

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

Bundesamt für Justiz  
Herr David Oppliger  
Bundesrain 20  
CH-3003 Bern

Basel, 29. Dezember 2016  
J.2/ABA

## **Vernehmlassung zur Änderung des Obligationenrechts (Auftragsrecht)**

Sehr geehrter Herr Oppliger  
Sehr geehrte Damen und Herren

Wir beziehen uns auf die am 16. September 2016 eröffnete Vernehmlassung des Bundesrates zur Änderung des Obligationenrechts (Auftragsrecht).

Grundsätzlich ist die Initiative zu begrüßen und die beabsichtigte Gesetzesanpassung sinnvoll, da sie mehr Flexibilität in der Vertragsgestaltung, insbesondere im Zusammenhang mit Geschäften betreffend B2B (Bank to Bank), wie etwa im Bereich IT, zulässt. Durch die beabsichtigte Liberalisierung des zwingenden Charakters des jederzeitigen Widerrufsrechts können insbesondere auch die Rechtssicherheit und die Planbarkeit langfristig orientierter Verbindlichkeiten besser gewährleistet werden. Die geplante Anpassung des Auftragsrechts würde auch eine höhere Bindung an spezialisierte Dienstleister ermöglichen und gleichzeitig den traditionellen „besonderen Vertrauensverhältnissen“ (Rechtsanwälte, Ärzte etc.) Rechnung tragen. Das flexibilisierte Kündigungsrecht stärkt darüber hinaus die Parteiautonomie und ist auch vor diesem Hintergrund zu begrüßen. Missbrauchsbedenken bezüglich der neuen Regelung erweisen sich, zumal mit Blick auf den in Art. 27 des Zivilgesetzbuchs normierten Schutz vor übermässiger Bindung, als unbegründet.

Allerdings ist zu beachten, dass viele der von diesen Anpassungen des Auftragsrechts betroffenen Geschäftsbeziehungen gestützt auf standardisiert verwendete Verträge und Allgemeine Geschäftsbedingungen geregelt werden. Es entspräche nicht den wirtschaftlichen Realitäten, all diesen Vertragsverhältnissen Ausnahmen vom zwingenden Charakter von Art. 404 OR abzusprechen. Die im aktuellen Vorschlag in Art. 404a Abs. 2 OR vorgesehene „AGB-Feindlichkeit“ ist somit abzulehnen.

Darüber hinaus böte die Revision auch Gelegenheit, den unglücklich formulierten Art. 404 OR im Sinne der folgenden Ausführungen (vgl. Ziff. 1) zu revidieren. Schliesslich wäre es wünschenswert im Gesetz die Möglichkeit explizit zu erwähnen, die Beendigungsfolgen zu regeln.

Wir bedanken uns für die Gelegenheit, Ihnen unsere Position und unsere Überlegungen im Detail wie folgt darzulegen:

## 1. Präzisere Formulierung

1.1 Die vorgeschlagenen Anpassungen beim Auftragsrecht bieten eine günstige Gelegenheit, die verwirrende Terminologie „Widerruf oder Kündigung“ in Art. 404 Abs. 1 und „Rücktritt“ in Abs. 2 OR zu präzisieren. Einen Widerruf von Verträgen gibt es nicht. Wenn schon könnte, allenfalls eine entsprechende Willenserklärung widerrufen werden. Auch der Rücktritt von einem Vertrag ist regelmässig nur unter der Voraussetzung möglich, dass ein Fehlverhalten der anderen Partei vorliegt. Aus diesen Gründen sollte präzisierend von einem jederzeitigen Kündigungsrecht mit sofortiger Wirkung gesprochen werden.

1.2 Ausserdem verwendet Art. 404 OR eine etwas veraltete Begrifflichkeit („von jedem Teile“ anstatt „von jeder Partei“); das OR verwendet den Ausdruck „Teil“ im Sinne von Partei vereinzelt, jedoch sind die Begriffe „Partei“ und „Gegenpartei“ weitaus häufiger anzutreffen.

1.3 Im Erläuterungsbericht heisst es weiter, es sei auch beabsichtigt, die Beendigungsfolgen zur Disposition der Parteien zu stellen, was derzeit nicht der Fall ist. Auch dieses Ansinnen des Gesetzgebers ist sehr zu begrüssen, sollte aber in der neuen Bestimmung erwähnt werden. Dies zumal der geltende Art. 404 Abs. 2 OR die Schadenersatzfrage ausdrücklich thematisiert. Wir schlagen vor, dass Art. 404 Abs. 2 OR präzisiert wird und von „Ersatz des aus dem Dahinfallen des Vertrages erwachsenen Schadens“ gesprochen wird (vgl. Art. 109 Abs. 2 OR), statt wie bisher nur von Ersatz des verursachten Schadens. Ausserdem soll der neue Art. 404a Abs. 1 E-OR auf die Möglichkeit, die Beendigungsfolgen zu Regeln eingehen. Er könnte bspw. folgenden Wortlaut haben: „Die Parteien eines Auftrags können von Art. 404 OR abweichen.“ oder „Vereinbarungen, welche eine Abweichung vom jederzeitigen Kündigungsrecht mit sofortiger Wirkung oder von dessen Folgen zum Gegenstand haben, sind zulässig.“ Vgl. dazu den Formulierungsvorschlag in Ziff. 4 dieser Stellungnahme.

## 2. Starre Einschränkungen im Auftragsrecht nicht angemessen

2.1 Der Gesetzgeber tut gut daran, sich in Bezug auf die Anforderungen nach Art. 404 OR von der klassischen Sichtweise zu lösen und generell eine Möglichkeit der Abweichung von dem „jederzeitigen Widerrufs- und Kündigungsrecht“ einzuführen. Entscheidend sind der Inhalt des Vertrages und der übereinstimmende Wille der Parteien, sich vertraglich – hier im Rahmen eines Auftrags – zu binden. Liegt dieses Element der Bindung primär in einem Dauerschuldverhältnis, das eben auch auftragsrechtlicher Natur sein kann, sollen die Parteien innerhalb der Vertragsfreiheit vertraglich ordentliche Kündigungsfristen vorsehen können. Dieses Vorgehen entspricht dem heutigen Bedürfnis der Wirtschaft und dient auch der Rechtssicherheit.

2.2 Bei zahlreichen Vertragsbeziehungen bezwecken die Parteien eine von gegenseitigem Vertrauen geprägte, auf Dauer und Langfristigkeit angelegte Zusammenarbeit. Dementsprechend hoch sind deshalb auch die Investitionen in Form von Geld und weiterem Aufwand, z.B. Zurverfügungstellung von Personal, Räumlichkeiten und Technik, im Hinblick auf solche Vertragsbeziehungen. Die getätigten Investments und das ge-

gegenseitiges Vertrauen dürfen nicht durch zwingende Kündigungsbestimmungen enttäuscht werden. Dies umso weniger, als dies nur deshalb der Fall sein soll, weil solche Vertragsverhältnisse gestützt auf ein starres alt-römisches Vertragsverständnis als Aufträge qualifiziert werden, obwohl dies in der heutigen Zeit mit einer weltweit-vernetzten und von arbeitsteiligen Abläufen geprägten Wirtschaft nicht mehr angemessen ist. Selbst im alten Rom gab es die wichtige und hochangesehene Funktion der Prätores, welche als sog. Markttrichter die Kompetenz hatten, nicht mehr angemessene Regeln an neu entstandene legitime Bedürfnisse des Marktes anzupassen. Umso mehr muss dies heute der Fall sein.

2.3 Typische Beispiele sind etwa Vertragsbeziehungen im Bereich Liegenschaften (z.B. Bautreuhand, Immobilien-Dienstleistungen wie z.B. Liegenschaftsverwaltung etc.) oder IT (z.B. Betrieb u. Wartung von IT-Systemen). Solche Verträge werden typischerweise nicht ausschliesslich zwischen Unternehmen abgeschlossen, sondern durchaus auch zwischen einem privaten Auftraggeber und dem die gewünschte Dienstleistung erbringenden Unternehmen.

2.4 Im Bereich von Finanzdienstleistungen werden heute zahlreiche Vertragsverhältnisse in der Gerichtspraxis starr als Aufträge qualifiziert. Dies ist insbesondere mit Bezug auf die strukturierten, auf Dauer ausgelegten Finanzdienstleistungen, Anlageberatung und Vermögensverwaltung, der Fall. Gerade bei solchen auf gegenseitigem Vertrauen beruhenden Vertragsverhältnissen wünschen die Parteien typischerweise – nur schon aus anlagetechnischen Gründen – eine auf Dauer und Langfristigkeit angelegte Zusammenarbeit. Gerade deshalb begründen solche Vertragsverhältnisse im beidseitigen Interesse auch privilegierte Rechtsverhältnisse, welche entweder – wie z.B. die Vermögensverwaltung – die Kunden zu qualifizierten Anlegern machen oder die von engem Vertrauensverhältnis geprägte vertragliche Beziehung – wie z.B. die strukturierte, auf Dauer ausgelegte Anlageberatung – von gewissen rechtlichen Pflichten ausnimmt (vgl. z.B. Art. 3 Abs. 2 lit. a-c KAG i.V.m. Art. 3 Abs. 3 lit. a u. b KKV; Art. 10 Abs. 3<sup>bis</sup> u. 3<sup>ter</sup> KAG; zum Ganzen Werner Wyss, in: Basler Kommentar zum KAG, Bösch/Rayroux/Winzeler/Stupp [Hrsg.], 2. A., Basel 2016, Art. 10 KAG, N 11a, N 52 ff., insb. N 55, u. N 83 ff., insb. N 85 ff.). Kunden, welche solche Finanzdienstleistungen in Anspruch nehmen, können Unternehmen sein, sind häufig aber Privatpersonen. Solche Vertrauensverhältnisse dürfen nicht durch zwingende sofortige Kündigungsrechte unterminiert werden. Auch das Bestehen eines erhöhten Vertrauensverhältnisses fördert somit in der heutigen wirtschaftlichen Realität eine auf Dauer und Langfristigkeit angelegte Vertragsbeziehung und benötigt deshalb kein zwingendes sofortiges Kündigungsrecht.

2.5 Viele solcher Geschäftsbeziehungen wie vorstehend in Ziff. 2.3 u. 2.4 skizziert, werden gestützt auf standardisiert verwendete, nicht im Einzelnen individuell ausgehandelte Verträge geregelt. Solche Verträge können je nach Auslegung bereits als „AGB“ qualifizieren. Es ist nicht sachgerecht, solchen klarerweise auf Dauer und Langfristigkeit ausgerichteten Vertragsverhältnissen, welche sogar gesetzlich gefördert werden, legitime Ausnahmen vom zwingenden Charakter von Art. 404 OR vorzuenthalten.

2.6 Die Kunden werden mit solchen Verträgen nicht ihres Rechtsschutzes beraubt. Wird das von Ihnen in die Person des Finanzdienstleisters gesetzte Vertrauen enttäuscht, können die Kunden selbstverständlich Schadenersatz geltend machen (Werner Wyss, a.a.O., Art. 10 KAG N 95).

### 3. Einschränkungen mit Bezug auf Regelungen in AGB nicht angemessen

3.1 In einer im Interesse der Kunden selbst effizient sowie zeit- und kostengünstig strukturierten Wirtschaft ist es unumgänglich, wesentliche Eckpfeiler der vertraglichen Regelung zwischen den Parteien in Form von Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) zu vereinbaren. Gültig vereinbarte AGB sind rechtlich ebenso relevant wie individuell vereinbarte Regelungen.

3.2 Damit AGB gültig vereinbart werden, ist notwendig, dass (a) die AGB klar und eindeutig formuliert sind, (b) in Individualverträgen ausdrücklich zum integrierenden Vertragsbestandteil erklärt werden und (c) der Vertragspartner den AGB-Inhalt vor Abschluss eines Individualvertrages einsehen kann (Urs Emch/Hugo Renz/Reto Arpagaus, Das Schweizerische Bankgeschäft, 7. A., Zürich 2011, N 179).

3.3 Ein wesentlicher Vorteil von AGB ist, dass die Aufwendungen für die Vertragsgestaltung und als Folge davon auch die Gesamtaufwendungen für die vertraglich geregelten Produkte bzw. Dienstleistungen gering gehalten werden können. Damit bleiben auch die vom Vertragspartner zu übernehmenden Kosten für die Inanspruchnahme der Produkte bzw. Dienstleistungen geringer, als dies der Fall wäre, wenn die Vertragsverhältnisse ausschliesslich mit Individualverträgen geregelt würden.

3.4 Ein weiterer wesentlicher Vorteil von AGB ist zudem, dass später allenfalls notwendige Änderungen der AGB effizienter mit gleicher und überdies gleichzeitiger Wirkung für alle Vertragspartner vorgenommen werden können. Auch bei solchen späteren Änderungen sind selbstverständlich zur Gültigkeit vorgenannte Voraussetzungen einzuhalten. Zusätzlich sind geänderte AGB allen Vertragspartnern frühzeitig unter Einhaltung der vertraglich vereinbarten Kündigungsfrist abzugeben. So wird der Vertragspartner in die Lage versetzt, bei Nichteinverständnis das Vertragsverhältnis aufzulösen, bevor die geänderten AGB rechtsrelevant werden. Um das Verständnis von AGB-Änderungen zu fördern, und in Nachachtung von Art. 8 UWG, hat sich in den letzten Jahren überdies die Usanz etabliert, über die wesentlichen in den AGB vorgenommenen Änderungen zusätzlich mit Begleitbrief zu informieren.

3.5 Soweit einzelne AGB-Klauseln aus Sicht des Kunden gleichwohl unklar bleiben oder sogar – für den Kunden überraschend – vom im Geschäftsverkehr Üblichen abweichen, sind sie in Anwendung der sog. Unklarheits- und Ungewöhnlichkeitsregeln im Interesse des Kunden zu Lasten des Anbieters auszulegen (Emch/Renz/Arpagaus, a.a.O., N 180). Die Kunden sind somit unter AGB-Recht rechtlich sogar besser geschützt als unter den Auslegungsregeln, welche für im Einzelnen individuell ausgehandelte Verträge gelten würden.

3.6 Die Rechtslage zur Gültigkeit von AGB ist nicht anders als bei arbeitsrechtlichen Regelungen von gewisser Tragweite, welche unternehmensintern aus Effizienzgründen vom Arbeitgeber nicht mit jedem Mitarbeitenden individuell vereinbart werden, sondern in Form z.B. eines Arbeitsreglementes jedem Mitarbeitenden gleichzeitig zusammen mit dem Individualarbeitsvertrag abgegeben werden (vgl. Ullin Streiff/Adrian von Känel/Roger Rudolph, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 7. A., Zürich 2012, Art. 320 OR N 2 ff.).

3.7 Die Verwendung von AGB ist aus der massengeschäftstauglichen, zeit- und kosten-effizienten Vertragsgestaltung nicht mehr wegzudenken (vgl. Emch/Renz/Arpagaus, a.a.O., N 175).

3.8 Werden die Voraussetzungen zur Gültigkeit von AGB eingehalten, ist gegen die Verwendung von AGB auch nichts einzuwenden. Insbesondere kann nicht gesagt werden, dass AGB komplizierter als Individualverträge formuliert seien. Das Gegenteil ist der Fall: Als eine Art Grundverfassung der weiteren gegenseitigen Vertragsbeziehungen (vgl. Emch/Renz/Arpagaus, a.a.O., N 175) sind die AGB typischerweise sogar weniger umfangreich, viel klarer und einfacher verständlich formuliert als manche Regelung in Individualverträgen.

3.9 Eine Regelung, die Abweichungen von Art. 404 OR mittels AGB nicht zuliesse, würde statt der erwünschten Rechtssicherheit sogar Rechtsunsicherheit generieren. Um insbesondere im Massengeschäft Aufwand und Kosten für sich und ihre Kunden zu sparen, verwenden die allermeisten Anbieter aller Branchen heutzutage standardisierte Vertragsvorlagen, welche höchstens noch mit Bezug auf einzelne Teile individuell auszuhandeln sind (Emch/Renz/Arpagaus, a.a.O., N 174), bei Vermögensverwaltungsverträgen z.B. mit Bezug auf die gestützt auf die durchgeführte Suitability-Prüfung festgelegte Anlagestrategie. Ohne Standardisierung wären Aufwand und Kosten enorm. Die Kunden wären nicht bereit, die anfallenden Kosten zu tragen, und die Anbieter wären mangels Standardisierung nicht in der Lage, ihre Produkte und Dienstleistungen einem – bei Banken aufsichtsrechtlich geforderten – vernünftigen und effizienten Risikomanagement zu unterstellen (vgl. Emch/Renz/Arpagaus, a.a.O., N 175). In einer weiten Auslegung des Begriffes „AGB“, welche in bestimmten Jurisdiktionen tatsächlich Anwendung findet, qualifizieren solche vom Anbieter standardisiert verwendete, nicht im Einzelnen individuell ausgehandelte Verträge bereits als „AGB“. Mit der gewählten Formulierung des Entwurfs für einen neuen Art. 404 OR bestünde somit das erhebliche Risiko, dass praktisch alle im Rechtsalltag verwendeten Verträge im Ergebnis als „AGB“ qualifizieren. Mangels vernünftigem Anwendungsbereich würde die Gesetzesänderung ihres Zweckes beraubt. Es entstehen also zahlreiche Abgrenzungsfragen. Der Begriff der allgemeinen Geschäftsbedingungen wird im Erläuterungsbericht derart weit umschrieben, dass auch Vertragsvorlagen darunter fallen. Ab wann wären solche vorformulierten Vertragsvorlagen ausgehandelt? Unternehmen können ohne Vertragsvorlagen zu verwenden, nicht effizient Geschäfte führen. Es würden wohl immer 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. Es gäbe daher einen gewissen Druck von vorformulierten Vorlagen in irgendeiner Form abzuweichen, obwohl das möglicherweise weder gewünscht noch sinnvoll ist.

3.10 Der Vergleich im Erläuterungsbericht mit dem Kündigungsschutz im Mietrecht zeigt ausserdem klar den durch den Sozialschutz motivierten Hintergrund dieser Bestimmung. Dieser Sozialschutz ist entgegen dem Erläuterungsbericht für KMU nicht sachgerecht. Die Befürchtung KMU könnten in für sie unvorteilhaften AGB gezwungen werden, auf die besonderen Vertragsauflösungsrechte gemäss Art. 404 OR zu verzichten, mag zwar zutreffen. Wenn aber die Verhandlungsmacht sehr einseitig verteilt ist,

wird dasselbe Ergebnis auch von Verhandlungen resultieren. Die Bestimmung generiert daher nur unnötigen Verhandlungsaufwand.

3.11 In Bezug auf Konsumentenverträge ist die Bestimmung ebenso deplatziert. Im Bereich des E-Commerce (Fintech!) ist es unmöglich, Verträge einzeln zu verhandeln. Dieses ganze Segment würde von einer abweichenden Regelung des Kündigungsrechts ausgeschlossen bleiben. Wie der erläuternde Bericht zutreffend ausführt, sind die Konsumenten im höchstpersönlichen Kernbereich ohnehin durch Art. 27 ZGB geschützt und gilt im Bereich der AGB Art. 8 UWG. Zudem verhindert die Ungewöhnlichkeitsregel, dass exotische Kündigungsvarianten in AGB vereinbart werden. Aber auch ausserhalb des E-Commerce ist eine solche Regel unpraktikabel und würde dazu führen, dass immer ein jederzeitiges Kündigungsrecht besteht. Es ist nicht realistisch den Kunden nebst der kompletten Vertragsdokumentation auch noch einzeln einen Verzicht auf das jederzeitige Kündigungsrecht vorzulegen.

3.12 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 sind, ist demzufolge ersatzlos zu streichen.

#### 4. Formulierungsvorschläge für Art. 404 und Art. 404a OR

Gemäss den Ausführungen schlagen wir für Art. 404 und Art. 404a OR konkret folgenden angepassten Wortlaut vor:

D. Beendigung	Art. 404
I. Gründe	
1. <del>Widerruf</del> , Jederzeitiges Kündigungsrecht mit sofortiger Wirkung	1 Der Auftrag kann von jeder Partei Teile jederzeit <del>widerrufen oder</del> und mit sofortiger Wirkung gekündigt werden. 2 Erfolgt dies jedoch zur Unzeit, so ist <del>der zurücktretende die kündigende Teil</del> Partei zum Ersatze des dem anderen <del>aus dem Dahinfallen des Vertrages</del> verursachten Schadens verpflichtet.
a. Grundsatz	
b. Abweichende Vereinbarungen	Art. 404a 1 Das jederzeitige <del>Widerrufs- oder</del> Kündigungsrecht mit sofortiger Wirkung kann wegbedungen oder eingeschränkt werden. <del>2 Eine solche Abrede ist nichtig, wenn sie in allgemeinen Geschäftsbedingungen enthalten ist.</del>

\*\*\*

Wir bedanken uns für die wohlwollende Prüfung unserer Kommentare und Anliegen.

Für allfällige Rückfragen oder eine vertiefte Erörterung unserer Stellungnahme stehen wir Ihnen selbstverständlich jederzeit gerne zur Verfügung.

Freundliche Grüsse  
Schweizerische Bankiervereinigung

  
Christoph Winzeler

  
Andreas Barfuss