

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

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

Zürich, 30. Dezember 2016

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

Sehr geehrte Frau Bundesrätin  
Sehr geehrte Damen und Herren

Sie haben mit Schreiben vom 16. September 2016 einen Vorentwurf betreffend die Änderung des Obligationenrechts (Auftragsrecht) unterbreitet und uns zur Vernehmlassung eingeladen. Dafür danken wir Ihnen.

Als Berufs- und Fachverband der Immobilienwirtschaft vertreten wir über 2000 Unternehmen, die Dienstleistungen unter anderem für institutionelle, gewerbliche und private Immobilieneigentümer, Bauherren, Betreiber und Stockwerkeigentümergeinschaften anbieten. Eine überragende Zahl der Dienstleistungsverhältnisse beruhen auf dem einfachen Auftrag gemäss Art. 394ff. OR. In dieser Hinsicht ist unser Wirtschaftssektor vom vorliegenden Änderungsvorschlag stark betroffen. Im erläuternden Bericht zur Vorlage wird die externe Immobilienverwaltung denn auch explizit als Anwendungsbereich von Art. 394ff. bzw. Art. 404 OR erwähnt.

Der erste Teil unserer Erwägungen widmet sich dem Handlungsbedarf für eine Änderung von Art. 404 OR. Eine Umfrage unter unseren Mitgliederorganisationen zeigt, dass die Unternehmen der Immobilienwirtschaft – obwohl in ihrem Kerngeschäft als Beauftragte auf den ersten Blick durch das jederzeitige Kündigungsrecht «belastet» – keinen Bedarf sehen, das Gesetz anzupassen. Es herrscht sogar die Meinung vor, dass die jederzeitige Kündigung uneingeschränkt – und unzweifelhaft für beide Vertragspartner – Bestand haben muss. Auch der Beauftragte soll sein Mandat jederzeit niederlegen können, wenn es die Umstände erfordern. Dies kommt – auch dies zeigt die Umfrage – äusserst selten vor und ist die «Ultima Ratio». Allein die Existenz dieser jederzeitigen Kündigungsmöglichkeit hält die Vertragspartner dazu an, den Vertrag einzuhalten und die vereinbarten Leistungen zur Zufriedenheit des Partners zu erbringen. Schliesslich sind auch Forderungen für einen mutmasslich erlittenen Vertrauensschaden äusserst selten. Der SVIT stellt damit in Abrede, dass die Anwendung von Art. 404 OR in den im Bericht erwähnten Immobilienverwaltungsverträgen «problematisch» ist (erläuternder Bericht, S. 11). Ebenso wenig trifft es zu, dass das jederzeitige Beendigungsrecht «in der überwiegenden Zahl der Fälle den tatsächlichen Parteiinteressen widerspricht» und dass eine feste und unkündbare Vereinbarung in beidseitigem Interesse ist.

Nicht das geltende Recht, sondern vielmehr die Anwendung und die Auslegung desselben durch das oberste Gericht ist nach Ansicht des SVIT realitätsfremd und schwer nachzuvollziehen. Prof. Dr. iur. Peter Gauch kam bereits 1992 in einer Urteilsanmerkung zu BGE 115 II 464ff. zum Schluss, dass das Bundesgericht nicht im Sinn des Gesetzgebers entschied. «Die Rechtsprechung, welche die Vertragsfreiheit übermässig und unnötig beschränkt, verträgt sich weder mit den Grundprinzipien des Vertragsrechts noch mit den Bedürfnissen des modernen Wirtschaftslebens. Selbst wenn man am Grundsatz des zwingenden Art. 404 Abs.1 OR festhalten möchte, so dürfte

dieser Grundsatz in seiner konkreten Anwendung nicht so überdehnt werden, wie es jetzt das Bundesgericht in BGE 115 II 464ff. erneut getan hat.» («recht», 1/1992, S. 9ff.)

Es stellt sich die Frage, ob der Gesetzgeber mit einer Änderung von Art. 404 OR den richtigen Weg wählt, um eine offensichtlich praxisfremde und aus der Geschichte des Gesetzes nicht nachvollziehbare Rechtsanwendung zu korrigieren.

Der zweite Teil der Erörterung umfasst die besondere Bedeutung des Vertrauensverhältnisses im einfachen Auftrag. Diesem Vertrauensverhältnis kommt im typischen einfachen Auftrag und in zahlreichen gemischten Verträgen eine überragende Bedeutung zu. Es ist geradezu der Charakter der unter Art. 394ff. OR fallenden Verträge, selbst wenn sie rein kommerzieller Natur sind. Jedenfalls ist das Vertrauensverhältnis zwischen Bauherr und Bauherrenberater, zwischen Immobilieneigentümer und Bewirtschafter, zwischen Stockwerkeigentümergeinschaft und Verwalter sowie zahlreichen weiteren Dienstleistungsbereichen der Immobilienwirtschaft ein tragendes und unabdingbares Element. Hier argumentiert das Bundesgericht nachvollziehbar, wenn es die zwingende Natur von Art. 404 OR damit begründet, dass es keinen Sinn habe, den Vertrag noch aufrechterhalten zu wollen, wenn das Vertrauensverhältnis zwischen den Parteien zerstört sei. In der Praxis würden die Parteien ihre Zusammenarbeit während einer Kündigungsfrist oder während der restlichen Laufzeit in einem unkündbaren Vertragsverhältnis gemäss Art. 404 VE-OR kaum mehr zur Zufriedenheit beider Seiten fortsetzen oder die Arbeit sogar ganz einstellen. Das Gegenteil zu erwarten, ist aus Sicht des SVIT ebenfalls realitätsfremd.

Ebenso darf es nicht sein, dass die Vertragsparteien Konventionalstrafen vereinbaren können, die über das Mass des negativen Interesses hinausgehen und sie im Ergebnis aneinander binden, obwohl das Vertrauen zerstört und beide Parteien mit einer Beendigung besser fahren würden. Es ist aus der Sicht des SVIT richtig und wichtig, dass im Fall einer Kündigung zur Unzeit ausschliesslich der Vertrauensschaden ersetzt werden muss.

Schliesslich widerspricht der SVIT der im Bericht vertretenen Auffassung, dass bei Verträgen, bei denen «die Leistungen der Parteien in umfangreichen Katalogen relativ genau im Voraus umschrieben oder sich aus der Natur der Geschäfte ergeben», den Parteien zugemutet werden kann, das Ende eines befristeten Vertrags oder eine Kündigungsfrist abzuwarten. Warum der Leistungskatalog, wie er in kommerziellen Vertragsverhältnissen absolut üblich und weit verbreitet ist, das Verhältnis in besonderer Weise qualifiziert, ist nicht einsichtig.

Der dritte Teil widmet sich der Rechtssicherheit als wichtiger Aspekt unserer wirtschaftsfreundlichen Ordnung. Die heutige Regelung darf ungeachtet gewisser Nachteile für wenige Vertragspartner und Anwendungsbereiche als besonders rechtssicher bezeichnet werden. Unsicherheiten ergeben sich allenfalls in der Abgrenzung von reinen Auftragsverhältnissen gegenüber gemischten Verträgen mit den dazugehörigen Konsequenzen hinsichtlich einer Kündigung sowie der Begrenzung des negativen Interesses. Mit Art. 404 VE-OR würde keine dieser Unsicherheiten beseitigt und der Katalog sogar erweitert. Namentlich stellt sich die Frage, wo die Grenze zwischen einer stärkeren und einer schwächeren Partei, zwischen kleinen und mittleren Unternehmen einerseits und «marktmächtigeren Vertragspartnern» andererseits oder zwischen einem Formularvertrag und einem einvernehmlich ausgehandelten Vertrag zu setzen ist. Hier öffnet sich ein grosser Interpretationsspielraum, der die Gerichte geradezu auffordert, das Gesetz zu konkretisieren. Mit der Möglichkeit, einen Schadenersatz auf das positive Interesse vorzusehen, öffnet der Gesetzgeber zudem Tür und Tor für Knebelverträge.

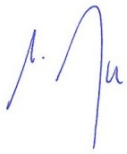
Aus der Erwähnung der Immobilienverwaltungsverträge an verschiedenen Stellen des Berichts muss zudem abgeleitet werden, dass solche Vertragsverhältnisse nicht unter Art. 404 Abs. 2 VE-OR für sog. «Formularverträge» fallen und Art. 404 OR somit dispositives Recht bilden würde. So oder so, es ist zu befürchten, dass sich gewisse Vertragsbedingungen – namentlich Kündigungsfristen oder feste Laufzeiten sowie Konventionalstrafen – nach und nach als branchenüblich etablieren werden und auch «schwächere» Vertragsparteien, i.e. Konsumenten und KMU, solchen Bedingungen mit der Zeit unreflektiert zustimmen werden ohne ihre Rechte zu kennen.

Fazit

Der SVIT lehnt die Vorlage in der vorliegenden Form aufgrund fehlenden Handlungsbedarfs, besonderer Gewichtung des Vertrauensverhältnisses und drohender Rechtsunsicherheit ab.

Wir danken Ihnen für die Erwägung unserer Vernehmlassung.

Hochachtungsvoll,  
Schweizerischer Verband der Immobilienwirtschaft – SVIT Schweiz



Andreas Dürr  
Mitglied der Geschäftsleitung



Ivo Cathomen  
Mitglied der Geschäftsleitung

### **Zum SVIT Schweiz**

Der Schweizerische Verband der Immobilienwirtschaft – SVIT Schweiz – ist die Berufs- und Standesorganisation der Anbieter von Immobiliendienstleistungen namentlich in den Bereichen Bewirtschaftung, Verkauf, Beratung, Bewertung, Entwicklung, Facility Management und Verwaltung von Stockwerkeigentum. Als Dachverband vertritt er die Interessen der Immobilienwirtschaft und von über 25'000 Immobilienfachleuten. Der SVIT Schweiz verfügt über Mitgliederorganisationen in der deutschen, der italienischen und in der französischen Schweiz sowie über verschiedene Fachkammern und die verbandseigene Schule SVIT Swiss Real Estate School.