

Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement EJPD
Bundesamt für Justiz
3003 Bern

per E-Mail an zz@bj.admin.ch

Bern, 18. Januar 2017

**Vernehmlassung zur Änderung des Obligationenrechts, Auftragsrecht (Frist: 31.12.2016)
Stellungnahme der Demokratischen Juristinnen und Juristen der Schweiz (DJS)**

Sehr geehrte Damen und Herren

Wir bedanken uns für die Einladung zur Stellungnahme im genannten Vernehmlassungsverfahren und die Berücksichtigung unserer verspäteten Eingabe.

I. Einleitung

Unter dem Titel „Anpassung an die Erfordernisse des 21. Jahrhunderts“ schlägt der Bundesrat eine Neuregelung der Beendigung von Auftragsverhältnissen und die Einführung eines neuen Art. 404a OR vor. Das jederzeitige Beendigungsrecht gemäss Art. 404 Abs. 1 soll insofern beseitigt werden, als diese Bestimmung neu nur noch dispositives und nicht mehr wie bis anhin zwingend geltend soll. Die Rechtsfolgen bei Beendigung zur Unzeit sollen den heutigen Erfordernissen nicht mehr genügen. Vorgeschlagen wird deshalb wie erwähnt die Schaffung eines neuen Gesetzesartikels, der das zwingende jederzeitige Beendigungsrecht aufheben und dieses neu der Disposition der Parteien unterstellen soll. Eine Einschränkung soll darin bestehen, dass Wegbedingungen nicht in den AGB enthalten sein dürfen.

II. Stellungnahme der DJS

1. Dem erläuternden Bericht des Bundesrates vom September 2016 ist zu entnehmen, dass der Wirtschaftsstandort Schweiz durch das zwingende jederzeitige Beendigungsrecht bei komplexen Verträgen geschwächt werde.

Nach Gründen, weshalb der Wirtschaftsstandort durch die jahrzehntelange Praxis zu Art. 404 OR geschwächt werde, sucht man im erläuternden Bericht vergeblich. Konkrete Beispiele bleibt der Bericht des Bundesrates schuldig.

2. Auch was in rechtlicher Hinsicht im Bericht ausgeführt wird, entpuppt sich bei näherem Hinsehen als *nicht stichhaltig*.

2.1. Wie dem erläuternden Bericht zu entnehmen ist, hat die Vorlage ganz überwiegend *rein kommerzielle Verträge* im Auge (bspw. Forschungs- und Entwicklungsverträge, Outsourcingverträge, IT - Dienstleistungsverträge, Lizenz- und Alleinvertriebsverträge etc.). Für diese passe ein zwingendes jederzeitiges Beendigungsrecht im Lichte der heutigen Praxisanforderungen nicht mehr.

2.2. Diese Verträge, die nicht selten sehr umfangreich sind und den Vertragsinhalt so präzise wie möglich definieren, werden seit Jahrzehnten als *Innominatverträge* bezeichnet. Sie sind gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung zulässig. Regelmässig enthalten sie Elemente verschiedener, im Schweizerischen Obligationenrecht explizit geregelter, Vertragstypen (Kauf, Miete, Werkvertrag, Auftrag etc.) sowie Regelungen *sui generis* - also solche, die keinem explizit geregelten Vertragstypen zugeordnet werden können, aber aufgrund der Vertragsfreiheit zulässig sind.

Mit solchen Innominatkontrakten setzt sich das Bundesgericht seit den siebziger Jahren auseinander. Quintessenz der Bundesgerichtspraxis ist bis heute, dass nur solche Vertragsbestandteile Bestand haben können, die nach der Natur des Vertrages, dessen Inhalt, sowie den von den Parteien beabsichtigten Zielen mit der konkreten Regelungsmaterie kompatibel sind.

Das gilt auch für das zwingende jederzeitige Beendigungsrecht laut dem geltenden Art. 404 Abs. 1 OR. Wo die jederzeitige Beendigung nicht „passt“, kann sie keine Geltung beanspruchen.

2.3. Nun lässt sich selbst dem Bericht des Bundesrates entnehmen, dass das Bundesgericht bei vorwiegend kommerziellen Verträgen der jederzeitigen Beendigungsmöglichkeit in aller Regel *eine Absage erteilt hat* (vgl. dazu: erläuternder Bericht vom September 2016, S. 7, Fn. 16, *Anwendbarkeit verneint: Chartervertrag, Vertrag über den Anschluss eines Arbeitgebers an eine Sammelstiftung, Franchisingvertrag, Verträge über Vermarktung von Werbeflächen, Lizenz- und Alleinvertriebsverträge* u.a.m.).

Das Bundesgericht wendet deshalb seit vielen Jahren Art. 404 Abs. 1 OR nur dann an, wenn dies sachgerecht erscheint – ansonsten nicht. Vorwiegend kommerzielle Verträge, die anders als in Gestalt von Innominatkontrakten kaum vorstellbar sind, waren und sind vor einer einseitigen und vorzeitigen Beendigung somit aufgrund bewährter Bundesgerichtspraxis geschützt.

Weshalb für komplexe Verträge rein kommerzieller Natur wie Forschungs- und Entwicklungsverträge, Outsourcingverträge sowie IT - Dienstleistungsverträge etwas Anderes gelten sollte, ist nicht ersichtlich. Solche Verträge unterstehen in der Regel nicht dem zwingenden jederzeitigen Beendigungsrecht, sofern sie überhaupt spezifisch auftragsrechtliche Elemente enthalten. Dafür bietet die bisherige Bundesgerichtspraxis Gewähr – und der Bericht nennt denn auch keine Fälle, wo einer der vorgenannten „modernen“ Verträge das Schicksal einer vorzeitigen Vertragsbeendigung erlitten hätte.

2.4. Fazit zu den Revisionsgründen

Weder die Berufung auf die „Erfordernisse des 21. Jahrhunderts“ noch die Aussage, wonach Art. 404 Abs. 1 OR den Wirtschaftssandort schwäche, halten von der Sache her noch rechtlich einer sorgfältigen Prüfung stand.

3. Anpassungsbedarf besteht nach dem Gesagten auch bezüglich der Beendigung zur Unzeit nicht.

3.1. Vielmehr lässt sich zusammenfassend sagen, dass die geltende Regelung auch hinsichtlich kommerzieller Verträge schon seit vielen Jahren genügt. Das zeigt die Rechtsprechung des Bundesgerichts, auf welche im Bericht hingewiesen wird, anschaulich (vgl. dazu: erläuternder Bericht vom September 2016, S. 7, Fn. 16, *Anwendbarkeit verneint: Chartervertrag, Vertrag über den Anschluss eines Arbeitgebers an eine Sammelstiftung,*

Franchisingvertrag, Verträge über Vermarktung von Werbeflächen, Lizenz- und Alleinvertragsverträge u.a.m.).

Der Bundesrat zeigt nicht auf, weshalb dies für „moderne“ kommerzielle Verträge (Forschungs- und Entwicklungsverträge, Outsourcingverträge, IT - Dienstleistungsverträge etc.) anders sein sollte.

4. Andere Gründe für eine Revision?

4.1. Der Bundesrat nennt keine weiteren zureichenden Gründe, die eine Anpassung des geltenden Rechts, und damit die Abschaffung des zwingenden Beendigungsrechts nach Art. 404 Abs. 1 OR gebieten würden.

Insbesondere der Hinweis auf Art. 19 Abs. 2 OR sowie auf Art. 27 Abs. 2 ZGB geht offensichtlich fehl. Beide Bestimmungen normieren Verhaltensweisen, die nur als „ultima ratio“ greifen. Dementsprechend selten sind Gerichtsentscheide, die in Verträge gestützt auf diese Ausnahmebestimmungen eingreifen. Wir erlauben uns dazu auf die bewährte Lehre und Praxis zu verweisen.

Würde Art. 404a VE-OR zu geltendem Recht, so könnten bspw. Ärzte oder Rechtsanwälte mit ihrer Kundschaft vereinbaren, dass das Auftragsverhältnis nur mit einer Kündigungsfrist von drei Monaten beendet werden kann. Angesichts der langjährigen Gerichtspraxis zu Art. 19 Abs. 2 OR und/oder Art. 27 Abs. 2 ZGB würden diese Normen keinen Eingriff in die Vertragsfreiheit rechtfertigen. Vielmehr müsste man sich an bisher undenkbbare Auftragsverhältnisse gewöhnen, die niemand ernsthaft befürworten kann.

4.2. Der Bundesrat preist die Gesetzesänderung als Schutz für Konsumentinnen und Konsumenten an. Auch KMU, welche mit marktmächtigeren Vertragspartnern Geschäfte abwickeln, sollen profitieren können. Dies deshalb, weil die Wegbedingung des zwingenden Beendigungsrechts in AGB unzulässig sein soll.

Vertragsinhalte werden mit wenigen Ausnahmen regelmässig vom marktmächtigen Vertragspartner durchgesetzt, gleichgültig, ob diese in AGB enthalten sind, oder sich aus einem ausgehandelten Vertragswerk ergeben. Konsumentinnen und Konsumenten haben per se keine Marktmacht, KMU gegenüber marktmächtigeren Unternehmen ebenfalls nicht.

Das „Korrektiv“ über den Ausschluss von AGB als Grundlage für die Wegbedingung des zwingenden Beendigungsrechts erweist sich bei Licht betrachtet als „Papiertiger“. Dasselbe gilt erst recht für die in diesem Zusammenhang im Bericht erwähnten Grossanbieter von Massendienstleistungen. Konsumentinnen und Konsumenten wie auch KMU sehen sich in diesem Dienstleistungsbereich in der Schweiz hauptsächlich Banken und Versicherungen gegenüber. Die Versicherungswirtschaft verfügt seit Jahrzehnten über eigene Regeln (VVG), die sie gegenüber den Kunden effizient durchzusetzen vermag. Im Retail - Banking und im Kreditwesen ist im ersten Fall keine Handlungsbedarf erkennbar, und im zweiten Fall bedarf es keiner grundlegenden Revision von Art. 404 OR, sondern einer spezialgesetzlichen Lösung (angemessener Kreditkündigungs- und Kreditgewährungsschutz für KMU).

- 4.3. In Übereinstimmung mit dem Schweizerischen Gewerkschaftsbund (SGB) machen die DJS zudem darauf aufmerksam, dass sich mit der Revision die Gefahr „mittels Auftragsverhältnis (in der Ausgestaltung als Dauerauftrag) Personen als Scheinselbständige einzusetzen und so den Schutz der Arbeitnehmenden und die Bestimmungen gegen Sozial- und Lohndumping ausser Kraft zu setzen“ verstärkt, da der Auftrag mit der Revision immer mehr Ähnlichkeiten mit dem Arbeitsverhältnis erhalten könnte (Schweizerischer Gewerkschaftsbund, Stellungnahme Revision Art. 404a OR vom 20. Dezember 2016, S. 1).

III. Zusammenfassung

Die DJS sehen aufgrund des Gesagten keine überzeugenden Gründe, weshalb das zwingende Beendigungsrecht nach Art. 404 Abs. 1 OR einer dispositiven Lösung weichen sollte.

Insbesondere legt weder die Rücksichtnahme auf den Wirtschaftsstandort Schweiz noch die Rechtslage, insbesondere bei vorwiegend kommerziellen Verträgen (Innominatkontrakte), eine Anpassung im Sinne des Vorschlags des Bundesrats nahe.

Die Gesetzesrevision wird deshalb zur Ablehnung empfohlen.

Mit freundlichen Grüssen,



Melanie Aebli
Geschäftsleiterin DJS



Jürg Oskar Luginbühl
lic. iur. Rechtsanwalt / Fachanwalt SAV Arbeitsrecht