

# Kritische Bemerkungen zum OR 2020\*

Prof. Dr. iur. Heinrich Honsell (Salzburg)

## I. Einleitung

OR 2020 ist der Entwurf eines mit Erläuterungen<sup>1</sup> versehenen neuen Allgemeinen Teils des Schweizerischen Obligationenrechts, den die Herausgeber *Claire Huguenin* und *Reto Hilty* zusammen mit 27 überwiegend an den Schweizer Universitäten arbeitenden Autoren vorgelegt haben.

Das Obligationenrecht war die erste Kodifikation der neuen Eidgenossenschaft von 1848 und es ist noch heute eines der modernsten Zivilgesetzbücher der Welt. Das OR von 1911 ist trotz mancher Änderungen vor und nach 1911 immer noch mit dem alten OR von 1881/83 identisch, dessen wesentlicher Inhalt nicht verändert wurde. Der eigentliche Schöpfer dieses grossen Werkes war der Berner Professor *Walther Munzinger*. Das OR beruht wie das BGB wesentlich auf dem Dresdner Entwurf, der eine gelungene und relativ originalgetreue Kodifizierung des römisch-gemeinen Rechts war. Es ist ein Werk von schlichter Einfachheit und imponierender Grösse<sup>2</sup>.

## II. Notwendigkeit einer Totalrevision?

Bei einer Totalrevision, die allen Rechtsbeteiligten ein gewaltiges neues Lernpensum abverlangt und die von der Rechtsprechung geleistete Arbeit jedenfalls teilweise gegenstandslos macht, stellt sich die Frage nach ihrer Notwendigkeit mit besonderer Schärfe. Die Herausgeber bejahen sie mit der Behauptung verloren gegangener Über-

sichtlichkeit<sup>3</sup>, von «Lücken» sowie «zu detaillierten, überflüssigen und widersprüchlichen Normen»<sup>4</sup>. Im Detail findet man indes zu dieser verblüffend massiven Kritik kaum etwas. Schon die angeblich verlorene Übersichtlichkeit lässt sich jedenfalls für den Allgemeinen Teil nicht feststellen. Denn die während der hundertjährigen Geltung erfolgten Revisionen waren im Bereich des Allgemeinen Teils marginal, was auf dem hohen dogmatischen Abstraktionsniveau beruht und kaum Änderungsbedarf auslöst. Die meisten Änderungen sind deshalb im Besonderen Teil zu verzeichnen<sup>5</sup>. Deshalb leuchtet es nicht ein, dass der Entwurf die gewohnte Verteilung der Materie auf die bisherigen Artikel aufgibt. Wir müssten jetzt wie beim EU-Vertrag, wo die Nummerierung bei jeder Überarbeitung geändert worden ist, mit dem Hinweis auf ex-Art. arbeiten.

Der Entwurf ist mit 220 Artikeln länger als das vorbildlich kurze OR mit seinen 183 Artikeln, gewinnt aber nicht an Übersichtlichkeit. Die wird auch nicht verbessert, wenn die Geschäftsführung ohne Auftrag statt zum Auftrag<sup>6</sup> zur ungerechtfertigten Bereicherung gestellt wird<sup>7</sup>, auch wenn es zutreffen mag, dass die Materie systematisch in den allgemeinen Teil gehört<sup>8</sup>. Folgerichtig hätte man dann auch die Anweisung zum Vertrag zugunsten Dritter stellen müssen. Die Übervorteilung finden wir jetzt beim Irrtum, Bedingung, Konventionalstrafe usw. werden ohne erkennbaren Grund in einen dritten Abschnitt an den Schluss<sup>9</sup> verschoben. Widersprüche im OR sind äusserst selten und die in jedem Gesetz unvermeidlichen Lücken sind in aller Regel von der Judikatur in befriedigender Weise ausgefüllt worden. Wo also liegt das Problem? Auch der Hinweis auf einige Revisionswünsche, die in der Literatur

anlässlich der Hundertjahrfeiern<sup>10</sup> geäußert worden sind, rechtfertigt ein solches Unterfangen nicht. Wie wenig auch eine vorsichtige und eingeschränkte Revision bringt, und wie viele neue Streiffragen sie hervorruft, zeigt abschreckend die deutsche Schuldrechtsmodernisierung, die mehr neue Probleme aufgeworfen als alte gelöst hat.

### III. Stilistische Anpassungen und Normierung bestehender Praxis

Bei vielen Änderungsvorschlägen geht es nicht um eine inhaltliche Reform, sondern um stilistische Änderungen von fragwürdigem Wert. Gegenüber kosmetischen Korrekturen ist Zurückhaltung angebracht, weil sie der Rechtssicherheit nicht förderlich sind; denn der Anwender fragt bei jeder Änderung, ob und inwieweit auch inhaltliche Korrekturen beabsichtigt sind<sup>11</sup>. Diese Problematik wird sogleich bei dem hier exemplarisch näher zu betrachtenden von *Th. Probst* verantworteten Art. 1 Abs. 1 sichtbar, der künftig lauten soll: Zum Abschluss eines Vertrages *bedarf* es übereinstimmender gegenseitiger Willensäußerungen der Parteien, während der geltende Text formuliert: ... ist die ... Willensäußerung der Parteien *erforderlich*. An der Änderung ist nichts falsch, aber man fragt sich, *cui bono*? Der Plural ist zwar auch möglich, doch hat schon der bisherige Text nicht das Missverständnis nahegelegt, es könnte nur eine Willensäußerung sein, sondern ist zwanglos so zu verstehen, dass jede Partei eine Willensäußerung abgibt. Keinen erkennbaren Vorteil bringt das Prädikat *bedarf* statt *ist erforderlich*. In Abs. 2 macht *schlüssiges Verhalten* im Gegensatz zu *stillschweigend* angesichts der bisherigen

Interpretation keinen Unterschied. Sprachlich ist aber die alte Formulierung des Abs. 2 viel besser: «Sie (sc. die Willensäußerung) kann ausdrücklich oder stillschweigend sein.» gegenüber dem neuen Vorschlag: «Die Willensäußerungen können ausdrücklich oder durch schlüssiges Verhalten erfolgen.» Überflüssig ist der lehrbuchartige Hinweis im neuen Abs. 3: «Die Einigung der Parteien kann durch Annahme eines Antrages, mit oder ohne Verhandlung, oder auf andere Weise erfolgen.» Bisläng regelt das Gesetz in Art. 2 bis 10 nur den konsekutiven Vertragsschluss durch Antrag (Angebot) und Annahme, weil der simultane (gemeinsame Unterzeichnung einer Vertragsurkunde) im Bezug auf das Zustandekommen des Vertrages keine besonderen Fragen aufwirft. In diesem Stil geht es mit Kleinigkeiten weiter, die lang schon geklärt sind. Art. 4 nennt neben dem Telefon «andere Mittel der zeitgleichen Kommunikation». Den verfehlten Art. 7 Abs. 3, wonach die Auslage von Waren als Angebot gilt, behält der Entwurf trotz der namentlich im Internethandel unsinnigen Konsequenzen bei. Eine Offerte ad incertas personas galt in der Dogmengeschichte seit jeher nur als invitatio ad offerendum. Art. 10 normiert neu den in der Judikatur schon immer anerkannten Satz, dass eine abweichende oder verspätete Annahme als ein neuer Antrag gilt<sup>12</sup>. Das dient der Klarheit und Vereinfachung, weil das Spiel von Antrag und Annahme nicht erneut beginnen muss, sondern der Vertragsschluss, wenn der Partner die Abweichung akzeptiert, jetzt einfach konkludent erfolgen kann, z.B. durch Versendung der Ware. Begrüssenswert ist es, dass die in steter Veränderung begriffenen Tatbestände auf der EU-Spielwiese betreffend Konsumentenschutz nicht im

Detail in den Entwurf übernommen wurden. Vorgeschlagen wird nur eine «Ankernorm» betreffend das Widerrufsrecht (Art. 16 ff.), deren Tatbestand in Abs. 1 allerdings zu weit gefasst ist<sup>13</sup>.

#### **IV. Konzeptionelle und inhaltliche Neuerungen**

Doch brechen wir diese notwendig exemplarische Detailbetrachtung ab und wenden uns Inhalt und Konzept des Entwurfs für die wichtigsten Normenkomplexe zu. Die Rechtsfolge des Formmangels soll neu generell vom Formzweck abhängen (Art. 27), während die gesetzliche oder vertragliche Form nach Art. 11 Abs. 2 Gültigkeitserfordernis ist<sup>14</sup>. Diese an sich begrüßenswerte Flexibilisierung ist allerdings mit einer erheblichen Einbusse an Rechtssicherheit verbunden und das Pendel schlägt mit dem Entwurf vielleicht zu weit in die andere Richtung aus. Bislang galt ja, dass eine teleologische Restriktion bei Form und Fristen grundsätzlich nicht in Betracht kommt, und das BGer hat nur in begrenzten Fallgruppen mit dem Rechtsmissbrauch geholfen. Neu sind Vorschriften über Heilung (Art. 29) und Konversion (Art. 35), die in dieselbe Richtung (Vermeidung der Nichtigkeit) zielen. Neben die Schriftform stellt Art. 25 nach deutschem Vorbild eine vereinfachte Textform. Weggefallen ist ohne Begründung der Vorvertrag des Art. 22 OR.

Ein paralleles Konzept verfolgt der Entwurf auch bei Art. 20 (Nichtigkeit wegen Sittenwidrigkeit usw.). Die «starre» Nichtigkeit von Art. 20 wird ohne nähere Erläuterung durch die «flexible» Ungültigkeit ersetzt<sup>15</sup>. Als Schranken nennt Art. 30 nur noch zwingendes Recht und öffentliche

Ordnung, ohne deren weitgehende Übereinstimmung zu thematisieren. Unmöglichkeit und Sittenwidrigkeit sollen wegfallen, ohne dass damit eine inhaltliche Neuregelung angestrebt würde<sup>16</sup>. Die Ungültigkeit soll wie bei der Form (Art. 27) vom Zweck abhängen (Art. 31).

Irrtum, Täuschung und Drohung, zu denen aus systematischen Gründen auch die Übervorteilung (Art. 41) gestellt wird, werden behutsam reformiert<sup>17</sup>. An der Unterscheidung zwischen wesentlichem und unwesentlichem Irrtum wird festgehalten. Die pandektistische Einteilung in *error in persona*, *objecto*, *negotio*, *quantitate* entfällt. Der Tatbestand der Übervorteilung (Art. 41) wird neu formuliert, ohne dass damit eine materielle Änderung angestrebt wird<sup>18</sup>.

Das Deliktsrecht stellt für die Verschuldenshaftung nur noch auf die Verletzung allgemeiner Verhaltenspflichten ab. Daneben tritt eine Organisationshaftung, die eine Unternehmenshaftung einschliesst (Art. 58 f.), und eine Gefährdungshaftung, die allgemein auf gefährliche Tätigkeiten abstellt. Der Entwurf folgt damit teilweise dem Reformentwurf des Haftpflichtrechts von *Widmer/Wessner*<sup>19</sup>, das nicht verwirklicht worden ist. Nach Einschätzung der Autoren<sup>20</sup> sind die Verbesserungen oft nur redaktioneller Art. Zu Recht weggelassen wurde die Huber'sche Regresskaskade<sup>21</sup>.

Eine besonders fragwürdige Neuerung des Entwurfs ist die Aufgabe der Unterscheidung zwischen Ungültigkeit oder Anfechtbarkeit auf der einen und Vertragsaufhebung infolge Rücktritts (Wandlung usw.) auf der anderen Seite. Führt ein Form- oder Inhaltmangel, ein Irrtum usw. ausnahmsweise zur Ungültigkeit eines Vertrages, so erfolgt die Rückabwicklung gemäss Art. 37 und 45 nach den

Vorschriften über die Liquidation (Art. 79–84), die auch für den Rücktritt gelten, und nicht nach Bereicherungs- oder Vindikationsrecht. Ein Vorteil dieser Regelung läge darin, dass die Ungereimtheiten des Prinzips der kausalen Tradition beseitigt würden, was allerdings nur auf Mobilien zutrifft, solange der insoweit eindeutige Art. 974 Abs. 2 ZGB nicht geändert wird<sup>22</sup>. Es geht freilich zu weit, wenn man die Fälle der Nichtigkeit (Ungültigkeit) mit denen des späteren Wegfalls eines Vertrages unter ein einheitliches Regime stellt, für das Fremdworte wie «liquidieren» und «fallieren» gewählt werden, die im OR ein Fremdkörper sind und auf das Konkursrecht beschränkt bleiben sollten. Auch sprachlich ist es grenzwertig, den späteren Wegfall eines Vertrages als Ungültigkeit zu bezeichnen oder in der Terminologie des Entwurfs Entstehungs- und Erfüllungsmängel unter diesem einen Begriff zusammenzufassen. Die Erläuterungen hierzu sind auch in der Sache unsicher und widersprüchlich. So gilt die Vorschrift nach *Huguenin/Hilty/Purtschert*<sup>23</sup> für alle Verträge, die ungültig sind oder deren Wirkungen aus einem anderen Grund entfallen, was mit dem Wortlaut von Art. 79 übereinstimmt. Demgegenüber intoniert die Erläuterung in N 1 vor Art. 79 nur den (späteren) Wegfall. Es heisst dort: «*Verliert* ein Vertrag seine Gültigkeit oder entfallen seine Wirkungen aus einem anderen Grund ...». Auch der ungültige Vertrag soll eine Zeitlang «bestehen bleiben» (N 45), also wohl gültig sein. Die Bestimmung des Zeitpunkts, wann das «Rechtsverhältnis zu liquidieren» ist, bleibt vage<sup>24</sup>. Die postulierte klare Begrifflichkeit ist nicht zu erkennen. Das Einheitskonzept des Entwurfs kann nicht aufgehen. Nichtigkeitsgründe und Leistungsstörungen kön-

nen nicht über einen Leisten geschlagen werden, sondern sind strikt auseinanderzuhalten. Ein weiterer Einwand ist, dass der Konsensmangel (Art. 1) von der Neuregelung offenbar nicht erfasst wird, also immer noch ein Fall anfänglicher Unwirksamkeit bleibt, bei dem nicht von einer Liquidation die Rede ist. Diese Unklarheit setzt sich fort im Bereicherungsrecht, das ohne die ursprünglichen Konditionstypen fortbestehen soll (Art. 64 ff.), aber seiner wesentlichen Anwendungstatbestände der *condictio indebiti, sine causa, ob causam finitam* und *causa data causa non secuta* zugunsten des neuen Liquidationsrechts (Art. 79 ff.) beraubt wird. Die Leistungskondition wird also auf den kleinen restlichen Anwendungsbe- reich von irrtümlichen Leistungen ohne Vertrag reduziert. Es war aber gerade eine dogmatische Errungenschaft, die vertragslose und die (wegen Nichtigkeit) rechtsgrundlose Leistung gleich- zustellen. Auch macht eine eigene Normengruppe für diesen Restfall keinen Sinn.

Das Leistungsstörungenrecht soll in Anlehnung an Art. 45 ff. CISG in einem Einheitstatbestand der verschuldensunabhängigen Pflichtverletzung (Art. 118 ff.) zusammengefasst werden, neben dem nur noch der Verzug (Art. 124 f.) eine selbständige Rolle spielt. Die Einteilung in Unmöglichkeit, Nichterfüllung (inkl. Verzug) und positive Vertragsverletzung soll aufgegeben werden. Dabei wird der Revisionsbedarf der alten auf *F. Mommsen* zurückgehenden Einteilung erheblich überzeichnet<sup>25</sup>.

Licht und Schatten gibt es auch im Verjährungsrecht<sup>26</sup>. So ist es ein Fortschritt, Verjährung und Verwirkung klar zu trennen oder die Unterbrechung durch Klageerhebung für die ganze Verfahrensdauer zu normieren

(Art. 154), anstatt sie, wie bisher, mit jeder Verfahrenshandlung neu beginnen zu lassen. Nicht beifallswert ist es indessen, die Unterscheidung zwischen objektiver und subjektiver Frist aus dem Deliktsrecht (Art. 60 OR) auf alle Ansprüche zu übertragen. Hierzu gibt es, man muss sagen, leider, schon einen ähnlichen Vorentwurf des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements<sup>27</sup>. Art. 149 Abs. 1 sieht eine Dreijahresfrist vor, die mit Kenntnis der Person des Schuldners und der forderungsbegründenden Umstände beginnt. Ohne Rücksicht auf diese Kenntnis soll eine absolute 10-jährige Frist laufen. Die Installierung einer relativen Frist neben der absoluten ist nur im Deliktsrecht und bei der Gefährdungshaftung sinnvoll<sup>28</sup>, denn nur dort kann es vorkommen, dass jemand geschädigt wird, ohne zunächst vom Schaden und/oder Schädiger Kenntnis zu erlangen, und nur dort gilt das Argument, dass der Schuldner zur Verfolgung seiner Rechte erst tätig werden kann, wenn er Kenntnis vom Schaden und Schädiger hat. Ganz anders ist die Lage beim Vertrag. Hier stehen die Parteien in einer Rechtsbeziehung und kennen einander von Anfang an. Nur für das Deliktsrecht trifft auch die ratio legis der kurzen Frist zu, rasch Klarheit zu schaffen, ob ein Anspruch geltend gemacht wird. Diese ratio besteht nur beim zufälligen deliktischen «Aufeinanderprallen», nicht im Vertragsrecht. Nur bei jenem gilt, dass bei Kenntnis aller relevanten Umstände eine Entscheidung darüber, ob ein Haftpflichtanspruch erhoben wird, nicht auf die lange Bank geschoben werden soll. Dass diese ratio legis z.B. bei vertraglichen Erfüllungsansprüchen nicht besteht, liegt auf der Hand. Weshalb sollte z.B. ein Verkäufer oder Darlehensgeber gezwungen werden, rasch

Klarheit zu schaffen, ob er seinen Kaufpreis-, oder Darlehensanspruch geltend machen will oder nicht? Er hat diesen Anspruch und kann ihn bis zum Eintritt der absoluten Verjährung einklagen. Für sekundäre vertragliche Ansprüche etwa auf Schadensersatz<sup>29</sup> gilt nichts anderes. Da der Gläubiger beim Vertrag regelmässig Kenntnis von Anspruch und Person des Schuldners hat, besteht hier schon deshalb kein Grund für eine eigene subjektive Frist. Führt man sie dennoch ein, so läuft im praktischen Ergebnis nur die kurze Frist, und man gelangt zu einer generellen Verkürzung der Verjährung vertraglicher Ansprüche auf drei Jahre. Denn die längere Frist wird wegen der Kenntnis so gut wie nie zum Zuge kommen und ist praktisch bedeutungslos. Eine Dreijahresfrist für alle vertragsbasierten Ansprüche ist aber entschieden zu kurz.

Positive Aspekte, die sich allerdings in der Kodifizierung einer gefestigten Rechtsprechung erschöpfen, sind etwa die *clausula rebus sic stantibus* (Art. 19), die Regelung betreffend missbräuchliche Vertragsklauseln (Art. 33 f.) oder die Aufnahme von Normen über das Dauerschuldverhältnis (Art. 144). Rechtsfiguren, die im Entwurf nicht berücksichtigt sind (quasi eine Verlustliste), sind etwa das Selbstkontrahieren oder das stellvertretende *commodum*.

## V. Schluss

Der Entwurf enthält noch zahlreiche Änderungen, auf die hier nicht eingegangen werden kann. Eine Totalrevision des OR auf der Basis des Entwurfs kann ungeachtet des enormen wissenschaftlichen Aufwands schon deshalb nicht empfohlen werden, weil die Behauptung, das OR 1911 habe seine

Übersichtlichkeit verloren, enthalte Lücken und zu detaillierte, überflüssige und widersprüchliche Normen, weithin nicht zutrifft. Eine Reform des OR sollte sich auf wenige echte Desiderata beschränken und von kosmetischen Korrekturen ebenso fernhalten wie von nicht hinreichend durchdachten Neuerungen.

- \* Dieser Beitrag ist aus der Rezension folgenden Buches entstanden: Huguenin Claire/Hilty Reto M. (Hrsg.): Schweizer Obligationenrecht 2020 – Entwurf für einen neuen Allgemeinen Teil, Paperback, 934 S. (Schulthess Verlag 2013).
- <sup>1</sup> Die Erläuterungen sind überwiegend relativ knapp gefasst, ja zum Teil begründungs- und nachweisarm.
- <sup>2</sup> Näher *Honsell*, 100 Jahre Schweizer Obligationenrecht, ZSR 2011 II 5 ff.
- <sup>3</sup> *Huguenin/Hilty*, Einl. N 1.
- <sup>4</sup> *Huguenin/Hilty*, Einl. N 3.
- <sup>5</sup> Vgl. die Übersicht der Revisionen <http://www.admin.ch/ch/d//sr/2/a220.html>.
- <sup>6</sup> Art. 422 OR.
- <sup>7</sup> Neu Art. 75 ff.
- <sup>8</sup> *Huguenin/Hilty*, Einl. N 22.
- <sup>9</sup> Art. 209 ff. bearbeitet von *Pascal Pichonnaz*.
- <sup>10</sup> Für das OR von 1883 und 1911.
- <sup>11</sup> Vgl. *E. Bucher*, OR AT, 2. A. 1988, 20, dessen Kritik sich auf die Änderungen im OR 1911 bezieht.
- <sup>12</sup> Vgl. auch § 150 BGB.
- <sup>13</sup> «Wer einen Konsumvertrag abschliesst, ohne die ihm angebotene Leistung oder ihre Risiken hinreichend prüfen zu können, ...» Das trifft auch auf die meisten Käufe im Laden zu. Ungenau ist es auch, wenn die Vorschrift auf den Konsumvertrag abstellt, statt auf den Konsumentenvertrag.
- <sup>14</sup> *Emmenegger/Kurzbein*, Art. 21 N 3 f.
- <sup>15</sup> *Huguenin*, Art. 30 N 30 f.
- <sup>16</sup> *Huguenin*, Art. 30 N 2.
- <sup>17</sup> *Wolfgang Ernst*, Vorbem. zu 38 ff. N 2.
- <sup>18</sup> Vgl. oben unter 3.
- <sup>19</sup> *Pierre Widmer/Pierre Wessner*, Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts, Vor-entwurf eines Bundesgesetzes, abrufbar unter: [http://www.ejpd.admin.ch/ejpd/de/home/themen/wirtschaft/ref\\_gesetzgebung/ref\\_abgeschlossene\\_projekte/ref\\_haftpflicht.html](http://www.ejpd.admin.ch/ejpd/de/home/themen/wirtschaft/ref_gesetzgebung/ref_abgeschlossene_projekte/ref_haftpflicht.html), zuletzt besucht 22.8.2013.
- <sup>20</sup> *Fellmann/Müller/Werro*, Einl. 1 vor Art. 46.
- <sup>21</sup> *Furrer/Körner*, Art. 204 N 2; kritisch zu ihr zuletzt *Honsell*, ZSR 2011 II 5 ff.
- <sup>22</sup> Wer die kausale Tradition abschaffen will, muss Art. 714 Abs. 1 und 974 Abs. 2 ZGB ändern.
- <sup>23</sup> Vorbem. Art. 79 N 46.
- <sup>24</sup> Vgl. die Kriterien in Art. 80.
- <sup>25</sup> *Müller-Chen*, Vorbem. Art. 118–134 N 3 u. 4.
- <sup>26</sup> *Thouvenin/Purtschert*.
- <sup>27</sup> Kritisch dazu *Honsell*, Revision des Verjährungsrechts?, *Honsell/Huwlyer/Schulin* (Hrsg.), *Liber Amicorum Nedim Peter Vogt*, Basel 2012, 107 ff.

<sup>28</sup> S. etwa §§ 12 u. 13 ProdHaftG.

<sup>29</sup> Dem Beschleunigungsbedürfnis bei der Sachmängelgewährleistung trägt Art. 201 OR Rechnung.