

## Per E-Mail

Eidgenössisches Justiz- und  
Polizeidepartement EJPD  
Frau Bundesrätin Simonetta Sommaruga

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

Bern, 20. Dezember 2016  
[mario.marti@usic.ch](mailto:mario.marti@usic.ch) | T 031 970 08 88

## Änderung des Obligationenrechts (Auftragsrecht); Vernehmlassung

Sehr geehrte Frau Bundesrätin  
Sehr geehrte Damen und Herren

Wir danken Ihnen für die Möglichkeit zur Stellungnahme im Vernehmlassungsverfahren zur geplanten Änderung des Obligationenrechts (Auftragsrecht). Gerne unterbreiten wir Ihnen dazu die folgende Stellungnahme.

Unsere Vereinigung vertritt die Anliegen der planenden Ingenieurunternehmen in der Schweiz und vertritt rund 1'000 Mitgliedsbüros mit insgesamt gut 15'000 Mitarbeitenden. Die Mitgliedsbüros generieren einen jährlichen Bruttohonorarumsatz von über 2.2 Mrd. Franken, dies entspricht einem Anteil von schätzungsweise 40% am gesamten ingenieurrelevanten Ausgabenanteil (inkl. Inhouse-Arbeiten) im Baubereich.

### Vorlage

Das Auftragsrecht kennt mit Art. 404 OR ein jederzeitiges Kündigungsrecht beider Parteien. Der zwingende Charakter des jederzeitigen Kündigungsrechts wird von der Praxis und einem Teil der juristischen Lehre seit längerem kritisiert. Der Ursprung des jederzeitigen Kündigungsrechts liegt im engen Vertrauensverhältnis, welches Charakteristikum vieler klassischer Auftragsbeziehungen ist (Arzt – Patient / Anwalt – Klient / Vermögensverwalter – Kunde). Kritisiert wird, dass moderne Dienstleistungsgeschäfte einer differenzierten Betrachtung bedürfen und dass hier namentlich das Bedürfnis nach einer verlässlichen Beständigkeit der Verträge besteht (z.B. Vertrag mit Werbeagentur, Franchiseverträge, Unternehmensberatung, Management-Verträge etc.).

Das Parlament hat einen Vorstoss von Nationalrat Luc Barthassat (CVP/Genf) überwiesen, der die Änderung von Art. 404 OR verlangt. Der Bundesrat schlägt vor, einen neuen Art. 404a OR zu erlassen, welcher es den Parteien erlaubt, vertraglich vom jederzeitigen Kündigungsrecht abzuweichen. Konkret würde dies bedeuten:

- Das jederzeitige Kündigungsrecht bliebe als Grundsatz weiterhin bestehen (inkl. Unzeit-Regelung). Wer in einem Vertrag nichts Abweichendes vereinbart, unterstellt sich weiterhin dieser Grundsatzregel.
- Neu soll das jederzeitige Kündigungsrecht indessen nicht mehr zwingendes, sondern dispositives Recht sein. Das bedeutet, dass die Parteien vertraglich davon abweichen und eine andere Regelung vereinbaren können. Die Parteien können also namentlich feste Vertragsdauern oder Kündigungsfristen vereinbaren.
- Ausgenommen sind abweichende Vereinbarungen einzig in vorformulierten Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB). Vielmehr müssen sie also immer in der verhandelten Vertragsurkunde enthalten sein.

### **Bedeutung für Planerverträge**

Ingenieur- und Planungsunternehmen erbringen mannigfaltige Dienstleistungen zu Gunsten ihrer Auftraggeber, namentlich Beratungs-, Projektierungs-, Bauleitungs-, Kontrollleistungen und Ähnliches mehr. Im klassischen Bauprozess begleitet der Ingenieur und Planer einen Bauherrn über alle Phasen eines Projektes, d.h. er

- erbringt Beratungsleistungen im Bereich der strategischen Planung,
- erarbeitet Vorstudien,
- erbringt Projektierungsarbeiten (Vorprojekt, Bauprojekt, Auflageprojekt),
- erstellt die Ausschreibungen der Unternehmerleistungen und er
- begleitet die Realisierung und die Inbetriebnahme des Bauvorhabens.

Es kann diesbezüglich auf die gängige Phasenbeschreibung gemäss den Leistungs- und Honorarordnungen des Schweizerischen Ingenieur- und Architektenvereins SIA verwiesen werden (z.B. SIA LHO 103, 108).

Die vom Ingenieur- oder Planungsunternehmen zu erbringenden Leistungen werden in einem Planervertrag mit dem Auftraggeber definiert. Üblicherweise sind diese Leistungen nach werkvertraglichen oder auftragsrechtlichen Regeln zu beurteilen. Reine Projektierungsarbeiten unterstehen in der Regel dem Werkvertragsrecht, reine Beratungsdienstleistungen und insbesondere die Bauleitungsaufgaben unterstehen dem Auftragsrecht. Umfassende Verträge mit verschiedenen Leistungselementen werden als gemischte Verträge qualifiziert; sie bestehen aus Elementen des Werkvertrags- und des Auftragsrechts.

In Bezug auf die vorliegend interessierende Frage der Vertragsauflösung ist gemäss ständiger bundesgerichtlicher Rechtsprechung (vgl. z.B. BGE 127 III 545, dazu HUBERT STÖCKLI, Abschluss und Beendigung von Planerverträgen, in: *Stöckli/Siegenthaler*, Die Planerverträge, Zürich 2013, N 2.104) bei gemischten Verträgen wie den vorliegenden alleine Auftragsrecht anwendbar. Damit ist auf solche Verträge Art. 404 OR anwendbar.

Nur in den eher seltenen Fällen, in welchen Planungs- und Ingenieurunternehmungen ausschliesslich reine Projektierungsarbeiten wahrnehmen, kommt das Kündigungsrecht des Auftragsrechts nicht zur Anwendung, sondern alleine die Regeln des Werkvertragsrechts. In der Vielzahl der Fälle, in welchen Planerleistungen im Rahmen eines gemischten Vertrages oder alleine nach Auftragsrecht zu erbringen sind, findet indessen das Kündigungsrecht von Art. 404 OR Anwendung. Die Ingenieur- und Planungsunternehmen sind deshalb von der vorliegend beabsichtigten Gesetzesänderung unmittelbar, direkt und stark betroffen.

#### **Antrag: Ablehnung der Vorlage**

Die usic anerkennt das Bedürfnis der heute zunehmend im Dienstleistungssektor tätigen Wirtschaft nach einem Überdenken der heutigen Regelung des Art. 404 OR. In der Tat ist der zwingende Charakter des Kündigungsrechts für viele moderne Dienstleistungsverträge nicht sachgerecht. Der Bundesrat macht es sich indessen zu einfach, dieses Problem mit dem Vorschlag anzugehen, das jederzeitige Kündigungsrecht von Art. 404 OR rundweg zum dispositiven Recht zu erklären. Vielmehr wäre es unserer Ansicht nach richtig, dass innerhalb der Auftragsarten differenziert wird:

Vertragsbeziehungen, bei welchen – im klassischen Sinne (vgl. oben) – 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 (er wäre also etwa verpflichtet, eine Operation von einem Arzt durchführen zu lassen, in welchen er kein Vertrauen mehr hat). Zu diesen Auftragsverhältnissen gehören u.E. neben dem Arzt-Patienten-Verhältnis auch die Beziehungen zwischen Anwalt und Klient, Vermögensverwalter und Kunde und insbesondere auch 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. Der Ingenieur soll sich vom Vertrag lösen können, wenn ihn z.B. ein Totalunternehmer als sein Vertragspartner anweist, z.B. zwecks Einsparung von teurem Armierungsstahl nicht normgemäss zu bauen und damit Mängel in Kauf zu nehmen oder bspw. eine Baugrubensicherung günstiger aber riskant zu planen (und damit Schäden an Nachbargebäuden zu riskieren).

In solchen Fällen ist ein jederzeitiges Kündigungsrecht unabdingbar. Die an Art. 2 oder 27 ZGB anknüpfenden Korrekturkonstrukte (z.B. Kündigung aus „wichtigen Gründen“) sind mit vielen Unsicherheiten behaftet und der Rechtssicherheit damit abträglich.

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 Forderung der Rechtslehre nach einer Einschränkung des jederzeitigen Kündigungsrechts anachronistisch.

Zu beachten ist ferner, dass sich das zwingende jederzeitige (und beidseitige) Kündigungsrecht in der Praxis zu einem wichtigen ausgleichenden Faktor in unserer von einseitiger (Nachfrage-)Marktmacht geprägten Branche entwickelt hat: Das jederzeitige Kündigungsrecht wirkt in allzu einseitigen und ungünstigen Vertragsverhältnissen als „Notausgang“ für die schwächere Vertragspartei, da diese das Vertragsverhältnis jederzeit kündigen kann (und sich die von ihr dann zu tragenden Schadenersatzfolgen auf den „Unzeitschaden“ beschränken). Dies hat eine kaum zu unterschätzende präventive Wirkung: Sehr einseitige Verträge kann es im Auftragsrecht bisher kaum geben, denn jede Partei kann ja jederzeit aussteigen. Verträge bei denen nicht beide Seiten einigermassen auf ihre Rechnung kommen, sind nach bisherigem Recht schlicht nicht von Dauer. Denn: 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 Seiten wissen, dass sie jederzeit aussteigen können, wenn sich das Verhältnis ungünstig entwickelt.

Wem die grundlegende Fairness in Verträgen (und schlanken 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 eine komplizierte AGB-Gesetzgebung je haben könnte.

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 die Autoren der nun vorliegenden Gesetzesnovelle zweifellos in erster Linie gedacht haben: Bei einem Managementvertrag über den Betrieb eines Hotels, einem Franchisevertrag oder einem Inkassomandat besteht eine weniger enge Vertrauensbeziehung zwischen Auftraggebern 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).

In der vorliegenden Form können wir den Vorschlag des Bundesrates nicht unterstützen. Wir lehnen ihn ab.

#### **Eventualantrag: Zwingende Gegenseitigkeit**

Sollte entgegen der soeben dargelegten Einwände an der Fassung gemäss aktueller Vorlage festgehalten werden, so wäre zumindest sicherzustellen, dass im Falle einer von Art. 404 OR abweichenden Regelung zwingend Gegenseitigkeit besteht: 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).

Sehr häufig sind Auftragsverhältnisse durch Ungleichgewichte geprägt, teilweise ist der Beauftragte die „mächtigere“ Partei (z.B. der Arzt, die Bank), teilweise der Auftraggeber (z.B. im Baubereich der Bauherr oder der Totalunternehmer). In diesen Konstellationen ist voraussehbar, dass die vertragsmächtigere Partei für sich vorteilhaftere Konditionen vorgibt (z.B. also

für sich selber weiterhin ein jederzeitiges Kündigungsrecht), während die schwächere Gegenpartei zu unattraktiveren Konditionen verpflichtet wird (fixe Vertragsdauer, lange Kündigungsfristen etc.). Die nun vom Bundesrat vorgeschlagene Fassung, wonach solches nicht in Allgemeinen Geschäftsbedingungen erfolgen darf, wäre zwar eine gewisse Hürde, aber keineswegs eine unüberwindbare.

Gerade im Baubereich sind solche Konstellationen leider häufig zu beobachten: Auf der einen Seite die kleinstrukturierte Bau- und Planungsbranche, auf der anderen grosse General- und Totalunternehmer sowie marktmächtige öffentliche und private Bauherren. Bereits heute nutzen die grossen General- und Totalunternehmer sowie die öffentlichen und privaten Bauherren ihre Marktmacht zur Durchsetzung sehr einseitiger Vertragsbedingungen aus und es ist davon auszugehen, dass sie dies auch im Bereich des Kündigungsrechts tun würden. Zum Schutz der Anbieter wäre somit eine zwingende Gegenseitigkeit unabdingbar.

Diese würde mit umgekehrten Kennzeichen auch den unerfahrenen Laienbauherrn gegenüber beauftragten Planungsunternehmen schützen; auch hier ist zu fordern, dass gleiche Regeln für beide Seiten gelten.

Der neue Art. 404a OR wäre entsprechend zu ergänzen.

Wir danken Ihnen für Ihre Kenntnisnahme und bitten um Berücksichtigung unserer Anliegen. Für allfällige Fragen stehen wir gerne zur Verfügung.

Freundliche Grüsse

**USIC**



Heinz Marti  
Präsident



Dr. Mario Marti, Rechtsanwalt  
Geschäftsführer