

Frau Bundesrätin  
Simonetta Sommaruga  
Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement (EJPD)  
Bundeshaus West  
3003 Bern

Per E-Mail an: [zz@bj.admin.ch](mailto:zz@bj.admin.ch)

22. Dezember 2016

## Stellungnahme zur Vernehmlassung zur Änderung des Obligationenrechts (OR)

Sehr geehrte Frau Bundesrätin

Mit Schreiben vom 16. September 2016 haben Sie uns eingeladen, zur Änderung des Obligationenrechts Stellung zu nehmen. Diese Gelegenheit der Meinungsäusserung nehmen wir gerne wahr. economiesuisse hat bei den Mitgliedern – bestehend aus 100 Branchenverbänden, 20 kantonalen Handelskammern sowie grösseren Einzelunternehmen – eine Konsultation durchgeführt und nimmt gestützt darauf aus einer übergeordneten gesamtwirtschaftlichen Sicht Stellung.

### Zusammenfassung

Der Auftrag gemäss Art. 394-406 Obligationenrecht (OR) hat in der Wirtschaftspraxis grosse Bedeutung. Der Vertragstyp dient insbesondere als Sammelbecken für alle Arbeits- und Dienstleistungsverträge, welche nicht einem gesetzlichen Sondertypus (z.B. Arbeitsvertrag, spezifische Auftragstypen oder Werkvertrag) unterstehen.

Die interne Vernehmlassung bei economiesuisse hat ergeben, dass einzelne Branchen die Liberalisierungen mit Nachdruck befürworten, andere jedoch sehen keinen Handlungsbedarf für eine Abkehr vom Status quo. Da die vorgeschlagene Änderung letztlich den Akteuren mehr Handlungsfreiheit bringt, unterstützt economiesuisse in **einer gesamtwirtschaftlichen Abwägung die vorgeschlagene Liberalisierung bei der Vertragsgestaltung im Auftragsrecht im Grundsatz.**

**Klar abzulehnen ist aber, dass die Ausweitung der vertraglichen Handlungsfreiheit gerade bei Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) nicht zur Anwendung gelangen soll.**

Soll die neue Bestimmung die beabsichtigte Erleichterung im Geschäftsverkehr und Erhöhung der Rechtssicherheit bringen, sind gerade AGB zwingend von der Liberalisierung zu erfassen. Ansonsten rechtfertigt sich die gesamte Gesetzesrevision angesichts des damit verbundenen Umsetzungsaufwandes nicht und die Revision wäre nicht weiterzuverfolgen.

## **1. Ausgangslage**

Nach Art. 404 OR kann ein Auftrag jederzeit von beiden Parteien beendet werden. Gemäss ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts ist das freie Kündigungsrecht von Art. 404 OR zwingend und darf vertraglich nicht eingeschränkt werden. Nach höchstrichterlicher Rechtsprechung sind somit auch mittelbare Einschränkungen der jederzeitigen Kündbarkeit ungültig, etwa in Form einer Konventionalstrafe für den Fall einer sofortigen Vertragsbeendigung. Eine Kündigung zu Unzeit kann jedoch zu Schadenersatzansprüchen führen.

Diese jederzeitige Widerrufsmöglichkeit von Aufträgen und die scharfe Rechtsprechung des Bundesgerichtes sind nicht nur in Rechtskreisen bekannt. Der Geschäftsverkehr hat entsprechend Mittel gefunden, sich mit dieser weitgehenden Beschränkung der Parteiautonomie und der rechtlichen Ausgangslage zu arrangieren. Ein Blick in die Gerichtspraxis zeigt, dass von den Gerichten gerade in komplexen Fällen angemessene Lösungen gefunden werden können und dadurch unsachgerechte Folgen der jederzeitigen Auflösungsmöglichkeit vermieden werden können. Die Gerichte legen viele Verträge nicht nur gestützt auf das Auftragsrecht, sondern auch unter Beizug von auftragsrechtlichen Elementen in anderen Vertragstypen als gemischte Verträge aus. Im Sinne einer Gesamtauslegung verneinen die Gerichte so in einer Gesamtabwägung in diesen Fällen ein jederzeitiges Widerrufsrecht, resp. sie schränken dieses sinngemäss ein.

Trotz dieser im Grundsatz funktionierenden Praxis bleiben gerade bei der Vertragsgestaltung oft Unklarheiten bestehen. Es lässt sich nicht ausschliessen, dass ein Gericht im Einzelfall bei der Aufhebung zu einer von den Parteien nicht beabsichtigten Auslegung des Vertrages mit entsprechenden Folgen gelangt.

Der bestehende Art. 404 OR soll daher durch einen neuen Art. 404a OR ergänzt werden. Dieser soll es den Parteien erlauben, das jederzeitige Widerrufsrecht einzuschränken. Sie können damit beispielsweise Kündigungsfristen vorsehen oder Konventionalstrafen vereinbaren für den Fall, dass eine Partei den Vertrag vor Ablauf der vereinbarten Vertragslaufzeit beenden will. Damit werden die Handlungsmöglichkeiten der Wirtschaftsakteure vergrössert.

Die Vorschläge des Bundesrates sehen darüberhinausgehend aber auch vor, dass diese Erleichterungen nicht gelten sollen, soweit die Einschränkung des Widerrufsrechtes in Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) stattfinden soll. Dies ungeachtet der bereits geltenden Regel, dass auf ungewöhnliche Bestimmungen in den AGBs speziell hingewiesen muss.

## **2. Grundsätzliche Begrüssung der Liberalisierung**

Im Sinne einer Gesamtabwägung unter Berücksichtigung der teils divergierenden Branchenpositionen schliessen wir uns aus einer gesamtwirtschaftlichen Sicht dem bundesrätlichen Bestreben an, die bestehende Regelung von Art. 404 OR mit einer neuen Bestimmung zu ergänzen. Dies soll es ermöglichen, dass die Parteien einvernehmlich auf das jederzeitige Widerrufsrecht bei Aufträgen verzichten oder dieses einschränken können. Diese Unterstützung geht aber nur soweit, als die neue Bestimmung eine Erhöhung der Flexibilität der Parteien im Geschäftsverkehr bedeutet und die

bestehende Vertragswelt nicht über Gebühr beeinflusst. Weiterhin müsste daher, wie auch vorgesehen, die jederzeitige Widerrufsmöglichkeit als Standard vorgesehen werden und Abweichungen davon müssten die Parteien explizit vereinbaren. Soweit dies uneingeschränkt ermöglicht würde, könnten besser auf die individuellen Bedürfnisse von Vertragsparteien eingehende vertragliche Lösungen im Auftragsrecht entwickelt werden.

### **3. Klare Ablehnung der Einschränkung zu Lasten von AGB**

Dieser Liberalisierung steht aber die Einschränkung von Art 404a Abs.2 E-OR grundsätzlich im Weg. Diese ebenfalls neue Bestimmung sieht vor, dass die jederzeitige Widerrufsmöglichkeit nicht gültig wegbedungen werden kann, wenn die Vereinbarung in AGB erfolgt. Diese Einschränkung lehnen wir ganz grundsätzlich und mit Nachdruck ab.

Sie führt zu einer nicht nachvollziehbaren Andersbehandlung und Schlechterstellung von AGB und somit zur Schaffung eines neuen Vertragstypus im OR. Gleichzeitig führt sie – dies im klaren Widerspruch zum Ziel der Revision – nicht zu einer Vereinfachung, sondern einer Verkomplizierung der rechtlichen Ausgangslage.

Für AGB gilt das Gleiche wie für alle anderen Verträge auch: sie müssen gültig zwischen den Parteien vereinbart werden. Hierzu müssen die folgenden Kriterien erfüllt sein:

- Die AGB sind klar und eindeutig formuliert
- Die AGB werden in Individualverträgen ausdrücklich zum integrierenden Vertragsbestandteil erklärt
- Der Vertragspartner kann den AGB-Inhalt vor Abschluss eines Individualvertrages einsehen

Die Verwendung von AGB ist aus dem Massengeschäft, insbesondere aus Gründen der Zeit- und Kosteneffizienz bei der Vertragsgestaltung, nicht mehr wegzudenken. Um im Massengeschäft Aufwand und Kosten für sich und ihre Kunden zu sparen, verwenden die meisten Anbieter aller Branchen heutzutage standardisierte Vertragsvorlagen, welche höchstens noch mit Bezug auf einzelne Teile individuell auszuhandeln sind. Es ist gerade auch im Interesse der Kunden, dass Abläufe im Zusammenhang mit dem Vertragsschluss effizient, zeit- und kostengünstig strukturiert werden können. Die wesentlichen Eckpfeiler der vertraglichen Regelung müssen zwischen den Parteien in Form von AGB vereinbart werden können. Hierbei sehen die heutigen Regeln und die gelebte Praxis bereits vor, dass es dabei nicht zu Verzerrungen zu Ungunsten der Adressaten der AGB kommt. In den Kernpunkten sind die Adressaten bei der Anwendung von AGB durch Art. 27 ZGB und Art. 8 UWG geschützt. Gültig vereinbarte AGB sind rechtlich damit gleichermassen relevant wie individuell vereinbarte Regelungen; es gibt keine Hierarchie, daran ändern insbesondere auch die sog. Unklarheits- und Ungewöhnlichkeitsregeln im Interesse der Adressaten zu Lasten der Aussteller nichts. Diese Regeln führen aber dazu, dass die Adressaten von AGB rechtlich sogar besser geschützt sind als unter den Auslegungsregeln, welche für im Einzelnen individuell ausgehandelte Verträge gelten würden.

Werden die Voraussetzungen zur Gültigkeit von AGB eingehalten, ist gegen die Verwendung von AGB nichts einzuwenden. AGB sind nicht komplizierter als Individualverträge. Oft ist sogar das Gegenteil der Fall: als standardisiertes Vertragsprodukt können AGB in Bezug auf Einfachheit, grafische Aufarbeitung und damit Verständlichkeit für die Kunden attraktiver ausgestaltet werden, als dies bei Individualverträgen der Fall wäre.

Eine Regelung, die Abweichungen von Art. 404 OR mittels AGB nicht zulässt, würde statt der erwünschten Rechtssicherheit damit sogar vergrösserte Rechtsunsicherheit generieren:

Der Begriff der allgemeinen Geschäftsbedingungen wird im Erläuterungsbericht derart weit umschrieben, dass sogar Vertragsvorlagen, sog. Templates, darunter fallen würden. Es wäre unklar, ab wann solche beispielsweise auf einem Baukastensystem aufbauenden Vertragsvorlagen ausgehandelt wären. Es wäre für die Unternehmen nicht mehr möglich, solche Vertragsvorlagen anzuwenden, wenn diese automatisch als AGB angeschaut würden. Nach der Definition im Erläuterungsbericht würden immer dann AGB im Sinne des Gesetzes vorliegen, wenn nicht explizit von diesen Vorlagen abgewichen wird. Jedenfalls hätte dann die Vertragspartei, welche nicht ihre eigene Vorlage verwendet hat, sondern bereit war, die Vertragsvorlage der Gegenpartei zu akzeptieren, immer die Möglichkeit zu behaupten, es liege ein Ausschluss von Art. 404 OR gemäss AGB vor.

Mit der gewählten Formulierung des Entwurfs für einen neuen Art. 404 OR bestünde das Risiko, dass praktisch alle im Rechtsalltag verwendeten Verträge im Ergebnis als „AGB“ qualifiziert würden. Es käme zu Unklarheiten bei der Abgrenzung zwischen AGB und individuell ausverhandeltem Vertrag. Im Endeffekt würde mangels vernünftigem Anwendungsbereich die Gesetzesänderung ihres eigentlichen Zweckes beraubt.

Dies ist umso bedeutender, da die Bestimmung gerade im Bereich der digitalisierten Geschäftsmodelle, welche auf Skaleneffekten aufbauen und eine Vielzahl an potentiellen Kunden adressieren, von enormer Bedeutung ist. In diesem Umfeld ist es unmöglich, Verträge einzeln zu verhandeln. Damit würde gerade dieses zukunftssträchtige Segment von einer abweichenden Regelung des Kündigungsrechts ausgeschlossen bleiben.

Aus all diesen Gründen ist es nicht gerechtfertigt, Ausnahmen von der strengen Regelung von Art. 404 OR nur in Form von individuell vereinbarten Verträgen zuzulassen. Die Einschränkung, dass Abweichungen von Art. 404 auf dem Weg von AGB nicht zulässig sein sollen, ist ersatzlos zu streichen.

#### **4. Schlussbemerkungen**

Bei der Revision handelt es sich um einen punktuellen Eingriff ins Obligationenrecht. Vor dem Hintergrund möglicher grösserer Revisionsvorhaben in der Zukunft ist es wichtig, dass mit der nun vorgeschlagenen Anpassung keine grundsätzlichen Veränderungen an der Systematik des OR vorgenommen werden. Dies wäre gerade dann der Fall, wenn nun mittels einer neuen Bestimmung zu AGB eine faktische Ausklammerung standardisierter Vertragstypen von der Parteiautonomie vorgenommen würde. Damit könnte eine überschüssende Wirkung in anderen Bereichen in Bezug auf die Anwendung solcher im Geschäftsverkehr unverzichtbarer Vertragsmodelle entstehen.

Schliesslich erscheint uns wichtig, dass die Vorlage auch übergangsrechtliche Fragen hinsichtlich bestehender Mandatsverhältnisse im Sinne der Rechtssicherheit klärt.

Wir danken Ihnen für die Berücksichtigung unserer Anliegen und stehen Ihnen bei Fragen gerne zur Verfügung.

Freundliche Grüsse  
economiesuisse

Thomas Pletscher  
Mitglied der Geschäftsleitung

Erich Herzog  
Stv. Leiter Wettbewerb & Regulatorisches