

# Vernehmlassung

Dr. Matthias Streiff

Rechtsanwalt

8. Oktober 2004

## Teilrevision des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Immobiliarsachen- und Grundbuchrecht

### A. Gesamtbeurteilung

- Die Einführung eines Register-Schuldbriefes wird von der Hypothekar- und Notariatsabteilung aus administrativen Gründen sehr begrüsst.
- Die Einführung eines sogenannten Raumrechts wird von allen Abteilungen aus juristischen wie marktmässigen Überlegungen entschieden abgelehnt.
- Die Änderungen zum Bauhandwerkerpfandrecht sind aus Sicht des Rechtsdienstes, der Liegenschaften - Bewirtschaftung und des Baus unzulänglich und verfehlt.
- Zur Modifizierung der Aufsicht der Grundbuchämter besteht keine Meinung, da wir als Investoren davon nur indirekt betroffen sind, und bisher wenig Anstände mit Grundbuchämtern gehabt haben.
- In den weiteren Revisionspunkten gibt es gute Verbesserungen aber auch sehr schlechte Vorschläge.

Würden die vier Haupt-Revisionsthemen gemeinsam vorgelegt, so überwiegen leider die negativen Punkte.

Nachfolgend Erläuterungen zu den einzelnen Punkten:

### B. Register Schuldbrief

ad ZGB 842 ff.

Die Einführung des Register Schuldbriefes wird von unseren Hypothekar- und Notariatsabteilungen sehr wohlwollend aufgenommen.

Von erheblicher Bedeutung ist dabei, dass die Schuldbrief-Register beim Grundbuchamt prompt und laufend aktualisiert werden, so dass der jeweils aktuelle Grundbuchauszug vollständigen Überblick verschafft. Unter vollständigem Überblick verstehen wir auch, dass dem Grundbuch nicht nur der Titel des Schuldbriefes (wie oftmals bisher) sondern der volle Wortlaut des Schuldbriefes (wie jeweils im Lastenverzeichnis) zu entnehmen ist.

Die Kosten der Mutationen z.B. nach ZGB 853 II, 859 I oder der Umwandlung sind durch Verordnungen tief zu halten.

In Abs. 2 von ZGB 852 wird wiederholt, was in OR 74 III bereits geregelt wird. ZGB 852 II ist daher u.E. überflüssig. Zudem regelt OR 92 II die Hinterlegung bei Gläubigerverzug. In diesem Sinne wäre auch ZGB 861 Abs. 2 zu revidieren.

### **C. Raumrecht**

ad ZGB 675 II, 779m, n o, p, q und r

Die Einführung eines „kleinen Wohneigentums“ soll neben dem bestehenden Alleineigentum, dem Miteigentum als einfaches Miteigentum oder Gesamteigentum, wie auch dem Stockwerkeigentum, woran wiederum gemeinschaftliches Eigentum möglich ist, dem Baurecht und dem Wohnrecht nun noch eine weitere sachenrechtliche Alternative schaffen. Dieses Ansinnen scheitert nicht nur an der Komplexität des Regelungsversuches, sondern auch an der teilweisen Anlehnung ans Mietrecht. Ein für Investoren offenkundiger Nachteil des Mietrechts, die dauernde Unterhaltspflicht bei sehr eingeschränkten Verdienstmöglichkeiten, soll ins ZGB transferiert werden, was keinen Investor selig macht. Ein Investor will nicht nur altruistisch tätig sein, sondern eine ausreichende Rendite erwirtschaften. Das muss er, wenn er überleben will. Es ist zu bedenken, dass es ohne Investoren auch keinen freien Wohnungsmarkt gibt.

So kann ein Investor ein Raumrecht auch nicht zu günstigen Preisen anbieten. Ist jedoch der Ankauf des Raumrechts (Entgeltliche Errichtung der Dienstbarkeit) teuer, dann wird der angestrebte Erfolg, breitere Streuung des Eigentums, gerade nicht erreicht.

Wir haben allerhöchste Zweifel an der Marktgängigkeit des Raumrechts. Juristisch lehnen wir dieses Konstrukt als zu komplex, überflüssig und in der Praxis nicht zu bewältigen mit aller Entschiedenheit ab.

Ein weiterer Kritikpunkt liegt in der schwer realisierbaren Finanzierung des kleinen Wohneigentums. Für ein Raumrecht wird es faktisch nicht möglich sein, eine Fremdfinanzierung zu kriegen, da das Raumrecht auf dem Betreibungswege nicht verwertbar sein wird. Niemand wird sich für ein Raumrecht in einer SchKG Verwertung interessieren. Unsere Hypothekarfachleute wie die Schätzungs-experten sind der Überzeugung, dass ein Baurecht an einem Stockwerkeigentum, das im inneren nutzerspezifisch ausgebaut ist, kein Darlehen gewährt werden darf. Dementsprechend wird eine Fremdfinanzierung sehr stark erschwert. Und daraus folgt, dass ein Interessent den Erwerb aus Eigenkapital finanzieren müsste, was das Raumrecht wiederum unerschwinglich machen würde.

Schliesslich ist auch die Sicherung der Forderungen des Investors unvorteilhaft geregelt. Der Eigentümer der Liegenschaft um das Raumrecht herum kann für das mietzinsähnliche Entgelt gemäss ZGB 779o Abs. 2 ein Retentionsrecht oder Pfandrecht geltend machen. Doch der Eigentümer verliert diese marginale Sicherheit bereits wieder einen Absatz später, in ZGB 779o Abs. 3, wenn er die gemeinschaftlichen Einrichtungen nicht permanent zweckmässig unterhält.

Ein solches Konzept öffnet Tür und Tor für den Missbrauch zu Lasten des Investors / Eigentümers, ist es doch offensichtlich, dass ein nicht zahlungswilliger Inhaber des Raumrechts in jedem Forderungsprozess des Eigentümers den Einwand des nicht ausreichenden Unterhalts geltend macht und darauf die Einrede abstützt, dass die Pfandrechte automatisch untergegangen sind. Hat der Investor für seine betragsmässig bereits eingeschränkten laufenden Forderungen auch noch keine vernünftige Sicherheit, dann wird er sich konsequenterweise auf das Abenteuer „Raumrecht“ nicht einlassen.

Andere Mängel des Raumrechts liegen beispielsweise in der Behandlung von Personen, die die Rücksichtnahme schwerwiegend und wiederholt missachten, die vertraglichen und sozialen Pflichten verletzen; Personen also, die den Hausfrieden erheblich stören. Die vorgesehene Eliminierung einer Störquelle soll über den bestehenden ZGB 649b laufen, was in der Praxis nur unter äusserster Zurückhaltung, als ultima ratio erfolgt. Dieser Ausschlussweg ist zu wenig griffig.

Anstelle der Suche nach einem neuen billigeren Wohneigentum auf dem sachenrechtlichen Wege wäre die Aufhebung des Verbandsbeschwerderechts gegen Bauvorhaben, eine Kautonierung einspracheberechtigter Nachbarn und die Lockerung von Bauvorschriften zumindest in Wohnzonen Schritte in die richtige Richtung. Investoren werden dann mehr Wohneigentum produzieren, was nach den Gesetzen des Marktes mehr Wohneigentum zu günstigeren Preisen ergeben wird.

## D. Bauhandwerkerpfandrecht

ad ZGB 836, 837, 839 und 841a

ZGB 836 Abs. 1 verdient Zustimmung. Abs. 2 hingegen verschafft dem Staat sachlich nicht begründete Vorteile. Auch für den Staat soll die Regelung von ZGB 836 I gelten. Der Abs. 2 schafft willkürliche Rechtsungleichheit.

ZGB 837 I Ziffer 3 ergänzt die pfandrechtsberechtigten Arbeiten auf die Abbrucharbeiten. Diese müssen explizit aufgeführt werden, da sie logischerweise nicht als wertvermehrende Arbeiten qualifiziert werden können. Diese Ergänzung ist vernünftig, aber nur unter der zwingenden Bedingung, dass der Eigentümer den Abbruch willentlich und explizit wollte. Ansonsten kommt der Eigentümer in die groteske Situation, dass er objektiv betrachtet wertvermindernde Abbrucharbeiten finanzieren muss, zu denen er seine Zustimmung nicht explizit gegeben hat. Genau dieser Punkt ist in derselben Ziffer zu wenig exakt ausformuliert. Die vorgesehene Formulierung lässt zu viel Interpretationsspielraum offen. Wenn Mieter und Pächter die Schuldner des Unternehmers sein können sollen, dann ist hier dem Eigentümer zwingend ein zeitgerechtes Kontrollmittel zu geben. Abs. 2 von ZGB 837 muss deshalb ergänzt werden und wie folgt lauten:

*„Ist der Schuldner von Forderungen der Handwerker oder Unternehmer ein Mieter oder ein Pächter, so besteht der Anspruch nur, wenn der Grundeigentümer eine schriftliche Zustimmung zu konkret bezeichneten Arbeiten im Voraus erteilt hat. Diese schriftliche Zustimmung darf nicht mehr als 12 Monate vor Aufnahme der Arbeiten zurückliegen.“*

Nur eine solche Präzisierung schafft die Verbindung mit dem mietrechtlichen OR 260a I (dito für das Pachtrecht). Die explizite Erwähnung der konkreten schriftlichen Zustimmung ist notwendig, wie die verschiedenen Bauhandwerkerpfandrechtsfälle der Praxis zeigen. Zu oft werden Eigentümer mit Bauhandwerkerpfandrechtsfällen eingeklagt, obwohl keine explizite Zustimmung vorliegt. Doch der Beweis, dass es eine unbewilligter Mieterausbau sei, ist oftmals schwer.

Die Erweiterung des Bauhandwerkerpfandrechts auf Mieter und Pächter als Auftraggeber ist nicht unproblematisch. Die Lehre hat die einschlägigen BGE teilweise stark und zu Recht kritisiert (vgl. z.B. Piotet in SJZ). Nach dem bisherigen Gesetzeswortlaut muss ein Vertragsverhältnis mit auftrags- oder werkvertraglichem Charakter vom Eigentümer ausgehen, damit ein Handwerkerpfandrecht überhaupt möglich ist. Durch die bundesgerichtliche Erweiterung kann nun ein Vertragsverhältnis, das auf Nutzung oder Gebrauch ausgelegt ist, und gerade nicht zu baulichen Massnahmen führen soll, pfandrechtsbegründend sein. Gebrauchsüberlassungsverträge haben einen vollkommen

anderen Zweck, als Bau-Aufträge oder Bau-Werkverträge. Die Bundesgerichtliche Erweiterung, die nun Gesetz werden soll, ist dogmatisch nicht fundiert und daher grundsätzlich abzulehnen.

Einzige Rechtsfertigung der bundesgerichtlichen Erweiterung ist die Kombination eines Gebrauchs-nutzungsvertrages mit bauwerkvertraglichen Elementen, im Sinne und Interesse des Eigentümers. Alleine die Vereinbarung einer Rohbaumiete, mit dem implizierten Recht zum Mieterausbau, genügt diesem Erfordernis genau aus diesem Grunde nicht. Mieterausbauten sind regelmässig sehr nutzerspezifisch und führen nur für den betreffenden Mieter zu einem Mehrnutzen, nicht aber für den Eigentümer. Der Eigentümer profitiert von diesem Mieterausbau in keiner Weise. Im Gegenteil, er wird latent belastet, denn bei Mietende muss er für einen Nachfolgemieter allenfalls den Mieterausbau auf eigene Kosten zurück bauen. Deshalb kann ein Mieterausbau nur zu Pfandrechten berechtigen, wenn der Ausbau im ausdrücklichen Sinne und Interesse des Eigentümers erfolgt. Diese Gewähr besteht nur dann, wenn er dem Mieter zu konkret bezeichneten baulichen Massnahmen die Bauerlaubnis erteilt.

Zur Verdeutlichung dieser notwendigen Präzisierung ist der mögliche Pfandrechtsfall bei Mieter- oder Pächterausbauten vor Augen zu führen:

Zur Anwendung kommt das Bauhandwerkerpfandrecht nur, wenn der Schuldner, der Mieter/Pächter, seiner Zahlungspflicht nicht nachkommt. Das heisst, der Mieter ist zahlungsunfähig. In diesem Falle hat der Vermieter regelmässig einen Mietzinsverlust zu tragen. Das ist sein unternehmerisches Risiko. Doch mit der vorgesehenen Regelung soll er darüber hinaus auch bauliche Massnahmen übernehmen müssen, die er nicht konkret bewilligt hat. Wenn er auch noch ein klein wenig Pech hat, so sind die Mieterausbauten vollkommen unnütz. Er hat auch den Rückbau zu finanzieren. Zur Abwendung des Handwerkerpfandrechts ist Vermieter dann auf den Beweis der fehlenden Wertvermehrung im Prozess angewiesen. Das ist sachlich nicht gerechtfertigt.

Mit der konkreten schriftlichen Zustimmung, die nicht zu weit zurückliegen darf, wird Rechtssicherheit in einem Bereich geschaffen, der sonst leider oft missbraucht wird. Die Unbedachtheit der Handwerker, überall zu bauen und dabei selbstverständlich auf ein Handwerkerpfandrecht abzustellen, ist nicht schützenswert. Es ist Handwerkern ohne weiteres zuzumuten, sich nach der Zustimmung des Eigentümers im Voraus zu erkundigen. So genau wie die Handwerker über das Eintragungsprozedere informiert sind, so kann von ihnen präventiv auch verlangt werden, dass sie sich im Voraus über die Zulässigkeit informieren. Schliesslich werden auch die Bauplätze im Voraus besichtigt und die zu leistenden Arbeiten im Voraus besprochen.

Die hier vorgeschlagene Präzisierung ist für die Vermieter und Eigentümer von hoher Bedeutung.

ad ZGB 841a                      Das vorgesehene Subpfandrecht des Subunternehmers erscheint uns zu kompliziert in der Handhabung. Wir lehnen diese Neuerung ab.

### **E. Übrige Revisionsvorschläge**

- ad. ZGB 647 I                      Zustimmung
- ad ZGB 649a II                    Zustimmung
- ad ZGB 650 II                    Zustimmung
- ad ZGB 666a und b              Wertvolle Ergänzung
- ad ZGB 679 II                    Ablehnung: Diese Erweiterung wird neue und schwer quantifizierbare Prozesse bei Neubauten geben. Die Bauordnungen sehen regelmässig Bauten vor, die einander Licht (und Aussicht) entziehen. Somit wird trotz öffentlich-rechtlicher Baumöglichkeit ein Prozess über Schadenersatz mit dem Nachbar provoziert. Alleine die Möglichkeit dieses Prozesses öffnet Tür und Tor für jede Nachbarschaft, welche ein Bauprojekt verhindern oder verzögern will, obwohl das Bauprojekt gegebenenfalls der Bauordnung entspricht und damit rechtmässig wäre. Die Prozessmöglichkeit wird in der Praxis leider zu oft zu Erpressungen missbraucht, was nicht zu fördern ist. Art. 679 II wird entschieden abgelehnt.
- ad ZGB 679 III                    Gute Ergänzung, passt m.E. aber eher zu ZGB 684 II in fine
- ad ZGB 679a I                    Die Einführung einer neuen Kausalhaftung schliesst wohl eine bekannte Lücke zwischen den Anspruchsgrundlagen des Mieters gegenüber seinem Vermieter, der eine Herabsetzung des Mietzinses erwirken kann aus OR 259d, und dem Vermieter gegenüber dem bauenden Nachbarn, der allfälligen Schadenersatz eben nur aus dem restriktiveren ZGB 684 erkämpfen kann. Doch diese Neuerung ist unfair nur zu Lasten des bauenden Nachbarn. Andere Störungen welche zu Mietzinsherabsetzungen führen, kann der Vermieter nach wie vor nicht auf den Verursacher überwälzen. Es fehlt z.B. an einer Haftungsnorm des Flughafenbetreibers oder der Flugzeughalter. Wir stehen der neuen Kausalhaftung skeptisch und ablehnend gegenüber.
- ad. ZGB 679a II                    Diese Ergänzung wird vehement abgelehnt. Die Bauordnung und allenfalls das Verbot der rechtsmissbräuchlichen Ausübung der Rechte (Neidmauer) sind vollauf ausreichende Einschränkungen. Weitere Einschränkungen führen ins absurde. Die bereits zu stark eingeschränkte Eigentumsgarantie darf nicht noch weiter beschwert werden.

ad ZGB 684	Zustimmung
ad ZGB 691 I und III	Zustimmung
ad ZGB 712e – 712q	Zustimmung
ad ZGB 730 II	Zustimmung
ad ZGB 732	Zustimmung
ad ZGB 740a	Abs. 1 verdient Zustimmung, Abs. 2 ist uns unverständlich. Ein Verzicht eines Berechtigten sollte jederzeit möglich sein.
ad ZGB 741 II	Erster Satz: Wertvolle Verdeutlichung Zweiter Satz: vollkommen überflüssig da notorisch und deshalb unbedingt zu streichen.
ad ZGB 742 III	Der gesetzliche Verweis ist materiell richtig. Streichung ist abzulehnen.
ad ZGB 743 und 744	Zustimmung
ad ZGB 779a, b und e	Zustimmung
ad ZGB 782 III	Zustimmung
ad ZGB 784 – 810 II	Zustimmung
ad ZGB 818 I Ziff. 3	U.E. sollte ein verurkundeter Maximalzinsfuss während drei Jahren gesichert sein. Eine Schlechterstellung der Darlehensgeber wird ablehnend aufgenommen.
ad ZGB 819	Zustimmung

Für Rückfragen oder zur Verdeutlichung einzelner Erwägungen steht der Unterzeichnende gerne zur Verfügung.

Dr. Matthias Streiff