

Frau
Bundesrätin Simonetta Sommaruga
Vorsteherin des EJPD
Bundeshaus West
3003 Bern

Per E-Mail: zz@bj.admin.ch

Zürich, 20. Dezember 2016 / BW

Änderung des Obligationenrechts (Auftragsrecht); Vernehmlassung

Sehr geehrte Frau Bundesrätin
Sehr geehrte Damen und Herren

Gerne nehmen wir als Dachorganisation der Schweizer Bauwirtschaft zu dieser Vorlage innert Frist bis zum 31. Dezember 2016 Stellung. Wir unterstützen die Stellungnahme der usic; die Planer sind von der Vorlage besonders betroffen.

bauenschweiz lehnt die Vorlage ab.

Vorlage

Das Auftragsrecht kennt mit Art. 404 OR ein jederzeitiges Kündigungsrecht beider Parteien. Die Vernehmlassungsvorlage sieht einen neuen Art. 404a OR vor, welcher es den Parteien erlaubt, vertraglich vom jederzeitigen Kündigungsrecht abzuweichen.

Bedeutung für Planerverträge

Die vom Ingenieur- oder Planungsunternehmen zu erbringenden Leistungen werden in einem Planervertrag mit dem Auftraggeber definiert. In der Vielzahl der Fälle, in welchen Planerleistungen im Rahmen eines gemischten Vertrages oder alleine nach Auftragsrecht zu erbringen sind, findet das Kündigungsrecht von Art. 404 OR Anwendung.

Vertragsbeziehungen, bei welchen das Vertrauensverhältnis zwischen Auftraggeber und Beauftragten im Vordergrund steht, benötigen nach wie vor und uneingeschränkt die Möglichkeit der jederzeitigen Kündigung. Es ist z.B. schlechterdings nicht denkbar, dass sich ein Patient auf längere Dauer einem Arzt gegenüber verpflichtet und ihm auch bei einem Vertrauensverlust keine Möglichkeit der sofortigen Vertragsbeendigung offen steht. Zu diesen Auftragsverhältnissen gehört auch die Beziehungen zwischen Anwalt und Klient, Vermögensverwalter und Kunde und das Verhältnis zwischen einem Ingenieur/Planer und einem Bauherrn. Auch dieses basiert stark auf Vertrauen – der Planer ist der Treuhänder des Bauherrn. Auch bei Planerverträgen sind zahlreiche Situationen denkbar, in welchem ein Festhalten an den Vertrag nicht zumutbar ist und ein jederzeitiges Kündigungsrecht

unabdingbar ist: Zu denken ist etwa an den Bauherrn, der gezwungen wäre, ein Haus zu bauen nach Vorschlägen des Architekten, obschon ihm diese nicht mehr gefallen. Das Kündigungsrecht muss aber auch dem Dienstleister zustehen: Der Architekt soll das Vertragsverhältnis zum Bauherrn auflösen können, wenn dieser darauf insistiert, einen Baustil umzusetzen, welcher das berufliche Ansehen des Architekten schädigen würde.

In den gebräuchlichen SIA-Standardverträgen wird das Kündigungsrecht nach Art. 404 OR daher nicht irgendwie eingeschränkt, sondern seit den Revisionen von 2014 sogar auf Rechtsverhältnisse ausgedehnt, welche ausschliesslich dem Werkvertragsrecht unterstehen (reine Planungsverträge) (vgl. dazu Art. 1.10 der SIA-Honorarordnungen 102, 103, 105 und 108). Diese Regelung findet sich dabei nicht nur in den vom Schweizerischen Ingenieur- und Architekten Verein (SIA) herausgegebenen Verträgen, sondern sinngemäss auch im Mustervertrag der Koordinationskonferenz der Bau- und Liegenschaftsorgane der öffentlichen Bauherren (KBOB) (vgl. Art. 18 KBOB-Planervertrag). Dies zeigt, dass die jederzeitige Kündbarkeit von Planerverträgen heute sowohl bei den Planern als auch bei den öffentlichen Bauherren gewünscht wird – und zwar selbst dort, wo dies rechtlich nicht zwingend wäre (soweit nämlich Werkvertragsrecht ausschliesslich anwendbar ist).

Eine Einschränkung des Rechts auf jederzeitige Kündbarkeit von Planerverträgen läuft dem heutigen Trend diametral entgegen. Aus der Sicht der heutigen Bauvertragspraxis ist die Einschränkung des jederzeitigen Kündigungsrechts anachronistisch.

Verträge und AGB schlank halten

Dank der zwingenden Natur von Art. 404 OR braucht es bei Aufträgen nicht nur einen einmaligen beidseitigen Willen den Vertrag abzuschliessen (Art. 1 OR), sondern während der ganzen Vertragsdauer zudem auch den beidseitigen Willen den Vertrag nicht nach Art. 404 OR aufzuheben. Marktteilnehmer verzichten daher manchmal sogar ganz auf schriftliche Verträge – und das funktioniert, weil beide Seite wissen, dass sie jederzeit aussteigen können, wenn sich das Verhältnis ungünstig entwickelt.

Die vorgeschlagene Gesetzesänderung würde zu umfangreichen Vertragsgestaltungen führen. Wem die grundlegende Fairness in Verträgen und schlanke Vertragsurkunden ein Anliegen ist, sollte das zwingende jederzeitige Kündigungsrecht des Art. 404 OR daher nicht einschränken, sondern nach Möglichkeit auf andere Vertragsverhältnisse ausdehnen. Die Praxis des Auftragsrechts (Art. 394 ff. OR) in der Schweizer Baubranche zeigt, dass dies mehr Wirkung hat, als komplizierte AGB je haben könnten.

Differenzierung zu anderen Auftragsverhältnissen

Wir anerkennen das Bedürfnis der heute zunehmend im Dienstleistungssektor tätigen Wirtschaft nach einem Überdenken der heutigen Regelung des Art. 404 OR. Der zwingende Charakter des Kündigungsrechts ist für viele moderne Dienstleistungserträge nicht sachgerecht. Der Bundesrat macht es sich indessen zu einfach, dieses Problem anzugehen mit dem Vorschlag, das jederzeitige Kündigungsrecht von Art. 404 OR rundweg zum dispositiven Recht zu erklären. Vielmehr ist innerhalb der Auftragsarten zu differenzieren.

Die hier beschriebenen „klassischen“ Auftragsverhältnisse mit einer starken Vertrauensbasis zwischen den Parteien (Arzt/Patient, Anwalt/Klient, Planer/Bauherr) sind allenfalls abzugrenzen zu „anderen“ Auftragsverhältnissen, bei denen das Vertrauenselement weniger stark im Vordergrund steht und an welche bei der nun vorliegenden Gesetzesrevision zweifellos in erster Linie gedacht wurde: Bei einem Managementvertrag über den Betrieb

eines Hotels, einem Franchisevertrag oder einen Inkassomandat besteht eine weniger enge Vertrauensbeziehung zwischen Auftraggeber und Beauftragten, weshalb eine dauerhaftere Bindung an den Vertrag durchaus zumutbar und sachgerecht ist.

Statt der nun vorgeschlagenen Lösung über einen neuen Art. 404a OR, wäre unserer Ansicht nach ein Regime nach bisheriger Lösung (fixes jederzeitiges Kündigungsrecht) für stark vertrauensbasierte „klassische“ Auftragsverhältnisse sowie allenfalls ein solches für „andere“ Auftragsverhältnisse (Kündigungsrecht dispositiv) zu schaffen. Das jederzeitige Kündigungsrecht für stark vertrauensbasierte Vertragsverhältnisse sollte idealerweise über das Auftragsrecht hinaus für alle stark vertrauensbasierten Vertragsverhältnisse gelten – selbst wenn sie rechtlich nicht als Auftrag nach Art. 394 ff. OR qualifiziert werden (wie z.B. die reinen Planungsverträge, welche als Werkvertrag gem. Art. 363 ff. OR qualifiziert werden).

Antrag

Es ist am bestehenden Art. 404 OR ohne Änderung festzuhalten.

Eventualantrag: Zwingende Gegenseitigkeit

Sollte entgegen der dargelegten Einwände an der Fassung gemäss Vernehmlassungsvorlage festgehalten werden, so müsste zwingend Gegenseitigkeit bestehen: Analog zum Arbeitsrecht (vgl. Art. 335a Abs. 1 OR) dürften für den Auftraggeber und den Beauftragten keine unterschiedlichen Regeln in Bezug auf die Kündigung vereinbart werden (z.B. unterschiedliche Kündigungsfristen oder für eine Partei bleibt das jederzeitige Kündigungsrecht, für die andere nicht).

Wir danken Ihnen für die Berücksichtigung unserer Anliegen.

Freundliche Grüsse

bauenschweiz



Benjamin Wittwer
Direktor