vor. Dies schafft Rechtssicherheit im Kauf- und Werkvertragsrecht und beseitigt derzeitige Unsicherheiten aufgrund der Unterscheidung zwischen beweglichen/unbeweglichen Sachen bzw. beweglichem/unbeweglichem Werk. Deshalb kann der Verweis von E-OR 371 auf E-OR 199 und 210 beibehalten werden.

2.3 OR 371 - Verjährung im Werkvertragsrecht

Die gesetzliche Werkvertrag-Verjährungsbestimmung von OR 371 in der geltenden Fassung lautet:

¹ Die Ansprüche des Bestellers wegen Mängel des Werkes verjähren gleich den entsprechenden Ansprüchen des Käufers.

² Der Anspruch des Bestellers eines unbeweglichen Bauwerkes wegen allfälliger Mängel des Werkes verjährt jedoch gegen den Unternehmer sowie gegen den Architekten oder Ingenieur, die zum Zwecke der Erstellung Dienst geleistet haben, mit Ablauf von fünf Jahren seit der Abnahme."

Der von der Kommission vorgeschlagene Wortlaut von V1-E-OR 371 bzw. V2-E-OR 371 lautet:

¹ Die Ansprüche des Bestellers wegen Mängel des Werkes verjähren gleich den entsprechenden Ansprüchen des Käufers. Die Verjährung beginnt mit der Abnahme des Werkes zu laufen.

² Dies gilt auch für den Anspruch des Bestellers eines unbeweglichen Werkes gegen den Architekten oder Ingenieur, die zum Zwecke der Erstellung Dienste geleistet haben."

Der im Vernehmlassungsentwurf neu eingefügte Satz 2 von Absatz 1 präzisiert klärend, wann die Verjährung zu laufen beginnt.

Der SVIT Schweiz kann sich mit der Formulierung von E-OR 371 (Variante 1 wie Variante 2) nur einverstanden erklären, wenn die Wegbedingung der Gewährleistung (E-OR 199) weiterhin möglich ist und spricht sich andernfalls für die vollumfängliche Beibehaltung der bisherigen Formulierung von OR 371, OR 210 und OR 199 in der geltenden Fassung aus.

3. Fazit

- Nach Ansicht des SVIT Schweiz ist der vorliegende Vernehmlassungsentwurf Variante 2 (Erhöhung der Verjährungsfrist auf 5 Jahre: V2-OR-210) - sofern die Gewährleistung im Kaufrecht und auch im Werkvertragsrecht weiterhin eingeschränkt oder wegbedungen werden kann (V1-E-OR 199; V2-E-OR 199)- im Ansatz eine richtige Stossweise.
- Aus Gründen der Rechtssicherheit ist die Zulässigkeit der Einschränkung bzw. Wegbedingung der Gewährleistung im Sinne von E-OR 199 lit. b durch Einführung eines expliziten Absatzes 2 zu präzisieren.
- Sollte die Wegbedingung der Gewährleistung künftig nicht mehr möglich sein, lehnt der SVIT sowohl Variante 1 als auch Variante 2 von vornherein vollumfänglich ab.

Wir danken Ihnen, sehr geehrte Frau Bundesrätin und sehr geehrte Damen und Herren, für die Berücksichtigung unserer Eingabe.

Mit freundlichen Grüßen

Schweizerischer Verband der Immobilienwirtschaft - SVIT Schweiz

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'T Celiker'.

Tayfun Celiker
Direktor

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'T Kasahara'.

Thomas Kasahara
Stv. Direktor