

OR 2020: Braucht die Schweiz ein neues Vertragsrecht? – Eine Einführung*

Von Claire Huguenin und Barbara Meise**

In spring 2013, the draft for a new General Part of the Swiss Code of Obligations was published under the title “Schweizer Obligationenrecht 2020” (OR 2020; in French “Code des obligations suisse 2020” [CO 2020]). The OR 2020 draft contains model rules for a new General Part of the existing Swiss Code of Obligations in German, French, Italian and English, as well as explanatory notes on each model rule (either in German or French).

The OR 2020 draft is the result of an almost six years long collaboration of 23 academics from all nine Swiss law faculties with expertise in private law, contract law, European and international law. The draft is an initiative of Swiss academics and was funded by the Swiss National Science Foundation (SNF).

The main aim of the drafters was to maintain established principles and rules, and to integrate new ideas. The core of the General Part of the existing Swiss Code of Obligations is more than a hundred years old. Throughout this time, it has generally proven itself. However, important principles, developed from the legal practice over time are not represented in the existing code. Thus, lay persons and even legal experts cannot find answers to all of their legal questions in the writ-

ten code. The OR 2020 draft is intended to modernise the existing General Part of the Swiss Code of Obligations in accordance with Swiss jurisprudence and academic doctrine on the one hand, as well as European and international law, on the other hand.

One purpose of the OR 2020 draft is to serve as basis for the revision of the existing Swiss Code of Obligations. In 2014, based on two postulates signed by 139 of the 204 Swiss parliamentarians, the Federal Council (the 7 member executive organ of Switzerland) agreed to examine whether a comprehensive revision of the existing Swiss Code of Obligations should be undertaken. The Federal Council generally approved this idea of an extensive revision. Its detailed answer to parliament is, however, still pending.

How the OR 2020 draft will be converted into law is a political question that is still open. One way or another, the OR 2020 draft is already a source for theory and practice. The authors of the draft would appreciate if many interested parties review the draft. The OR 2020 draft is also meant to be a starting point for a discussion about the significance and persuasiveness of the existing Swiss private law.

Inhaltsübersicht

- I. Überblick
- II. Ausgangssituation
- III. Europarechtlicher Kontext
- IV. Gesetzgeberische Ziele
 1. Kohärenz
 2. Klarheit und Kürze
 3. Rechtssicherheit
- V. Inhaltliche Ziele
- VI. Entstehung
 1. Erste Phase: Projektierung und Konstituierung der Gruppe (März 2006 bis Januar 2008)
 2. Zweite Phase: Beginn der Forschungsarbeiten (Februar 2008 bis Januar 2010)
 3. Dritte Phase: Zusammenführung und Verabschiedung der einzelnen Entwürfe in Gesamtentwurf (Februar 2010 bis September 2011)
 4. Vierte Phase: Publikation des viersprachigen, erläuterten Entwurfs (Oktober 2011 bis März 2013)
- VII. Zukunft: Von der Wissenschaft in die Politik?

I. Überblick

Eine Gruppe von 23 Rechtswissenschaftlerinnen und Rechtswissenschaftlern, welche alle an schweizeri-

* Dieser Beitrag ist eine überarbeitete und um Fussnoten ergänzte Fassung eines Vortrags, den Prof. Dr. Claire Huguenin am 10. März 2015 anlässlich einer Konferenz zur schweizerischen Schuldrechtsreform aus rechtsvergleichender Sicht an der Ruhr-Universität Bochum hielt. Eine leicht abweichende Fassung dieses Beitrags wird auch im Tagungsband zur Konferenz «Schweizer Obligationenrecht 2020 – Die schweizerische Schuldrechtsreform aus vergleichender Sicht» erscheinen.

** Wir danken BLaw, Bachelor of Arts in Wirtschaftswissenschaften, Christophe Reitze, Assistent am Lehrstuhl für Privat-, Wirtschafts- und Europarecht der Universität Zürich, für seine wertvolle Mithilfe bei der Erstellung der Präsentation zum Vortrag, den Prof. Dr. Claire Huguenin an der Ruhr-Universität Bochum hielt. Er ist auch der Schöpfer der beiden Grafiken in den Kap. VI.1 und VI.3 dieses Beitrags. Sodann danken wir Frau Dr. iur., lic. et mag. rer. pol. Tina Purtschert für die kritische Durchsicht dieses Beitrags und ihre wertvollen Hinweise.

schen Universitäten forschen und lehren sowie sämtliche neun rechtswissenschaftlichen Fakultäten der Schweiz vertreten, hat im Frühjahr 2013 mit «Schweizer Obligationenrecht 2020» (OR 2020)¹ einen Entwurf für einen neuen Allgemeinen Teil des Schweizerischen Obligationenrechts (OR) vorgelegt. Diesen – aufgrund einer akademischen Eigeninitiative entstandenen – Entwurf überliess die Forschergruppe alsdann «Bundesbern»: 2014 erklärte der Bundesrat aufgrund zweier Postulate, welche 139 der 204 eidgenössischen Parlamentarierinnen und Parlamentarier unterschrieben hatten, seine Bereitschaft zu prüfen, ob der Allgemeine Teil des Obligationenrechts (OR AT) umfassend zu revidieren sei. Dies bejahte er im Grundsatz. Die detaillierte Antwort der Exekutive an das Parlament steht derzeit allerdings noch aus.²

OR 2020 deckt die allgemeinen Bestimmungen des schweizerischen Vertragsrechts ab. Der Besondere Teil des Obligationenrechts (OR BT) mit seinen 368 Bestimmungen zu den einzelnen Vertragsverhältnissen sollte (zunächst) unberührt bleiben.

Zwar weisen die Art. 1–183 des OR AT aufgrund ihrer Entstehungsgeschichte und anderer Faktoren einige Widersprüche und Lücken auf, im Prinzip haben sie sich aber bewährt. Diesem Befund muss allerdings hinzugefügt werden, dass das Schweizerische Obligationenrecht die mittlerweile rund hundertjährige Bewährungsprobe nur bestehen konnte, weil die Gerichte sich nicht darauf beschränkten, dem Buchstaben des Gesetzes zu folgen, sondern diesen, wenn immer ihnen dies teleologisch richtig erschien, ergänzten oder gar modifizierten. Zur Begründung dieser Kompetenz zogen und ziehen Schweizer Gerichte regelmässig Art. 1 Abs. 2 ZGB heran, wonach Richterinnen und Richter nach Gewohnheitsrecht und, wo auch ein solches fehlt (in den meisten Fällen!), nach der Regel entscheiden dürfen, die sie als Gesetzgeber aufstellen würden, wenn «dem Gesetze keine Vorschrift entnommen werden» kann.³ Art. 1 Abs. 2 ZGB wird von den Gerichten mit anderen Worten nicht nur als Er-

mächtigung dazu gelesen, fehlende Normen einzufügen, sondern erlaubt es ihnen nach dieser Lesart auch, unbefriedigende Wendungen richterrechtlich zu überformen.

Der Vorteil dieses Vorgehens besteht darin, dass die Kodifikation auf diese Weise trotz der Fixierung von Normen in geschriebenem Text beweglich bleibt. Allerdings, und dies ist der erste Nachteil, lassen sich diese Bewegungen dem Gesetz selber nicht (mehr) entnehmen; dafür bedarf es eines zusätzlichen Blickes in die Judikatur. Diese hat den geschriebenen Buchstaben sozusagen mit einer zweiten (unsichtbaren) Normenebene überdacht. Ohne deren zusätzliche Anwendung enthielte das Gesetz – auf die heutige Zeit angewendet – nämlich zu wenig Ansätze für die Lösung der anstehenden vertragsrechtlichen Problemlagen.

Trotz dieser Stützmassnahme ist der OR AT im Lauf der letzten Dezennien in vielerlei Hinsicht von der Realität überholt worden. Abgesehen von ein paar Kleinstrevisionen, welche – mit Blick auf entsprechende europarechtliche Rechtsakte – vor allem im Bereich der Konsumverträge ergangen sind,⁴ resultiert auch der wissenschaftliche Diskurs um angemessene Antworten auf drängende Fragen des Vertragsrechts kaum je in einer Änderung des Gesetzestextes. So befriedigt der OR AT beispielsweise weder das Bedürfnis nach der Anerkennung einer Form von Schriftlichkeit, welche den Entwicklungen beim *online*-Vertragsschluss Rechnung trägt (z.B. «Textform»⁵), noch

¹ Im Französischen «*Code des obligations suisse 2020*» (CO 2020).

² Zum politischen Prozess und der Zukunft des Entwurfs s. hinten Kap. VII.

³ Nach Art. 7 ZGB finden die «allgemeinen Bestimmungen des Obligationenrechtes über die Entstehung, Erfüllung und Aufhebung der Verträge [...] auch Anwendung auf andere zivilrechtliche Verhältnisse». Dieser Verweis ist wechselseitig zu verstehen.

⁴ Als Teil des sog. «*Swisslex*»-Programms wurden unter anderem die Art. 40b–40e OR an die damals geltende Haustürwiderrufsrichtlinie 85/577/EWG angepasst und damit europakompatibel ausgestaltet. In Anlehnung an die damalige europäische Verbraucherkreditrichtlinie 87/102/EWG bzw. die Pauschalreiserichtlinie 90/314/EWG wurden in diesem Zusammenhang auch das Bundesgesetz vom 23. März 2001 über den Konsumkredit (KKG; SR 221.214.1) bzw. das Bundesgesetz vom 18. Juni 1993 über Pauschalreisen (SR 944.3) erlassen. Weiter fand die Produkthaftungsrichtlinie 85/374/EWG Eingang in das Bundesgesetz vom 18. Juni 1993 über die Produkthaftpflicht (Produkthaftpflichtgesetz, PrHG; SR 221.112.944).

⁵ Im Zusammenhang mit der Revision des in den Art. 40a–40g OR geregelten konsumrechtlichen Widerrufsrechts soll dies zumindest für Haustürgeschäfte und (neu) Telefonverkäufe geändert werden; Art. 40d Abs. 1 E-OR soll neu lauten: «Der Anbieter muss den Kunden schriftlich oder in einer anderen Form, die den *Nachweis durch Text ermöglicht*, über das Widerrufsrecht sowie über Form und Frist des Widerrufs unterrichten und ihm seine Adresse bekanntgeben» [Hervorhebung durch die Verfasserinnen].

enthält er Kündigungsregeln für die immer häufiger abgeschlossenen, zum Teil *eo ipso* für jeweils eine weitere Periode verlängerten Dauerverträge. Schliesslich gibt er auch keine Antwort auf die Frage, wie ungültige oder hinfällige, aber bereits (zum Teil oder ganz) erfüllte Verträge zu liquidieren sind.

Kurzum: Heute ist es nicht mehr möglich, den OR AT ohne Kenntnis der in der Zwischenzeit ergangenen Rechtsprechung und Lehre zu verstehen oder gar anzuwenden. Dies wird vom rechtsuchenden Publikum insbesondere in jenen Situationen als stossend empfunden, in welchen es um Anspruchsnormen geht, welche nicht im Gesetz stehen.

Für einen Laien ist es beispielsweise gar nicht so einfach, ohne rechtskundige Hilfe herauszufinden, ob ihm ein Anspruch auf Rücktritt zusteht oder nicht, wenn sein Gegenüber fehlerhaft erfüllt hat: Seinem Wortlaut nach räumt Art. 97 Abs. 1 OR jedenfalls nur einen Schadenersatzanspruch ein.⁶ In der Literatur ist dagegen unbestritten, dass die Gerichte bei einer schweren Verletzung des Vertrages – neben dem ausdrücklich «verbrieften» Schadenersatzanspruch – auch einen im Gesetz nicht genannten Anspruch auf Rücktritt gewähren sollten.⁷

Die Gruppe um OR 2020 hat sich aus all diesen Gründen im Jahr 2007 das Ziel gesetzt, den OR AT vor dem Hintergrund der schweizerischen Rechtsprechung und Lehre einerseits und dem europäischen und übrigen ausländischen Recht andererseits auf den *state of the art* zu bringen.⁸

II. Ausgangssituation

Das geltende OR stammt aus dem Jahr 1911. Es trat auf den 1. Januar 1912 als fünfter Teil des schweizerischen Zivilgesetzbuches (ZGB) in Kraft.⁹ Sein Vorläufer war das alte OR (aOR) von 1881,¹⁰ welches zwischen 1883 und 1912 (noch ohne das übrige ZGB) galt.

Das aOR wurde im Wesentlichen von *Walther Munzinger* verfasst. *Munzinger* liess sich dabei vor allem vom «Dresdener Entwurf» (1866) inspirieren.¹¹ Der Dresdener Entwurf war vor dem Hintergrund des österreichischen Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches (ABGB; 1811), des französischen Code Civil (CC; 1804) und des Zürcherischen Privatgesetzbuches (PGB; angefertigt in den Jahren 1853–1855) verfasst worden. Der Schöpfer des aOR erwies vor allem den beiden letztgenannten «Dresdener» Quellen, also dem französischen CC und dem Zürcherischen PGB seine Referenz.¹² Zwar stützten sich insbesondere das Berner, Luzerner und Aargauer Gesetzbuch in erster Linie auf das österreichische ABGB,¹³ jedoch gab es mindestens drei gute Gründe für eine stärkere Gewichtung der beiden anderen Quellen:

Erstens trat das aOR zwar nach der Publikation des Dresdener Entwurfs in Kraft. Es beruhte jedoch zum Teil auf einem Entwurf, den *Munzinger* bereits 1864, also zwei Jahre vor der Publikation des Dresdener Entwurfs, fertiggestellt und auch veröffentlicht hatte.¹⁴ Zweitens lagen der französische CC und das Zürcherische PGB der Mehrzahl der anderen kantonalen Gesetzbücher, insbesondere jenen der französisch- und der italienischsprachigen Kantone, zugrunde.¹⁵ Und drittens bevorzugte *Munzinger* – und mit ihm dessen politisches Umfeld – den paradigmatischeren und auch eleganteren Stil des CC und des

⁶ Art. 97 Abs. 1 OR lautet: «Kann die Erfüllung der Verbindlichkeit überhaupt nicht oder nicht gehörig bewirkt werden, so hat der Schuldner für den daraus entstehenden Schaden Ersatz zu leisten, sofern er nicht beweist, dass ihm keinerlei Verschulden zur Last falle.»

⁷ Vgl. unter anderem *Gauch Peter/Schluep Walter/Schmid Jörg/Emmenegger Susan*, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band II, 10. Aufl., Zürich 2014, N 2587 f. m.w.N.; BK OR-*Weber*, Art. 97 N 269 f. m.w.N. In BGE 69 II 243 E. 4 anerkannte das Bundesgericht zumindest ein Rücktrittsrecht des Gläubigers nach Art. 107 Abs. 2 OR analog bei antizipiertem Vertragsbruch; s. auch BGE 110 II 141 E. 1.

⁸ Das Resultat dieser Arbeiten ist unter <www.or2020.ch> bzw. <www.co2020.ch> frei zugänglich.

⁹ Vgl. auch Überschrift des OR: «Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht)».

¹⁰ Vgl. dazu Bundesgesetz über das Obligationenrecht vom 14. Juni 1881, BBl 1881 III 109 ff.

¹¹ Botschaft des Bundesrates an die hohe Bundesversammlung zu einem Gesetzentwurfe, enthaltend Schweizerisches Obligationen- und Handelsrecht, vom 27. November 1879, BBl 1880 I 149 ff., 165.

¹² Vgl. dazu BBl 1880 I 166 (Fn. 11).

¹³ Vgl. dazu BBl 1880 I 165 (Fn. 11).

¹⁴ Vgl. dazu BBl 1880 I 159 f. (Fn. 11).

¹⁵ Vgl. dazu BBl 1880 I 165 (Fn. 11).

PGB.¹⁶ Die auf diese Art vorgenommene, auf die schweizerischen Besonderheiten zugeschnittene Harmonisierung äusserte sich nach der bundesrätlichen Botschaft darin, dass zum Teil Rechtsgebilde bzw. Regeln entstanden, welche einen «Mittelweg zwischen französischer und gemeinrechtlicher Theorie» bildeten.¹⁷

Das aOR wurde bereits nach einer relativ kurzen Geltungszeit revidiert. Der Grund dafür lag darin, dass der Bund zur Zeit des Erlasses des aOR noch gar nicht dazu ermächtigt gewesen war, ein gesamtschweizerisches ZGB zu erlassen: Gemäss der Verfassung von 1848 fiel die Privatrechtsgesetzgebung nach alter Staatenbundmanier noch in die Zuständigkeit der Kantone.

Noch 1872 war ein (weiterer) Versuch, die Kompetenz zur Setzung von Privatrecht gesamteidgenössisch zu statuieren, gescheitert.¹⁸ Erst 1874 gelang es, einzelne diesbezügliche Kompetenzen an den Bund zu übertragen – und damit zu zentralisieren. Die Ermächtigung von 1874 umfasste das OR im weiteren und im engeren Sinn, also das (private) Wirtschaftsrecht und das Schuldrecht (das sog. «Obligationenrecht mit Inbegriff des Handels- und Wechselrechtes»¹⁹). 1898 erhielt der Bund endlich die Befugnis zur Gesetzgebung auf dem gesamten Gebiet des Zivilrechts.²⁰ Damit konnte das OR (im engeren Sinn) endlich – neben der Verbindung zum Wirtschaftsrecht – auch die *relais*-Funktion zwischen dem Wirtschafts- und dem Privatrecht übernehmen. Mit dem Erlass des ZGB trat gleichzeitig das heute geltende OR in Kraft. Allerdings wurde zunächst nur das OR im engeren Sinn neu aufgelegt, die Revision des Handelsrechts erfolgte erst 1936.²¹

Das geltende OR schuf neu eine (zusätzliche) Verbundstelle zum Personen-, Sachen-, Familien- und Erbrecht. Im Gegensatz zur (inneren) Beziehung zwischen dem OR und dem Handelsrecht, welche sozusagen unausgesprochen bzw. gestützt auf das Kodifikationsprinzip gilt, wird das Verhältnis zwischen dem OR und dem ZGB in Art. 7 ZGB beschrieben. Danach sind die allgemeinen Bestimmungen des OR auch auf andere zivilrechtliche Beziehungen anwendbar.²² Nach der treffenden Charakterisierung dieser Norm durch *von Tuhr/Peter* sollte beim Regel-Transfer nicht nur auf die Eigenart des zu beurteilenden Verhältnisses, sondern auch auf die aus dem obligationenrechtlichen Zusammenhang zu erklärende Eigenart der Fassung einer Regel bei der Rechtsanwendung Rücksicht genommen werden.²³ Umgekehrt finden auf das OR die allgemeinen Bestimmungen des ZGB Anwendung. Dies steht zwar nicht so im Gesetz, gilt aber als ungeschriebener Rechtsgrundsatz.²⁴ Der Verweis gilt also als wechselseitig.

Wichtig zur Komplettierung des OR sind – neben der Verweisnorm von Art. 7 ZGB – vor allem der (überrige) Einleitungstitel (Art. 1–10 ZGB: Grundsätze der Rechtsanwendung und Lückenfüllung, Beweislastverteilung, Verhältnis zum kantonalen Recht etc.), das Personen- (Art. 11 ff. ZGB) und das Sachenrecht (Art. 641 ff. ZGB). Die Verweisteknik im Verbund mit der nur mittleren Abstraktionsstufe des Gesetzes erlaubt es dem schweizerischen Gesetzgeber, auf einen allgemeinen Teil des Privatrechts – und somit auch auf eine allgemeine Rechtsgeschäftslehre – zu verzichten.

Der so kreierte *code unique* besteht aus fünf Abteilungen: Die ersten beiden Abteilungen regeln das Vertragsrecht, wobei die erste Abteilung aus den allgemeinen Bestimmungen (Art. 1–183 OR) und die zweite Abteilung aus den einzelnen Vertragsverhältnissen bestehen (Art. 184–551 OR). Die nächsten drei Abteilungen sind dem Gesellschaftsrecht (dritte

¹⁶ Vgl. dazu BBl 1880 I 166 (Fn. 11).

¹⁷ BBl 1880 I 175 (Fn. 11).

¹⁸ Vgl. dazu BBl 1880 I 166 (Fn. 11).

¹⁹ BBl 1880 I 167 (Fn. 11).

²⁰ Vgl. Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zu einem Gesetzesentwurf betreffend die Ergänzung des Entwurfes eines schweizerischen Zivilgesetzbuches durch Anfügung des Obligationenrechtes und der Einführungsbestimmungen vom 3. März 1905, BBl 1905 II 1 ff., 2.

²¹ Vgl. dazu BBl 1905 II 7 ff. (Fn. 20) sowie die Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zu einem Gesetzesentwurf über die Revision der Titel XXIV bis XXXIII des schweizerischen Obligationenrechtes vom 21. Februar 1928, BBl 1928 I 205 ff., und Nachtragsbotschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zur Revision des Obligationenrechtes (Anpassung des Wechsel- und Checkrechts an

die Genfer Abkommen) vom 12. Februar 1932, BBl 1932 I 217 ff.

²² Art. 7 ZGB lautet: «Die allgemeinen Bestimmungen des Obligationenrechtes über die Entstehung, Erfüllung und Aufhebung der Verträge finden auch Anwendung auf andere zivilrechtliche Verhältnisse.»

²³ *Von Tuhr Andreas/Peter Hans*, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechtes, Band I, 3. Aufl., Zürich 1979, 4.

²⁴ *Huguenin Claire*, Obligationenrecht – Allgemeiner und Besonderer Teil, 2. Aufl., Zürich 2014, N 19 m.w.N.

Abteilung; Art. 552–926 OR), dem Handelsregister, den Geschäftsfirmen, der kaufmännischen Buchführung (vierte Abteilung; Art. 927–964 OR) und den Wertpapieren (fünfte Abteilung; Art. 965–1186 OR) gewidmet.

Zu Beginn des letzten Jahrhunderts war die Vereinheitlichung des OR auf Bundesebene noch etwas Neues. Wie gezeigt bildet das OR einen Kompromiss zwischen verschiedenen Schulen.²⁵ Der Bund musste auch nach der Inkraftsetzung der Kodifikation viel Aufklärungs- und Überzeugungsarbeit leisten, um seine Bürgerinnen und Bürger und die Funktionsträger in den Kantonen von den Vorteilen eines vereinheitlichten Privatrechts zu überzeugen. Noch war es alles andere als selbstverständlich, dass der Bund in diesem Bereich ein Gesetz erlassen können sollte.

Demgegenüber durften die Forscherinnen und Forscher des Gesetzesentwurfs für einen neuen OR AT davon ausgehen, dass nicht nur nach dem Buchstaben, sondern auch nach den Überzeugungen in der Schweiz diese Kompetenz beim Bund und nicht bei den Kantonen liegt. Der Entwurf musste dementsprechend nicht mehr in die Landschaft der verschiedenen kantonalen Rechtstraditionen eingepasst werden. Vielmehr konnte er auf einen zusammengewachsenen Grund mit einheitlicher Kultur aufbauen. Dies erleichterte den Entwurf eines neuen OR AT massgeblich. Denn der Fokus der Arbeiten bildete nicht mehr die politische Legitimation eines solchen Kodexes (und damit die erwähnte Kompromissfindung), sondern die Diskussion um die inhaltliche Bewahrung des bestehenden Gesetzestextes angesichts der vertragsrechtlichen Probleme unserer Zeit.

III. Europarechtlicher Kontext

Die Schweiz ist weder Mitglied der Europäischen Union (EU) noch gehört sie zum Europäischen Wirtschaftsraum (EWR). Der *acquis communautaire* gilt für sie darum nicht. Gleichwohl bestehen mit der EU

und ihren Mitgliedern nicht nur faktische,²⁶ sondern auch rechtliche Beziehungen. So ist die Schweiz z.B. in das Freihandelsabkommen eingebunden (EFTA) und hat überdies zahlreiche bilaterale Verträge mit der EU abgeschlossen.²⁷

Für das schweizerische Vertragsrecht besonders wichtig sind die fünf der insgesamt 27 sog. «*Swisslex*»-Vorlagen, welche die Schweiz im Nachgang zum EWR-Nein vom 6. Dezember 1992 in das schweizerische Recht überführt hat.²⁸ So wurden damals etwa die Bestimmungen zum Widerrufsrecht bei Haustürgeschäften (Art. 40b–40e OR) an die damalige Haustürwiderrufsrichtlinie 85/577/EWG angeglichen und damit «europakompatibel»²⁹ ausgestaltet. Als Teil des «*Swisslex*»-Programms trat am 1. Juli 1994 auch das schweizerische Pauschalreisegesetz³⁰ in Kraft. Dieses beruht weitgehend auf der damaligen Fassung der europäischen Pauschalreiserichtlinie 90/314/EWG. Die europäische Produkthaftungsrichtlinie 85/374/EWG spiegelt sich im schweizerischen Bundesgesetz

²⁶ Zu den wichtigsten Handelspartnern im Jahr 2013 gehörten für die Schweiz neben den der EU angehörenden Nachbarstaaten das Vereinigte Königreich, die Niederlande und Spanien sowie die USA und China. In die EU gehen 55% der exportierten Waren, 73% der importierten Waren kommen aus der EU; vgl. zum Ganzen Aussenhandelsbilanz der Schweiz, abrufbar unter <<http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/themen/06/05/blank/key/handelsbilanz.html>>.

²⁷ Am 1. Juni 2002 traten die sog. «Bilateralen I» in Kraft. Diese enthalten unter anderem Abkommen über die Personenfreizügigkeit, die technischen Handelshemmnisse oder das öffentliche Beschaffungswesen. Die sog. «Bilateralen II» erweiterten die Zusammenarbeit der Schweiz mit der EU auf nicht wirtschaftliche Bereiche wie etwa Justiz, Polizei, Visa und Asyl (kurz Schengen/Dublin), Umwelt, Statistik oder MEDIA. Bis auf Schengen/Dublin traten die Abkommen der «Bilateralen II» im Jahr 2005 in Kraft, die Assoziierungsabkommen Schengen/Dublin folgten dann Ende 2008. Eine Übersicht über die bilateralen Abkommen ist abrufbar unter <<https://www.eda.admin.ch/dea/de/home/bilaterale-abkommen/ueberblick.html>>.

²⁸ Vgl. zum sog. «*Swisslex*»-Programm die Botschaft über das Folgeprogramm nach der Ablehnung des EWR-Abkommens vom 24. Februar 1993, BBl 1993 I 805 ff., mit Verweis auf die Botschaft I über die Anpassung des Bundesrechts an das EWR-Recht (Zusatzbotschaft I zur EWR-Botschaft) vom 27. Mai 1992, BBl 1992 V 1 ff.

²⁹ So ausdrücklich die Botschaft über das Folgeprogramm nach der Ablehnung des EWR-Abkommens (Fn. 28), BBl 1993 I 891.

³⁰ Bundesgesetz vom 18. Juni 1993 über Pauschalreisen (SR 944.3).

²⁵ S. vorne Kap. I.

über die Produkthaftungspflicht.³¹ In diesem Zusammenhang wurde im Jahr 1993 auch eine erste Fassung des Konsumkreditgesetzes erlassen, welche sich an die (damals geltende) europäische Verbraucherkrediterichtlinie 87/102/EWG anlehnte.³² Eingang in das OR fand schliesslich auch die (damals geltende) Richtlinie 77/187/EWG über die Wahrung von Ansprüchen der Arbeitnehmer beim Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Betriebsteilen.³³

Die Differenzen zum europäischen Privatrecht haben sich seither – auch im angeglichenen Bereich – eher vergrössert. Zahlreiche der im Rahmen des «Swisslex»-Programms übernommenen europäischen Richtlinien hat der europäische Gesetzgeber in der Zwischenzeit überarbeitet und regelmässig auch verschärft.³⁴ Weitere Richtlinien wird er in nächster Zeit noch überarbeiten.³⁵ Die Schweiz dagegen passte das schweizerische Privatrecht in der letzten Zeit nur noch marginal an das europäische Gegenstück an. Entsprechende Gesetzesvorschläge, wenn sie denn überhaupt ergingen, waren in der Regel nicht mehrheitsfähig. Dies zeigte z.B. die Diskussion um die Re-

gelung der Fernabsatzgeschäfte bzw. deren Widerrufbarkeit: Die Art. 40a ff. OR zu den Haustürgeschäften sollten ein weiteres Mal umfassend revidiert und – unter anderem – an die neue Verbraucherrechterichtlinie 2011/83/EU angepasst werden.³⁶ Ein zentrales Vorhaben der Revision war die Erweiterung des sachlichen Anwendungsbereichs der Art. 40a ff. OR auf die sog. Fernabsatzgeschäfte, insbesondere auf den *online*-Handel. Diese Erweiterung lehnten aber schliesslich beide Kammern der Schweizerischen Bundesversammlung ab:³⁷ Die Einführung eines solchen Rückgaberechts sollte nach der Mehrheitsmeinung dem freien Markt überlassen bleiben.³⁸ Das bereits für Haustürgeschäfte geltende Widerrufsrecht im OR wird lediglich auf die am Telefon geschlossenen Verträge ausgedehnt werden. Bei diesen war bis anhin zweifelhaft gewesen, ob sie von der Widerrufsnorm erfasst sein sollten oder nicht.³⁹ Einen expliziten Einschluss solcher am Telefon geschlossenen Verträge hatte bereits die Initiative *Bonhôte* aus dem Jahr 2006⁴⁰ vorgesehen.⁴¹

³¹ Bundesgesetz vom 18. Juni 1993 über die Produkthaftungspflicht (Produkthaftungspflichtgesetz, PrHG; SR 221.112.944).

³² Das Konsumkreditgesetz wurde in der Folge ein weiteres Mal umfassend revidiert (Bundesgesetz vom 23. März 2001 über den Konsumkredit [KKG; SR 221.214.1]; Inkrafttreten des neuen Gesetzes auf den 1. Januar 2003); vgl. zur Entstehungsgeschichte des Konsumkreditgesetzes auch *CHK KKG-Brunner*, Art. 1–42 N 1 ff.

³³ S. Art. 333 und Art. 333a OR.

³⁴ So wurde etwa die Verbraucherkrediterichtlinie 87/102/EWG durch die Richtlinie 2008/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates ersetzt. Aufgehoben wurde auch die Haustürwiderrufsrichtlinie 85/577/EWG; an ihrer Stelle gilt nunmehr die (für einen viel weiteren Bereich anwendbare) Verbraucherrechterichtlinie 2011/83/EU.

³⁵ Die über zwanzig Jahre alte Pauschalreiserichtlinie 90/314/EWG soll modernisiert und unter anderem an die neusten Entwicklungen angepasst werden, namentlich an die von Konsumenten zunehmend genutzte Möglichkeit, Reisen und Reiseleistungen selber zusammenzustellen und zu buchen (und dies bevorzugt im Internet); vgl. dazu die Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, Anpassung des EU-Pauschalreiserechts an das digitale Zeitalter, COM (2013) 513 final vom 9. Juli 2013, 1 ff., 12.

³⁶ Vgl. dazu Vorentwurf der Kommission für Rechtsfragen des Ständerates für eine Revision des Widerrufsrechts vom 23. August 2012, abrufbar unter <<http://www.parlament.ch/d/dokumentation/berichte/vernehmlassungen/06-441/Documents/bericht-rk-06-441-2012-08-23-d.pdf>>, sowie Bericht der Kommission für Rechtsfragen des Ständerates vom 14. November 2013, BBl 2014 921 ff.

³⁷ Vgl. AB NR 2014, 1587 ff., und AB SR 2014, 1134 ff., 1138.

³⁸ Vgl. etwa Votum von *Thomas Minder* in der ständerätlichen Diskussion vom 2. Dezember 2014, AB SR 2014 (Fn. 37), 1135.

³⁹ Verneinend etwa *CR CO-Stauder/Stauder*, Art. 40b N 20a f.; bejahend dagegen *CHK OR-Kut*, Art. 40a–g N 44; *BSK OR-Gonzenbach/Koller-Tumler*, Art. 40b N 8.

⁴⁰ Vgl. dazu die von Ständerat *Pierre Bonhôte* eingereichte Parlamentarische Initiative 06.441 «Mehr Konsumentenschutz und weniger Missbräuche beim Telefonverkauf» vom 21. Juni 2006 (abrufbar unter <http://www.parlament.ch/d/suche/seiten/geschaefte.aspx?gesch_id=20060441>).

⁴¹ AB SR 2015, 68 ff., 68 f., und AB NR 2015, 752 ff., 752 f.

Ein zweites Beispiel: Die Schweiz verfügt im Gegensatz zu den meisten anderen europäischen Ländern über keine (umfassende) Regelung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB),⁴² obwohl diese Problematik mehrfach auf der Traktandenliste des schweizerischen Gesetzgebers stand.⁴³ Die einzige gesetzliche Grundlage für eine Kontrolle von missbräuchlichen AGB bildete der alte Art. 8 des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG). Diese Regelung erwies sich allerdings aufgrund des nur selten erfüllten Tatbestandserfordernisses «in irreführender Weise» als nur beschränkt taugliches Kontrollinstrument für das Missbrauchspotenzial der entsprechenden AGB. Meistens griff die Bestimmung bereits aus beweisrechtlichen Gründen nicht.⁴⁴

Im Rahmen der Revision des UWG⁴⁵ wurde Art. 8 an den Wortlaut von Art. 3 der Klauselrichtlinie 93/13/EWG angepasst: AGB werden seit dem 1. Juli 2012 einer offenen Inhaltskontrolle unterzogen, wenn diese «in Treu und Glauben verletzender Weise zum Nachteil der Konsumentinnen und Konsumenten ein erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis zwischen den vertraglichen Rechten und den vertraglichen Pflichten vorsehen.» Der schweizerische Gesetzgeber hat damit zwar die sachliche Eingriffsschwelle für die Anwendung dieser Bestimmung abgesenkt, im Gegenzug aber den persönlichen Anwendungsbereich auf Konsumverträge beschränkt. Bei Nichtkonsumverträgen bleibt es damit beim richterrechtlichen Instrument der «verdeckten In-

haltskontrolle».⁴⁶ Unter den aktuellen politischen Gegebenheiten scheint eine umfassende Regelung der Kontrolle von AGB und damit verbunden eine allenfalls noch grössere Annäherung an das europäische Recht (noch) nicht realisierbar.

IV. Gesetzgeberische Ziele

Die Verfasserinnen und Verfasser des Entwurfs für einen neuen OR AT (kurz: «OR 2020») setzten sich von allem Anfang an zum Ziel, das aus ihrer Sicht Bewährte zu erhalten und gleichzeitig Neuem Raum zu schaffen.⁴⁷ Die Eingriffsintensität sollte sich mit anderen Worten aus der Renovationsbedürftigkeit der einzelnen Teile ergeben. Entsprechend unterschiedlich fiel diese aus. So hat die Forschergruppe beispielsweise an den geltenden Normen des OR AT über die Entstehung des Vertrages kaum etwas verändert (s. Art. 1–45 OR 2020), während sie die Bestimmungen über die Liquidation eines ganz oder zum Teil erfüllten, aber fallierten Vertrages fast zur Gänze neu geschrieben hat (s. Art. 79–84 OR 2020). Für das erweiterte Liquidationskonzept hat sie – wie schon das Bundesgericht – die obligationenrechtlichen Regeln über den Schuldnerverzug zum Modell genommen.⁴⁸

Die Forscherinnen und Forscher wollten indessen nicht einfach die frisch aufdatierten Einzelinstitute aneinanderreihen, sondern ein kohärentes Ganzes schaffen: Die Teile sollten nicht nur locker verbunden werden und im Übrigen ihren jeweiligen Einzelgesetzlichkeiten folgen, sondern in einen eng

⁴² Huguenin (Fn. 24), N 609 m.w.H.

⁴³ Unter anderem sollte im Rahmen der Revision des schweizerischen Konsumentenschutzgesetzes (KIG) im OR AT die Grundlage für eine Inhaltskontrolle von AGB geschaffen werden. Ende 2005 beschloss der Bundesrat allerdings, dieses Revisionsvorhaben nicht weiter zu verfolgen. Damit fiel auch die vorgeschlagene Regelung zu den AGB weg (Vorentwürfe sowie verschiedene Berichte und Mitteilungen sind abrufbar unter <<https://www.konsum.admin.ch/de/themen/archiv/revision-des-kig/>>). Auch im Rahmen der Gesamtrevision des schweizerischen Versicherungsvertragsgesetzes wurde auf die Einführung einer allgemeinen Inhaltskontrolle von AGB verzichtet; vgl. dazu den erläuternden Bericht zur Revision des Bundesgesetzes über den Versicherungsvertrag (VVG) vom 24. Februar 2009, 1 ff., 101 f., abrufbar unter <<https://www.admin.ch/ch/d/gg/pc/documents/1729/erlBericht.pdf>>.

⁴⁴ Huguenin (Fn. 24), N 609 m.w.H.

⁴⁵ Vgl. dazu Botschaft des Bundesrates zur Änderung des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) vom 2. September 2009, BBl 2009 6151 ff.

⁴⁶ Je einseitiger und damit ungerechter AGB formuliert sind und je geschäftsunererfahrener der benachteiligte Vertragspartner ist, umso höher sind die Anforderungen der Rechtsprechung an Zustandekommen und Eindeutigkeit einer solchen Einigung; s. dazu Huguenin Claire, Allgemeine Geschäftsbedingungen in der Schweiz im Lichte der neuen EU-Richtlinie über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, recht 3/1995, 85 ff., 86; vgl. auch BGE 135 III 1 E. 2.2, in welchem das Bundesgericht die Frage nach der Legitimation der verdeckten Inhaltskontrolle offenliess.

⁴⁷ Vgl. auch OR 2020-Huguenin Claire/Hilty Reto M., Einl. vor Art. 1 ff. N 6.

⁴⁸ In der jüngeren schweizerischen Rechtsprechung und Lehre hat sich etwa bezüglich der Wirkungen des Rücktritts bei Schuldnerverzug nach Art. 107 ff. OR die Umwandlungstheorie etabliert; vgl. dazu z.B. BGE 126 III 119 E. 3; 114 II 152 E. 2c. aa.

verflochtenen, logisch stimmigen Gesamtzusammenhang gebracht werden (*1. Kohärenz*).

Während die Kohärenz des geltenden OR leider als mangelhaft bezeichnet werden muss, gilt es doch bezüglich seiner Kürze als vorbildlich. Dieses Charakteristikum wollte die Forschungsgruppe darum trotz der inzwischen erfolgten Weiterentwicklung von Judikatur und Dogmatik unbedingt beibehalten. Es galt darum, das Verflochtene in übersichtlicher Weise zu verdichten. Dabei durfte die Anschaulichkeit – auch um der Rechtssicherheit willen – nicht der Kürze zum Opfer fallen. Auch zur Lösung dieses Problems hatte der Gesetzgeber des geltenden und insbesondere des aOR bereits eine Technik gefunden: Statt auf der Abstraktionsleiter jeweils auf die höchste Stufe zu klettern, begnügte er sich in der Regel mit dem anschaulicheren Mittelbereich. Während beispielsweise das deutsche BGB mit seiner Rechtsgelehrtslehre beim hochgradig abstrakten Rechtsgeschäft ansetzte, wählte der schweizerische Gesetzgeber den abstraktionshierarchisch auf einer tieferen Stufe angesiedelten und darum paradigmatischeren Begriff des Vertrages als Ausgangspunkt seiner Regelung. Auf diese Weise verknäppte und typisierte er das Regelwerk (*2. Klarheit und Kürze*). Auch diese Tradition wollte die Forschergruppe fortführen.

Schliesslich wollten die Forscherinnen und Forscher das OR auch rechtssicher gestalten. Das Rechtssicherheitsanliegen überschneidet sich dabei mit den beiden anderen Anliegen: Aus Gründen der Rechtssicherheit erscheint es als wünschenswert, dass anfängliche und nachträglich entstandene Lücken – etwa durch die Inkorporierung von zwischenzeitlich entstandenem Richterrecht – gestopft werden. So nennt beispielsweise Art. 97 OR nur gerade den Schadenersatzanspruch, der aus der pflichtwidrigen Vertragserfüllung resultiert.⁴⁹ Ein verlässliches und voraussehbares Recht sollte aber alle Ansprüche nennen, welche sich aus einer Vertragsverletzung ergeben können (*3. Rechtssicherheit*).

Kohärenz, Klarheit und Kürze sowie Rechtssicherheit weisen zum Teil in die gleiche Richtung, zum Teil stehen sie aber auch in einem Spannungsverhältnis zueinander, wobei sich zwei der drei Grös-

sen durchaus auch unterschiedlich gegen die dritte zusammensetzen vermögen. Rechtssicherheit verlangt beispielsweise nach mehr Länge, als Klarheit und Kürze es gebieten bzw. es für die innere Logik notwendig wäre. Umgekehrt kann aber zu viel Länge der Rechtssicherheit schaden, selbst wenn das logisch sauber durchkonstruierte System dies verlangen würde. Genau genommen können sogar Klarheit und Kürze miteinander kollidieren. Der Übersichtlichkeit halber sind diese beiden Zielsetzungen vorliegend aber zusammengefasst worden. Wichtig erschien den Forscherinnen und Forschern vor allem, einen vernünftigen Ausgleich zu finden, wenn und insoweit die Grundsätze nach unterschiedlich gestalteten Lösungen riefen.

1. Kohärenz

Ein vertiefter Blick in den geltenden OR AT zeigt, dass einzelne Teilgebiete nur bruchstückhaft (z.B. Rückabwicklung von ungültigen, widerrufenen oder gekündigten Verträgen)⁵⁰ oder gar nicht geregelt sind (z.B. Anpassung von Verträgen an veränderte Verhältnisse, allgemeine Kündigungsregeln für Dauerverträge). Rechtsprechung und Lehre mussten bzw. müssen solche klaffenden Gesetzeslücken mittels Auslegung und Rechtsfortbildung schliessen. Der Gesetzgeber selber war und ist dagegen wenig aktiv: Er nahm in den letzten hundert Jahren nur punktuelle und minimalinvasive Änderungen am OR AT vor. Hauptsächlich wurden dem Gesetz neue konsumrechtliche Normen hinzugefügt (Art. 6a⁵¹ und

⁴⁹ Art. 97 Abs. 1 OR: «Kann die Erfüllung der Verbindlichkeit überhaupt nicht oder nicht gehörig bewirkt werden, so hat der Schuldner für den daraus entstehenden Schaden Ersatz zu leisten, sofern er nicht beweist, dass ihm keinerlei Verschulden zur Last falle.»

⁵⁰ Art. 119 Abs. 2 OR regelt etwa die Rückerstattung der bereits empfangenen Leistung, wenn der Schuldner die anfängliche subjektive bzw. die nachträgliche objektive oder subjektive Leistungsunmöglichkeit nicht zu vertreten hat: «Bei zweiseitigen Verträgen haftet der hienach freigewordene Schuldner für die bereits empfangene Gegenleistung aus ungerechtfertigter Bereicherung und verliert die noch nicht erfüllte Gegenforderung.» Entgegen dem Wortlaut des Gesetzes ist der Rückabwicklungsanspruch nach herrschender Lehre aber vertraglicher Natur; s. dazu unter anderem *Huguenin* (Fn. 24), N 837 m.w.H.

⁵¹ Art. 6a OR regelt die Zusendung unbestellter Sachen. Die Norm wurde im Rahmen der Änderung des OR vom 5. Oktober 1990 eingeführt; s. dazu Botschaft zu einem Bundesgesetz über die Förderung der Konsumenteninformation und zu einem Bundesgesetz über die Änderung des Obligationenrechts (Die Entstehung der Obligationen) vom 7. Mai 1986, BBl 1986 II 354 ff., 364 f. und 385.

Art. 40a ff. OR⁵²) sowie einzelne Bestimmungen an Neuerungen in anderen Rechtsgebieten angepasst (z.B. Anpassung von Art. 35 Abs. 1 OR an das neue Erwachsenenschutzrecht⁵³). Auf eine umfassende Revision und Lückenschliessung hat der Gesetzgeber aber verzichtet.⁵⁴ Kurzum: Das ungeschriebene Recht bzw. das Richterrecht wächst ständig weiter, während das geschriebene Recht nur punktuell geändert wurde bzw. wird und deshalb in vielen Bereichen noch auf dem Stand von 1911 ist.

Ziel des Entwurfs für einen neuen OR AT war schliesslich, ein logisches Gesamtkonzept zu bilden und so das reibungslose Zusammenwirken der Normen nach innen wie auch nach aussen zu stärken.⁵⁵ Der Entwurf strebte eine solche Stärkung der Kohärenz auf folgenden drei Ebenen an:

Die Richtlinie auf der *Mikroebene* bildete der Grundsatz «Gleiches soll immer gleich, Ungleiches immer ungleich gebraucht werden».⁵⁶ So wurden auf dieser untersten Ebene Begriffe und Wendungen, wenn immer möglich, vereinheitlicht und aufeinander abgestimmt. Statt von «Verwendungen» wird beispielsweise neu einheitlich von «Aufwendungen» gesprochen. Im geltenden OR und ZGB herrscht ein regelrechter «Wildwuchs» unter den Begriffen «Aus-

lagen»,⁵⁷ «Aufwendungen»⁵⁸ und «Verwendungen»⁵⁹. Ein dahinterstehendes Konzept ist aber nicht erkennbar. Dass diese Begriffe austauschbar sind, wird auch dadurch bewiesen, dass in der französischen Fassung des geltenden Rechts ohne System verschiedene Ausdrücke für das Gleiche verwendet werden (so spricht etwa Art. 485 Abs. 2 ZGB von «Aufwendungen» beziehungsweise «*impenses*», Art. 647d Abs. 3 ZGB von «Aufwendungen» bzw. «*dépenses*»).

Eine weitere Konsequenz der Bereinigungen auf dieser Ebene bestand darin, dass Fachausdrücke wie z.B. «Einrede» und «Einwendung» korrekt eingesetzt wurden. So ist nun etwa in Art. 15 OR 2020 richtigerweise von der «Einwendung der Simulation» die Rede.⁶⁰

Auf der *Mesoebene* lag das Hauptaugenmerk auf der systematischen Anordnung der einzelnen Figuren und Institute und der Schaffung der Verbindung zueinander mittels Verweisen.⁶¹ Im geltenden Recht sind etwa die Verjährungsbestimmungen über den ganzen OR AT verstreut (namentlich Art. 60, Art. 67 und Art. 127 ff. OR). Für den Rechtsanwender ist es entsprechend schwierig, sich umfassend zu orientieren. Die Verjährungsregeln werden deshalb in OR 2020 vereinheitlicht und an einer Stelle zusammengefasst (s. Art. 148 ff. OR 2020), was die Rechtsanwendung erheblich vereinfacht. Ein weiteres Beispiel für die Zusammenfassung von Normschwerpunkten ist die Schaffung eines einheitlichen Rückabwicklungsregimes für Verträge (s. Art. 79–84 OR 2020), die wegen eines Entstehungsmangels ungültig sind (z.B. wegen Übervorteilung des Vertragspartners) oder deren Wirkungen aus anderen Grün-

⁵² Die Art. 40a ff. OR regeln das Widerrufsrecht bei den sog. Haustürgeschäften. Im Rahmen der Revision des Widerrufsrechts soll der sachliche Anwendungsbereich dieser Bestimmungen neu auch auf telefonisch abgeschlossene Verträge ausgedehnt werden; vgl. dazu die von Ständerat Pierre Bonhôte eingereichte Parlamentarische Initiative 06.441 «Mehr Konsumentenschutz und weniger Missbräuche beim Telefonverkauf» (Fn. 40).

⁵³ Vgl. dazu Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personen- und Kindesrecht) vom 28. Juni 2006, BBl 2006 7001 ff., 7112.

⁵⁴ Vgl. hierzu etwa den Verzicht des Bundesrats auf eine umfassende Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts im Jahr 2009 (abrufbar unter <https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/aktuell/news/2009/ref_2009-01-21.html>) oder die im Jahr 2014 gescheiterte Vereinheitlichung des gesamten Verjährungsrechts (s. dazu Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts [Verjährungsrecht] vom 29. November 2013, BBl 2014 235 ff., 246).

⁵⁵ OR 2020-Huguenin/Hilty, Einl. vor Art. 1 ff. N 16.

⁵⁶ OR 2020-Huguenin/Hilty, Einl. vor Art. 1 ff. N 18.

⁵⁷ Vgl. etwa Art. 474 Abs. 2, Art. 712h Abs. 2 Ziff. 1 ZGB; Art. 264 Abs. 3 lit. a, Art. 373 Abs. 1 OR.

⁵⁸ Vgl. etwa Art. 485 Abs. 2 ZGB; Art. 8 Abs. 2, Art. 257b Abs. 1 OR.

⁵⁹ Vgl. etwa Art. 630 Abs. 2, Art. 939 Abs. 1 ZGB; Art. 40f Abs. 3, Art. 65, Art. 195 Abs. 1 Ziff. 2 OR.

⁶⁰ Art. 15 OR 2020 lautet: «Haben die Parteien ein simuliertes Rechtsgeschäft abgeschlossen, kann der Schuldner einem Dritten, der gutgläubig auf dessen scheinbare Wirkung vertraute, die *Einwendung* der Simulation nicht entgegenhalten» [Hervorhebung durch die Verfasserinnen]; vgl. dagegen den geltenden Art. 18 Abs. 2 OR, welcher den Begriff «Einrede» verwendet: «Dem Dritten, der die Forderung im Vertrauen auf ein schriftliches Schuldbekenntnis erworben hat, kann der Schuldner die *Einrede* der Simulation nicht entgegensetzen» [Hervorhebung durch die Verfasserinnen].

⁶¹ OR 2020-Huguenin/Hilty, Einl. vor Art. 1 ff. N 19.

den entfallen (z.B. Rücktritt infolge Verzugs oder Kündigung).⁶² Mittels Verweisen im neuen Gesetzestext erkennt der Rechtsanwender sodann die Beziehungen zwischen den einzelnen Bestimmungen und dem Liquidationsregime. Beispielsweise richten sich die Folgen des Eintritts einer auflösenden Bedingung, so Art. 210 Abs. 2 OR 2020 ausdrücklich, nach den Bestimmungen über die Liquidation.

Die systematischen Bereinigungen auf der mittleren Ebene beinhalteten nicht nur die Zusammenfassung von Normschwerpunkten, sondern auch die Platzierung von Rechtsfiguren im OR AT, wenn diese systematisch richtigerweise dorthin hingehören.⁶³ Die Geschäftsführung ohne Auftrag (Art. 419 ff. OR) z.B. ist im geltenden OR zu Unrecht in dessen Besonderem Teil platziert. Wie bei der unerlaubten Handlung (Art. 46 ff. OR 2020) und der ungerechtfertigten Bereicherung (Art. 64 ff. OR 2020) handelt es sich um einen weiteren Anspruch *ex lege*. Ein solcher gehört in den Anspruchskatalog des Allgemeinen Teils.⁶⁴ Aus systematischen Gründen ist es weiter ebenfalls überzeugender, Art. 586 Abs. 2 ZGB, welcher die Verjährung bei Tod des Erblassers während der Dauer des öffentlichen Inventars aufschiebt, in den Katalog der Stillstands- und Hinderungsgründe des OR AT aufzunehmen.⁶⁵ Dies macht umso mehr Sinn, als auch der geltende Katalog von Art. 134 OR bereits verschiedene Sachverhalte aus dem ZGB regelt.⁶⁶

Die Einpassung des Gesetzesentwurfs in das bestehende Recht fand schliesslich auch auf einer *Macroebene* statt.⁶⁷ Verschiedene Spezialistinnen und Spezialisten der betreffenden Fachgebiete überprüften, ob sich die Normen des Gesetzesentwurfs korrekt in die überdachenden bzw. die angrenzenden

Rechtsgebiete (z.B. in das Sachenrecht, in das Haftpflichtrecht, in das Schuldbetreibungs- und Konkursrecht etc.) einfügen.⁶⁸ Umgekehrt dürften mit dem Gesetzesentwurf für einen neuen OR AT auch Anpassungen in den angrenzenden Rechtsgebieten nötig sein. Die Klärung dieser Fragen wurde aber bewusst dem eigentlichen Gesetzgebungsprozess vorbehalten. Denn das politische Schicksal des vorgelegten Entwurfs ist noch offen.⁶⁹

2. Klarheit und Kürze

Für Juristinnen und Juristen, Behörden oder Gerichte in der Schweiz ist es selbstverständlich, mit allgemein, abstrakt formulierten Normen und mit Generalklauseln zu arbeiten. Sie sind es von ihrer Tradition und ihrem Selbstverständnis her gewohnt, dass die Bestimmungen nicht eine Vielzahl von Einzelfällen bis ins kleinste Detail und unter Berücksichtigung aller Eventualitäten und Ausnahmen regeln. Die bewährte Einfachheit, Klarheit und Kürze des von *Munzinger, Huber* und anderen formulierten aOR aus dem Jahr 1811 bzw. des geltenden OR (in Kraft getreten am 1. Januar 1912) ist daher beibehalten worden.⁷⁰ Dies bedeutet Folgendes:

Der Gesetzestext kann für sich allein selbstverständlich nicht das Vorwissen schaffen bzw. mitteilen, welches erforderlich ist, um diesen vollständig zu verstehen.⁷¹ In der Schweiz herrscht aber die Tradition und Überzeugung, dass Gesetze auch für Laien verständlich sein sollten, damit diese sich selber mindestens einen ersten Überblick über die verschiedenen Vorgehensweisen in Konfliktsituationen bzw. über die gesetzlich zwingenden Vorgaben verschaffen können. Der Laie soll mit anderen Worten zu erkennen vermögen, dass er seine Frage selber mithilfe des Gesetzestextes beantworten kann.⁷² Aus diesem Grund kann z.B. der juristische Laie neu der Über-

⁶² OR 2020-*Huguenin/Hilty*, Einl. vor Art. 1 ff. N 20.

⁶³ OR 2020-*Huguenin/Hilty*, Einl. vor Art. 1 ff. N 22.

⁶⁴ OR 2020-*Huguenin*, Vor Art. 73–78 N 2 f. und 9 f.

⁶⁵ S. Art. 153 Abs. 1 Ziff. 9 OR 2020. So sieht es im Übrigen auch der Entwurf zur Revision des Schweizerischen Verjährungsrechts vom 29. November 2013 vor (s. Art. 134 Abs. 1 Ziff. 7 E-OR: «für Forderungen des Erblassers oder gegen diesen, während der Dauer des öffentlichen Inventars»); vgl. dazu BBl 2014 260 (Fn. 54).

⁶⁶ Vgl. z.B. Art. 134 Abs. 1 Ziff. 1 OR: «(1) Die Verjährung beginnt nicht und steht still, falls sie begonnen hat: (Ziff. 1) für Forderungen der Kinder gegen die Eltern während der Dauer der elterlichen Sorge»; so auch ausdrücklich Botschaft zur Revision des Schweizerischen Verjährungsrechts, BBl 2014 260 und Fn. 83 (Fn. 54).

⁶⁷ OR 2020-*Huguenin/Hilty*, Einl. vor Art. 1 ff. N 23.

⁶⁸ S. hinten Kap. VI.3; vgl. für eine Auflistung der einzelnen Spezialistinnen und Spezialisten der Kohärenzgruppen OR 2020-*Huguenin/Hilty*, Einl. vor Art. 1 ff., 24 ff.

⁶⁹ Vgl. auch OR 2020-*Huguenin/Hilty*, Einl. vor Art. 1 ff. N 24; ausführlich zum politischen Prozess s. hinten Kap. VII.

⁷⁰ Vgl. auch OR 2020-*Huguenin/Hilty*, Einl. vor Art. 1 ff. N 26.

⁷¹ *Bundesamt für Justiz*, Gesetzgebungsleitfaden, Leitfaden für die Ausarbeitung von Erlassen des Bundes, 3. Aufl., Bern 2007, N 919; der Leitfaden ist abrufbar unter <<https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/staat/legistik/hauptinstrumente/gleitf-d.pdf>>.

⁷² Gesetzgebungsleitfaden (Fn. 71), N 919.

sicht von Art. 118 Abs. 1 OR 2020 entnehmen, welche Rechtsbehelfe ihm zur Verfügung stehen, wenn er eine ihm versprochene Leistung nicht erhält.⁷³ Hat er einen Rechtsbehelf ausgewählt, kann er sich in den nachfolgenden ausführenden Normen weiter darüber informieren, ob in seinem Fall die Voraussetzungen erfüllt sind (er z.B. noch mahnen muss) und wie er alsdann vorzugehen hat (Art. 118–134 OR 2020).

Eine verständliche Gesetzessprache bedeutet aber auch eine zeitgemässe Sprache.⁷⁴ In der heutigen Alltagsprache nicht mehr gängige Begriffe wie etwa «erheischt»⁷⁵ oder «An- und Draufgeld»⁷⁶ wurden daher im Gesetzesentwurf durch heute übliche Ausdrücke ersetzt (z.B. «verursacht»)⁷⁷ bzw. für den Laien intuitiv verständlich umschrieben (z.B. Umschreibung des Angelds in Art. 216 Abs. 2 OR 2020: «Es wird vermutet, dass die Zahlung auf die Hauptschuld anzurechnen sei»).

Bewusst Abstand nahm die Forschungsgruppe vom Gesetzgebungsstil von bestimmten Nachbarländern, insbesondere von der technischen, kaum noch verständlichen Normensprache des europäischen Gesetzgebers. Das geltende OR zeichnet sich durch eine markant einfachere und verständlichere Sprache aus. Diese Tugend setzt der OR 2020-Gesetzesentwurf fort.⁷⁸ Die einzelnen Gliederungseinheiten (Abschnitt, Artikel, Absatz) sollten dabei weder zu umfangreich noch zu klein ausfallen.⁷⁹ Als Faustregel diente der Forschergruppe die vom Urheber des ZGB, *Eugen Huber*, entwickelte und sowohl im ZGB wie auch im OR AT weitgehend verwirklichte «Eugen-Huber-Regel»:⁸⁰

1. pro Artikel höchstens drei Absätze;
2. pro Absatz ein Satz;
3. pro Satz ein Gedankengang.⁸¹

Diese Regel zwang die Forschenden, bei der Überprüfung bestehender bzw. beim Verfassen neuer Bestimmungen stets zu prüfen, ob ein längerer Artikel oder Absatz nicht doch auf das Gemeinsame reduziert und vereinfacht werden konnte (Frage der adäquaten Abstraktionshöhe) bzw. ob ein zu regelnder Sachverhalt nicht in einer Bestimmung zusammengedrängt worden war, welcher besser auf mehrere Artikel oder Absätze hätte verteilt werden sollen.⁸² Eine Gesetzesbestimmung von OR 2020 weist daher nach der genannten Regel – wenn immer möglich – nicht mehr als drei Absätze und pro Absatz nicht mehr als einen Satz auf.⁸³ Zudem hielt die Forschungsgruppe Sätze, die mehr als 15 Wörter umfassen, im Allgemeinen für schwer verständlich.⁸⁴ Solche Sätze müssen in der Regel mehrmals gelesen werden, bevor ihr Inhalt erfasst werden kann. Übermässig lange Bestimmungen des geltenden Rechts wurden in OR 2020 daher teilweise vereinfacht und/oder in kürzere Bestimmungen aufgespalten.⁸⁵

Aus den gleichen Überlegungen heraus wurde – wo immer sinnvoll – auf Unnötiges verzichtet. Für das dispositiven Recht ist etwa der im geltenden OR AT bisweilen anzutreffende Zusatz «soweit nicht Gesetz, Vereinbarung oder Natur des Rechtsverhältnisses entgegenstehen»⁸⁶ bzw. «abweichende gesetzliche oder vertragliche Regelungen bleiben vorbehalten»⁸⁷ selbstverständlich.⁸⁸ Denn zwingendes Recht, besondere vertragliche Vereinbarungen oder Sonderbestimmungen verdrängen grundsätzlich immer allgemeine Regeln, auch wenn das Gesetz dies nicht ausdrücklich vorsieht. Hinzu kommt, dass solche Vorbehalte zugunsten von Sonderregelungen im geltenden Recht scheinbar willkürlich gemacht wurden. So weist beispielsweise der geltende Art. 15 OR (Ersatz der Unterschrift bei Personen, welche nicht unterschreiben können) einen Vorbehalt zugunsten der wechselrechtlichen Vorschrift von Art. 1085 Abs. 3 OR (Beglaubigung der Unterschrift bei Blinden) auf.⁸⁹ Ein entsprechender Vorbehalt zugunsten des

⁷³ Art. 118 Abs. 1 OR 2020 lautet: «(1) Erfüllt der Schuldner eine Pflicht nicht, kann der Gläubiger: (a) die eigene Leistung zurückbehalten; (b) Erfüllung verlangen; (c) die Pflicht selber erfüllen oder erfüllen lassen; (d) seine eigene Leistung herabsetzen; (e) Schadenersatz verlangen; (f) Zinsen verlangen; (g) den Vertrag aufheben.»

⁷⁴ OR 2020-*Huguenin/Hilty*, Einl. vor Art. 1 ff. N 27.

⁷⁵ S. Art. 93 Abs. 1 OR.

⁷⁶ S. Art. 158 OR.

⁷⁷ OR 2020-*Huguenin/Hilty*, Einl. vor Art. 1 ff. N 27.

⁷⁸ OR 2020-*Huguenin/Hilty*, Einl. vor Art. 1 ff. N 29.

⁷⁹ Gesetzgebungsleitfaden (Fn. 71), N 880.

⁸⁰ Vgl. dazu Gesetzgebungsleitfaden (Fn. 71), N 880 und 887.

⁸¹ Gesetzgebungsleitfaden (Fn. 71), N 880.

⁸² Vgl. auch Gesetzgebungsleitfaden (Fn. 71), N 887.

⁸³ OR 2020-*Huguenin/Hilty*, Einl. vor Art. 1 ff. N 29.

⁸⁴ So auch Gesetzgebungsleitfaden (Fn. 71), N 888.

⁸⁵ Vgl. hierzu z.B. Art. 97–100 OR 2020 zur Zeit der Erfüllung.

⁸⁶ So z.B. Art. 164 Abs. 1 OR.

⁸⁷ So z.B. Art. 14 Abs. 2^{bis} OR.

⁸⁸ OR 2020-*Huguenin/Hilty*, Einl. vor Art. 1 ff. N 28.

⁸⁹ Art. 15 OR: «Kann eine Person nicht unterschreiben, so ist es, mit Vorbehalt der Bestimmungen über den Wechsel,

Wechselrechts fehlt jedoch in Art. 14 Abs. 3 OR (Ersatz der Unterschrift bei Blinden).⁹⁰ Eine dahinterliegende Systematik, wann Gesetze, Vereinbarungen etc. vorzubehalten sind, ist im geltenden Recht nicht auszumachen.

3. Rechtssicherheit

Das geltende OR von 1911 war und ist – wie schon sein Vorgänger von 1881 – ein grosser Wurf, welcher den vollen Respekt verdient. Allerdings hat sich die Gesellschaft und damit auch das (Privat-)Recht seit her kontinuierlich weiterentwickelt; die Realität hat das aus dem letzten Jahrhundert stammende OR teilweise überholt: Wichtige, in der Praxis über die Jahre herausgebildete, allgemein anerkannte Rechtsfiguren sind nicht im Gesetz zu finden; der geltende OR AT ist lückenhaft.⁹¹ Solche Regelungslücken schaden der Rechtssicherheit. Denn Akzeptanz und Nachvollziehbarkeit einer Kodifikation sind umso grösser, je eher es dem Rechtsanwender gelingt, im Gesetzestext selber eine Antwort auf seine Frage zu finden. Der Entwurf hat daher einige von Lehre und Rechtsprechung entwickelte und von der Praxis gemeinhin anerkannte Grundsätze und Figuren im Gesetzestext abgebildet: So hält etwa der Entwurf in Art. 19 OR 2020 neu ausdrücklich fest, dass ein Vertrag bei veränderten Verhältnissen angepasst oder aufgehoben werden kann (*clausula rebus sic stantibus*).

Gleiches gilt auch für grundsätzliche, verallgemeinerbare Anordnungen, die in anderen Rechtsbereichen bereits angedeutet und gemeinhin auch anerkannt sind, aber noch keine Aufnahme in den OR AT gefunden haben. So kennen beispielsweise einige schweizerische Gesetze bereits die Formkategorie der Textform (vgl. Art. 17 Abs. 2 ZPO,⁹² Art. 5 Abs. 1

IPRG⁹³), unter den Formbestimmungen des geltenden OR figuriert sie dagegen nicht.⁹⁴ Diese Lücke schliesst der Gesetzesentwurf nun in Art. 25 OR 2020.⁹⁵

Die Rechtssicherheit und Rechtsklarheit beeinträchtigen aber nicht nur vorhandene Lücken, sondern auch überkomplizierte Rechtsanordnungen.⁹⁶ Dies trifft etwa auf das geltende Leistungsstörungenrecht zu, das im OR AT nicht einheitlich geregelt ist: Anstelle eines für Erfüllungsmängel einheitlichen Tatbestands gibt es nach der Systematik des geltenden Gesetzes verschiedene Arten von Leistungsstörungen. Je nach Art der Störung (z.B. anfängliche oder nachträgliche Leistungsunmöglichkeit, Schlecht- oder Späterfüllung etc.) treten sodann unterschiedliche Rechtsfolgen ein.⁹⁷ Die Palette der Rechtsfolgen reicht dabei von Nichtigkeit (d.h. anfängliche oder nachträgliche Ungültigkeit) über Schadenersatz-, Nacherfüllungs- und Minderungsansprüche bis zum Rücktritt vom Vertrag. Die einzelnen Leistungsstörungstatbestände und deren Rechtsfolgen sind ausserdem über den gesamten OR AT verstreut (namentlich in Art. 20, 97, Art. 102 ff. oder Art. 119 OR).⁹⁸ Erschwerend kommt hinzu, ob auch die Gesetzmarginalien dem Rechtsanwender nicht immer helfen, sich im Gesetz zu orientieren. Aus den Sachüber-

gestattet, die Unterschrift durch ein beglaubigtes Handzeichen zu ersetzen oder durch eine öffentliche Beurkundung ersetzen zu lassen.»

⁹⁰ Art. 14 Abs. 3 OR lautet: «Für den Blinden ist die Unterschrift nur dann verbindlich, wenn sie beglaubigt ist, oder wenn nachgewiesen wird, dass er zur Zeit der Unterzeichnung den Inhalt der Urkunde gekannt hat»; s. dazu auch OR 2020-*Emmenegger/Meise*, Art. 24 N 8.

⁹¹ OR 2020-*Huguenin/Hilty*, Einl. vor Art. 1 ff. N 3.

⁹² Art. 17 Abs. 2 ZPO lautet: «Die Vereinbarung [= Gerichtsstandsvereinbarung] muss schriftlich oder in einer anderen Form erfolgen, die den Nachweis durch Text ermöglicht.»

⁹³ Art. 5 Abs. 1 IPRG: «Für einen bestehenden oder für einen zukünftigen Rechtsstreit über vermögensrechtliche Ansprüche aus einem bestimmten Rechtsverhältnis können die Parteien einen Gerichtsstand vereinbaren. Die Vereinbarung kann [...] in einer anderen Form der Übermittlung, die den Nachweis der Vereinbarung durch Text ermöglicht, erfolgen. [...]».

⁹⁴ Vgl. Art. 11–16 OR. Die Praxis scheint die Textform als weitere gesetzliche Formkategorie nunmehr auch für andere Rechtshandlungen als nur Gerichtsstandsvereinbarungen anzuerkennen. Im Zusammenhang mit der Revision des Widerrufsrechts bei Haustürgeschäften und (neu) bei Telefonverkäufen schlägt die zuständige Kommission unter anderem vor, dass der Anbieter den Kunden schriftlich oder «in einer anderen Form, die den Nachweis durch Text ermöglicht», über Form und Frist des Widerrufs informieren muss (Art. 40d E-OR); vgl. dazu auch AB SR 2015, 69.

⁹⁵ Art. 25 OR 2020 zur Textform lautet wie folgt: «Schreibt das Gesetz die Textform vor, genügt jede schriftliche Ausdrucksweise, die den dauerhaften Nachweis der Erklärung ermöglicht»; s. dazu auch OR 2020-*Emmenegger/Kurzbein*, Art. 25 N 1 ff.

⁹⁶ OR 2020-*Huguenin/Hilty*, Einl. vor Art. 1 ff. N 32.

⁹⁷ *Huguenin* (Fn. 24), N 804.

⁹⁸ OR 2020-*Müller-Chen*, Vor Art. 118–134 N 3.

schriften der entsprechenden Normen geht nicht in allen Fällen hervor, ob diese auch auf Leistungsstörungen anwendbar sein sollen.⁹⁹ Dieses umständliche und auf Anhieb nur schwer zu erfassende System wurde deshalb durch ein intuitiv verständliches System ersetzt. Denn im Vordergrund sollte nicht stehen, dass der Rechtsanwender die Leistungsstörung dogmatisch richtig einordnet. Entscheidend sollte vielmehr sein, dass er dem Gesetz selber entnehmen kann, welche Rechtsbehelfe ihm zur Verfügung stehen, falls der Vertrag verletzt wird.¹⁰⁰ Der Entwurf für einen neuen OR AT fasst daher die verschiedenen Leistungsstörungsarten unter dem einheitlichen Tatbestand der «Nichterfüllung» zusammen (vgl. Art. 118 Abs. 1 OR 2020). Auf diesem Nichterfüllungstatbestand bauen die anschliessend aufgelisteten Rechtsbehelfe des Gläubigers auf (s. Art. 118 Abs. 1 lit. a–g sowie Art. 119–134 OR 2020).

V. Inhaltliche Ziele

Dass Gesetze zumindest in ihren Grundzügen für Laien verständlich sein sollten, kann nicht bedeuten, dass sie nicht auch für Spezialisten (z.B. Juristinnen) ergiebig sein müssen. Während sich der Laie wohl eher an einzelnen Normen (allenfalls an Normengruppen) orientiert, die sich nach Möglichkeit auch intuitiv auffinden lassen, ist es die Juristin gewohnt, den Suchprozess auf ihrem Vorwissen aufzubauen und rational anzugehen.

Der Gesetzesentwurf hat sich darum als Leitsystem eine klare und stringente Ordnung zum Ziel gesetzt. So sind beispielsweise die einzelnen Entstehungsgründe für Ansprüche im ersten Titel des Entwurfs («Die Entstehung von Obligationen») in einem Überblick aufgelistet: An die Entstehung eines Anspruchs aus Vertrag (Art. 1–45 OR 2020) schliessen sich die ausservertraglichen Ansprüche aus unerlaubten Handlungen (Art. 44–63 OR 2020) und aus ungerechtfertigter Bereicherung (Art. 64–72 OR 2020) an. Diesen folgen neu die Ansprüche aus Geschäftsführung ohne Auftrag (Art. 73–78 OR 2020) und aus Liquidation, d.h. die Rückabwicklung von fallierten Verträgen (Art. 79–84 OR 2020).

Damit die Geltendmachung eines Anspruchs zum Erfolg führen kann, ist eine rationale und anschauliche Systematik aber auch innerhalb der einzelnen Themengebiete nötig. Im geltenden Stellvertretungsrecht ist es beispielsweise nicht einfach, sich bei gewissen Fragen einen Überblick über die massgeblichen Normen zu verschaffen. So ist beispielsweise der Schutz des gutgläubigen Dritten, dem eine Vollmacht mitgeteilt wird, über mehrere Artikel und Absätze verteilt (Art. 33 Abs. 3, Art. 34 Abs. 3 und Art. 36 Abs. 2 OR). Gleiches gilt für die im geltenden Recht in Art. 34 und 35 OR enthaltenen Gründe für das Erlöschen der Vollmacht. Der Rechtsanwender muss verschiedene Normen – teilweise ohne äusserlich erkennbaren Zusammenhang – konsultieren, um bestimmte Fragen beantworten zu können. Ein solches Hin-und-Herwandern zwischen verschiedenen Normen ist jedoch umständlich und wenig anwenderfreundlich, weil damit stets auch die Gefahr verbunden ist, etwas zu übersehen bzw. zu vergessen. Deshalb führt OR 2020 diese Themenblöcke jeweils in einer einzigen Norm zusammen (vgl. Art. 190 OR 2020 [Vollmachten kraft Vertrauensschutz] und Art. 192 OR 2020 [Gründe für das Erlöschen einer Vollmacht]).¹⁰¹ Ähnlich verhält es sich bei den Bestimmungen über die Bedingungen: Zur besseren Verständlichkeit sind diese nach gemeinsamen Charakteristika zusammengefasst worden.¹⁰² Mit dieser vereinfachten Systematik erkennt der Rechtsanwender auf Anhieb, dass beispielsweise Art. 152 OR zum «Zustand bei schwebender Bedingung» für die aufchiebende wie auch auflösende Bedingung gelten soll (s. Art. 211 OR 2020).

Ein weiteres zentrales Anliegen der Forschungsgruppe war es, einen «haushaltsneutralen» Entwurf vorzulegen. Wie das geltende OR ist das Reformprojekt dem Grundsatz der Privatautonomie verpflichtet:¹⁰³ Jedermann soll es freistehen, innerhalb bestimmter Schranken mit einem beliebigen Partner einen Vertrag beliebigen Inhalts abzuschliessen.¹⁰⁴ Freiheit, Gleichheit und Solidarität sind in das richtige Mass zueinander zu setzen.¹⁰⁵ Dem Parteiwillen

⁹⁹ Vgl. etwa die Marginalie zu Art. 20 OR: «Nichtigkeit». Zu den Schwierigkeiten im geltenden Leistungsstörungsrecht vgl. auch OR 2020-Müller-Chen, Vor Art. 118–134 N 4 ff.

¹⁰⁰ OR 2020-Huguenin/Hilty, Einl. vor Art. 1 ff. N 32.

¹⁰¹ Vgl. dazu auch OR 2020-Jung, Art. 190 N 1 ff. und Art. 192 N 1 ff.

¹⁰² Vgl. auch OR 2020-Pichonnaz, Introduction aux art. 209–215 N 17.

¹⁰³ OR 2020-Huguenin/Hilty, Einl. vor Art. 1 ff. N 33.

¹⁰⁴ Von Tuhr/Peter (Fn. 23), 247.

¹⁰⁵ OR 2020-Huguenin/Hilty, Einl. vor Art. 1 ff. N 33.

wird nur Zwang angetan, wenn der Schutz von Interessen, welche höher zu veranschlagen sind als die Vertragsfreiheit, den Einsatz von zwingendem Recht erfordert. Dagegen ist dispositives Recht als *default rule* zu setzen.¹⁰⁶ Dies erlaubt es den Parteien wie schon bisher, ihre Verträge knapp zu halten. Von ihnen zu regeln sind neben den Hauptpunkten nur jene spezifischen Situationen, in welchen anders verfahren werden soll, als das Gesetz es vorsieht.

Einen «haushaltsneutralen» Entwurf zu formulieren bedeutet auch, keine unterschiedlichen Regelungen für Verträge zwischen Privaten, zwischen Unternehmern sowie zwischen Unternehmern und Konsumenten zu schaffen.¹⁰⁷ Denn die Vermischung von Sonderregeln für Konsumenten und Unternehmer mit klassischem Vertragsrecht schafft die Gefahr von fast nicht vermeidbaren Inkohärenzen.¹⁰⁸ Zum einen antworten solche Sonderbestimmungen auf ein besonderes Schutzbedürfnis. So liegt etwa das Hauptaugenmerk von Konsumbestimmungen auf dem Schutz der Konsumenten im Geschäftsverkehr. Dem entsprechend sind die entsprechenden Normen in der Regel zwingend ausgestaltet. Zielsetzung und Systematik eines allgemeinen Vertragsrechts ist dagegen eine andere. Das allgemeine Vertragsrecht ist vom Prinzip der Privatautonomie und der Vertragsfreiheit geprägt. Die Bestimmungen sollen den Bedürfnissen aller Personenkreise genügen. Dispositive Bestimmungen sind hier daher die Regel, zwingende dagegen die Ausnahme.¹⁰⁹ Zum anderen ist insbesondere die Dynamik des Konsumentenschutzes eine andere als diejenige des allgemeinen Vertragsrechts. Das Konsumentenschutzrecht ist ein Rechtsgebiet, welches sich ständig und in verhältnismässig kurzen Zeitabständen weiterentwickelt. Das tradierte und kodifizierte allgemeine Vertragsrecht ist dagegen zeitlich beständiger.¹¹⁰

Der Entwurf für einen neuen OR AT verzichtet daher auf eine (umfassende) Eingliederung von Sonderbestimmungen und behält damit seinen Status als

neutraler und beständiger Kodex. Einzig in Art. 16–18 OR 2020 enthält er drei konsumrechtliche Bestimmungen (sog. «Ankernormen»), die für alle Konsumverträge Geltung beanspruchen.¹¹¹ Mit Hilfe dieser Ankerormen sollen Verbindung und Zusammenwirken des Konsum(vertrags-)rechts mit dem allgemeinen Vertragsrecht transparent gemacht werden.¹¹² Die Ankerormen ermöglichen den Konsumenten, sich mit geringem Aufwand und unkompliziert einen Überblick zu verschaffen und so mehr Rechtssicherheit zu gewinnen.¹¹³ Gleichzeitig gelingt es damit, den Gesetzesentwurf von Normen zu entschlacken, die nicht dem Charakter eines allgemeinen und beständigen Vertragsrechts entsprechen. Der OR AT müsste somit tendenziell weniger novelliert werden. Dies minimiert wiederum die Gefahr von allfälligen weiteren Inkohärenzen.¹¹⁴

VI. Entstehung

1. Erste Phase: Projektierung und Konstituierung der Gruppe (März 2006 bis Januar 2008)

Das Forschungsprojekt «Schweizer Obligationenrecht 2020 – Entwurf für einen neuen allgemeinen Teil» startete planmässig im Herbst 2007: Bereits ein Jahr zuvor, im Herbst 2006, hatten Prof. Dr. *Claire Huguenin* (Co-Verfasserin dieses Beitrags) und Prof. Dr. *Reto M. Hilty*, beide Universität Zürich, beim Schweizerischen Nationalfonds (SNF) ein Gesuch zur Förderung des Projekts eingereicht. Der SNF hiess dieses im Frühjahr 2007 mit dem von den beiden Projektstellern gewünschten Finanzierungsbeginn ab Herbst 2007 für zunächst drei Jahre gut. Auf ein Ergänzungsgesuch hin wurde das Forschungsprojekt um zwei weitere Jahre bis zum Herbst 2012 verlängert.

Nach Zuspreehung des Forschungsbeitrags boten die beiden Gesuchsteller im Frühjahr 2007 einer Reihe von Vertragsrechtlerinnen und Vertragsrechtlern an, sich an der Entstehung von OR 2020 zu beteiligen. Das Interesse und der Zuspruch waren über-

¹⁰⁶ OR 2020-Huguenin/Hilty, Einl. vor Art. 1 ff. N 33.

¹⁰⁷ S. auch Huguenin/Meise, Vertragsrecht, in: Kellerhals/Baumgartner (Hrsg.), Wirtschaftsrecht Schweiz–EU, Zürich/St. Gallen 2013, 321 ff., 336.

¹⁰⁸ Giampaolo Davide/Huguenin Claire, Entwicklungen im schweizerischen Konsumrecht – Plädoyer für ein integrales Konsumschutzgesetz, Jusletter 8. Juli 2013, N 48 f.

¹⁰⁹ Giampaolo/Huguenin (Fn. 108), N 49 und 55; Huguenin/Meise (Fn. 107), 336.

¹¹⁰ Giampaolo/Huguenin (Fn. 108), N 49.

¹¹¹ Vgl. dazu auch OR 2020-Probst, Art. 16 N 3.

¹¹² OR 2020-Probst, Art. 16 N 2.

¹¹³ OR 2020-Huguenin/Hilty, Einl. vor Art. 1 ff. N 39.

¹¹⁴ OR 2020-Huguenin/Hilty, Einl. vor Art. 1 ff. N 40; zur Überführung von europäischem Recht in das schweizerische Privatrecht vgl. auch OR 2020-Probst, Art. 16 N 2.

wältigend: Bis auf eine Ausnahme nahmen alle 20 angesprochenen Rechtswissenschaftlerinnen und Rechtswissenschaftler das Angebot am Projekt mitzuwirken vorbehaltlos an.¹¹⁵ Sämtliche Beteiligten trugen das Projekt bis zum erfolgreichen Abschluss im Jahr 2012 mit. Die Gruppe wuchs während ihrer Arbeit am Projekt sogar noch: Prof. Dr. *Florent Thouvenin*, ein Nachwuchsforscher, welcher das Projekt zum Teil geleitet hatte, wurde in St. Gallen zum Professor ernannt und konnte infolgedessen von der Gruppe als weiteres Mitglied aufgenommen werden. Das Projekt vereinigte damit Professorinnen und Professoren aller Generationen und sämtlicher neun rechtswissenschaftlichen Fakultäten der Schweiz auf sich.

Dank den Fördermitteln des SNF konnten die Leiter von OR 2020 eine Gruppe von Mitarbeitenden etablieren (so auch *Barbara Meise*, Co-Verfasserin dieses Beitrags). Dieser gehörten je nach Phase des Forschungsprojekts zwei bis acht Nachwuchsforschende an.¹¹⁶

Einen weiteren Teil der Fördergelder wendete die Gruppe für eine Serie von mehrtägigen Retraiten auf,¹¹⁷ welche die «Zentrale» von Zürich aus, wo neben den beiden Leitern auch die Nachwuchsforschenden angesiedelt waren, für die ganze Gruppe organisierte. Eine weitere Tranche des Forschungsgeldes floss in eine eigene Webplattform und in die professionellen Korrekturen der von der Gruppe auch ins Italienische (dafür konnte der ehemalige Nachwuchsforscher Dr. *Davide Cerutti* gewonnen werden) und ins Englische¹¹⁸ übersetzten Normtexte. Bezüglich des französischen und des deutschen Textes war dies nicht notwendig: Beide Texte entstanden simultan im Normsetzungsprozess.

Im September 2007 versammelten sich die 21 teilnehmenden Rechtswissenschaftlerinnen und Rechtswissenschaftler sowie die beiden Projektverantwortlichen erstmalig in Zürich. Bei diesem Treffen präsentierten die beiden Leiter erste Ideen zur prozeduralen Bewältigung des Projekts.

Das Forschungsprojekt lief zu Beginn der Forschungsarbeiten noch unter der Bezeichnung «Schweizerisches Obligationenrecht und Europäisches Vertragsrecht». Zum Ende der Forschungsarbeiten hin wurde das Projekt – auch auf Anraten der Vertreter des eidgenössischen Bundesamts für Justiz (BJ) – in das eingängigere und intuitiv verständlichere «Schweizer Obligationenrecht 2020 – Entwurf für einen neuen allgemeinen Teil» (französisch «*Code des obligations suisse 2020 – Projet relatif à une nouvelle partie générale*») umbenannt. Aus dieser Zeit stammt auch die Kurzbezeichnung «OR 2020» (französisch «*CO 2020*»).

Eine zweite Konferenz fand im Januar 2008 auf Einladung des BJ im «Leuchtensaal» in Bern statt. Der Leuchtensaal gehört zum «Bernerhof», der einen Teil des Bundeshauses bildet. Die Forscherinnen und Forscher führten in Bern die Diskussion über das von den Leitern in Zürich vorgeschlagene Vorgehen fort. Darüber hinaus diskutierten sie die *corporate governance* der Gruppe. Die Forscherinnen und Forscher einigten sich dabei von Anfang an auf Französisch und Deutsch als gleichwertige Arbeitssprachen.¹¹⁹

Die beiden Leiter hielten das einstimmig gutgeheissene Ergebnis in einem (ersten) Masterplan fest. Dieses Instrument sollte sich als sehr brauchbar erweisen und wurde darum während der folgenden vier Jahre beibehalten. Die neuen Masterpläne gingen jeweils von den zwischenzeitlich erreichten Zielen aus und definierten gestützt darauf die neuen Aufgaben und Deadlines.¹²⁰ Zur Koordination und Planung der Arbeiten setzte die zweiköpfige Co-Leitung (bestehend aus *Reto M. Hilty* und der Co-Verfasserin dieses Beitrags) ausserdem eine projektinterne Webplattform ein.¹²¹

– Der Masterplan regelte die jeweilige(n) Gruppenzugehörigkeit(en) sowie den zeitlichen Ablauf der Arbeiten (z.B. wer wann welchen Entwurf wo einzureichen bzw. kritisch zu hinterfragen hatte). In der Regel gehörte ein einzelnes

¹¹⁵ Vgl. für eine Auflistung der einzelnen Forscherinnen und Forscher OR 2020-Huguenin/Hilty, Einl. vor Art. 1 ff., 20 ff.

¹¹⁶ Zu den Nachwuchsforschenden gehörten Dr. *Yaniv Benhamou*, Dr. *Davide Cerutti*, *Alejandro Follonier*, Dr. *Matthias Hermann*, *Barbara Meise*, Dr. *Tina Purtschert*, *Bertrand Stoffel*, Prof. Dr. *Florent Thouvenin*; vgl. hierzu auch Auflistung der einzelnen Nachwuchsforschenden OR 2020-Huguenin/Hilty, Einl. vor Art. 1 ff., 27.

¹¹⁷ S. hinten Kap. VI.2 und VI.3.

¹¹⁸ Die englische Sprachfassung wurde von Prof. Dr. *Markus Müller-Chen* (mitwirkender Forscher; Universität St. Gallen), *Alexandra Schmidt* (Universität Zürich) und *Barbara Meise* (Co-Verfasserin dieses Beitrags) erstellt; vgl. auch OR 2020-Huguenin/Hilty, Einl. vor Art. 1 ff., 27.

¹¹⁹ OR 2020-Huguenin/Hilty, Einl. vor Art. 1 ff. N 65.

¹²⁰ OR 2020-Huguenin/Hilty, Einl. vor Art. 1 ff. N 63 und 65.

¹²¹ OR 2020-Huguenin/Hilty, Einl. vor Art. 1 ff. N 63.

- Mitglied unterschiedlichen Gruppen an. Schon in einem frühen Stadium der Forschungsarbeiten stellte sich etwa die Frage, wie mit allfälligen Querschnittsfragen umgegangen werden sollte. Um allfällige Doppelungen oder Widersprüche zu vermeiden, wurden zur Klärung von solchen wie auch anderen Querschnittsfragen eigene Forschungsgruppen, sog. Querbezugsgruppen, gebildet (s. sogleich hinten). Entsprechend modifizierten die Leiter den Masterplan. Insgesamt wurde der ursprüngliche Plan viermal an die laufenden Entwicklungen angepasst.¹²²
- Auf der projekteigenen Webplattform fanden die Forschenden beispielsweise die verschiedenen, chronologisch aufgelisteten Entwurfsfassungen, die dazugehörigen Stellungnahmen und die Sitzungsprotokolle. Die Plattform enthielt überdies eine Bibliothek, in der *online* unter anderem die wichtigsten *soft law*-Regelwerke (wie etwa der *Draft Common Frame of Reference* oder die *Unidroit Principles of Private International Commercial Contracts 2010*) sowie die Privatrechtskodifikationen verschiedener europäischer Staaten abrufbar waren. Die projekteigene Webplattform als solche war nur für die am Forschungsprojekt Beteiligten zugänglich. Die interessierte

Öffentlichkeit wurde über die Webseiten der beteiligten Forschenden über das Projekt und dessen Verlauf informiert.¹²³

2. Zweite Phase: Beginn der Forschungsarbeiten (Februar 2008 bis Januar 2010)

Die eigentlichen Forschungsarbeiten am Entwurf für einen neuen OR AT begannen im Februar 2008. In einer ersten Phase der Forschungsarbeiten (Februar 2008 bis Januar 2010) wurde in sieben gemischt-sprachigen Arbeitsgruppen mit jeweils zwei bis vier Arbeitsgruppenmitgliedern geforscht. Jede Arbeitsgruppe hatte einen anderen Teilbereich des OR AT zu bearbeiten (d.h. *bottom up-approach*). Die Aufteilung der Gruppen orientierte sich dabei an der Struktur des geltenden OR AT:

- (I.) Die Entstehung durch Vertrag (einschliesslich AGB);
- (II.) Die Entstehung durch unerlaubte Handlung (insbesondere Schadensbegriff);
- (III.) Die Entstehung durch ungerechtfertigte Bereicherung (zuzüglich Geschäftsführung ohne Auftrag);
- (IV.) Die Erfüllung der Obligationen und Beziehungen zu Drittpersonen;
- (V.) Die Folgen der Nichterfüllung;

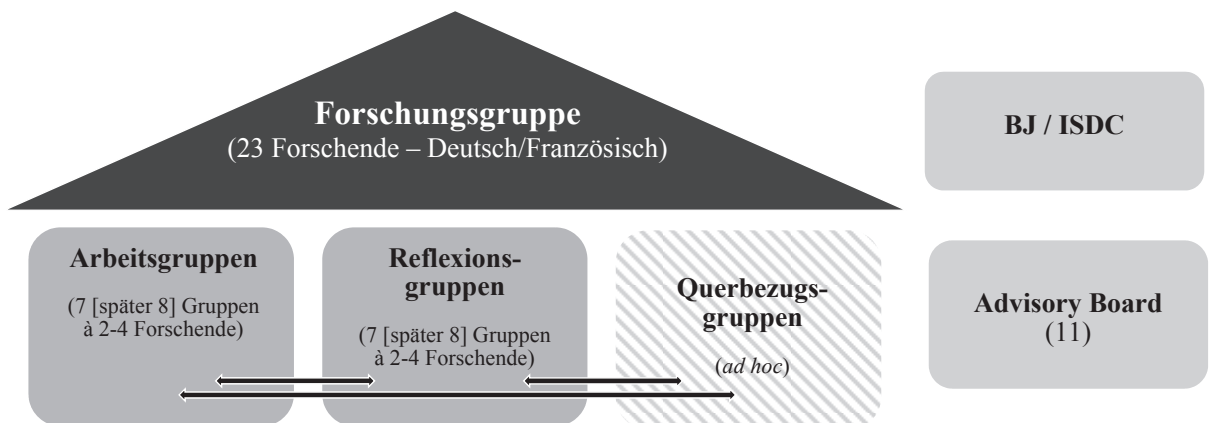


Abbildung: Beteiligte Gruppen und Arbeitsweise während der ersten Projekthälfte (Februar 2008 bis Januar 2010)

¹²² Vgl. zum Ganzen auch OR 2020-Huguenin/Hilty, Einl. vor Art. 1 ff. N 63, 65, 75 und 77.

¹²³ OR 2020-Huguenin/Hilty, Einl. vor Art. 1 ff. N 63.

- (VI.) Solidarität, Bedingungen, Haft- und Reugeld, Lohnabzüge. Konventionalstrafe, Abtretung von Forderungen und Schuldübernahme;
- (VII.) Das Erlöschen der Obligationen (einschliesslich Dauerschuldverhältnisse), Verjährung und Verwirkung.

In einer späteren, finalen Phase der Forschungsarbeiten (September 2010 bis Februar 2011) kam noch eine weitere, achte Arbeitsgruppe hinzu, welche die Voraussetzungen und Folgen der Vertragsbeendigung¹²⁴ bearbeitete.¹²⁵

Die Arbeitsgruppen waren damit befasst, vor dem Hintergrund des derzeitigen Kenntnisstandes der Schweizer Lehre und Rechtsprechung und unter kritischer Berücksichtigung der europäischen Rechtsentwicklung sowie mithilfe weiterführender Erkenntnisse aus der allgemeinen Rechtsvergleichung Gesetzesentwürfe für den jeweiligen Themenbereich vorzulegen.

Ergänzt wurden die Arbeitsgruppen durch sieben (in einer späteren, finalen Phase dann acht) personell durchwegs anders zusammengesetzte Reflexionsgruppen. Die Reflexionsgruppen waren ebenfalls gemischtsprachig (also Deutsch und Französisch) und bestanden auch aus zwei bis vier Mitgliedern. Aufgabe der Reflexionsgruppen war es, die Entwürfe der Arbeitsgruppen kritisch zu hinterfragen sowie Anmerkungen und eigene Gegenvorschläge zu formulieren.¹²⁶ Die einzelnen Projektmitglieder hatten dadurch nicht nur umfassend Kenntnis über den Inhalt der einzelnen Entwürfe, auch die inhaltliche Tiefe und der Innovationsgrad der Forschungsarbeiten konnten so massgeblich erhöht werden.

Allerdings zeigte sich bald, dass der gewählte *bottom up-approach* neben seinen überwiegenden Vorteilen doch auch bestimmte Kohärenzprobleme mit sich brachte, die allein durch die bewusst unterschiedliche Zusammensetzung von Arbeits- und Reflexionsgruppen nicht gelöst werden konnten. Um Schnittstellenfragen besser zu erfassen und Doppelspurigkeiten zu vermeiden, wurden nach einjähriger Forschungstätigkeit zusätzlich Querbezugsgruppen eingesetzt, die parallel zu den Arbeits- und Reflexi-

onsgruppen eigene Entwürfe zu themenübergreifenden Fragestellungen erarbeiteten, die mehrere Gruppen betrafen (beispielsweise wird die Frage der Verjährung oder der Solidarität im geltenden OR AT an unterschiedlichen Stellen geregelt). Mit Hilfe der Querbezugsgruppen konnten Doppelungen und Widersprüche ausgemerzt werden. Querbezugsgruppen wurden aber auch gebildet, um kontroverse Fragestellungen wie etwa die Integration von unerlaubter Handlung und Vertragsverletzung bzw. den Begriff der «Widerrechtlichkeit» im allgemeinen Haftungstatbestand von Art. 41 OR zu klären; hier war eine Einigung in der Forschungsgruppe zeitweise schwierig. Die Anzahl der Querbezugsgruppen änderte sich im Laufe der Forschungsarbeiten angesichts der sich wandelnden Frage- und Aufgabenstellungen ständig; die Gruppen wurden jeweils *ad hoc* gebildet und nach getaner Arbeit sodann auch wieder aufgelöst.¹²⁷

Die 23 Forscherinnen und Forscher (organisiert in Arbeits-, Reflexions- und Querbezugsgruppen) legten in dieser ersten Projektphase bis Januar 2010 je acht Gesetzesentwürfe vor (Entwürfe 1–8). Die Entwürfe wurden dabei laufend aufgrund der Anregungen der verschiedenen Reflexions- und Querbezugsgruppen sowie der Erkenntnisse und Beschlüsse der ersten ReTraite der Forschungsgruppe auf dem Monte Verità (Ticino) im Januar 2009 sowie der zweiten Forschungsretraite in Villars-sur-Ollon (Vaud) im September 2009 weiterentwickelt.¹²⁸

Unterstützt wurden die Forscherinnen und Forscher vom Schweizerischen Institut für Rechtsvergleichung (ISDC), welches die Entwürfe aus rechtsvergleichender Perspektive untersuchte, und dem BJ. Wissenschaftlich beraten hat sie ausserdem ein elfköpfiger Advisory Board. Dieser war aus bedeutenden schweizerischen wie auch ausländischen Expertinnen und Experten des Vertragsrechts zusammengesetzt, welches die Forschungsgruppe durch kritische Anregungen unterstützte.¹²⁹

Die komplexe Architektur allein der ersten Projektphase lässt erkennen, in welchem Ausmass die beteiligten Forscherinnen und Forscher nur schon in dieser Phase beansprucht wurden. Im Laufe der For-

¹²⁴ Dies führte schliesslich zum in den Art. 79–84 OR 2020 geregelten einheitlichen Liquidationsregime für fallierte Verträge.

¹²⁵ S. hinten Kap. VI.3.

¹²⁶ OR 2020-Huguenin/Hilty, Einl. vor Art. 1 ff. N 67.

¹²⁷ Vgl. zu den einzelnen Querbezugsfragen OR 2020-Huguenin/Hilty, Einl. vor Art. 1 ff., 16 und 18.

¹²⁸ Für eine Übersicht vgl. OR 2020-Huguenin/Hilty, Einl. vor Art. 1 ff. N 71 ff.

¹²⁹ Vgl. für die Zusammenstellung des Advisory Board OR 2020-Huguenin/Hilty, Einl. vor Art. 1 ff., 24.

schungsarbeiten übernahmen sie verschiedene Aufgaben und trafen sich in unterschiedlichen Zusammensetzungen zu verschiedenen kleineren und grösseren Sitzungen. Oft waren sie gleichzeitig in mehrere Gruppen eingeteilt und mussten sich darum auch synchron mit unterschiedlichen Aufgaben und Fragestellungen beschäftigen. Der Vorteil dieser Mehrfachzugehörigkeit war die Kompetenz, welche die Forscherinnen und Forscher auf diese Weise für mehrere Fragestellungen gleichzeitig ausbildeten. Eine Folge davon war, dass OR 2020 in sich zu einem sehr viel höheren Grad verflochten wurde als das geltende OR. Daraus resultierten auch ein stringenterer Gebrauch der Begriffe sowie eine konsequentere Systematik.

3. Dritte Phase: Zusammenführung und Verabschiedung der einzelnen Entwürfe in Gesamtentwurf (Februar 2010 bis September 2011)

Während der zweiten Phase der Forschungsarbeiten wurden die einzelnen Entwürfe der Arbeits-, Reflektions- und Querbezugsgruppen bewusst noch ge-

trennt behandelt und weitergeführt. Die je acht Gesetzesentwürfe der verschiedenen Arbeitsgruppen sowie die Entwürfe der Querbezugsgruppen zu einzelnen Sonderfragen wie etwa der Ungültigkeit und deren Rechtsfolgen wurden erst in der dritten Phase des Forschungsprojekts zusammengeführt. Damit traten die Forscherinnen und Forscher in einen neuen Prozess: Die Konsolidierung der einzelnen Entwürfe in einem Gesamtentwurf sowie die Überprüfung der inneren wie auch der äusseren Kohärenz des nunmehr zusammengeführten Normenkomplexes.

Für die Zusammenführung der verschiedenen Entwürfe wurde eine Redaktionskommission eingesetzt. Diese bestand aus den beiden Leitern, vier weiteren Mitgliedern der Forschungsgruppe sowie einem französischsprachigen Mitglied des Advisory Board.¹³⁰

Die Redaktionskommission fand sich im Frühjahr 2010 zu einer einwöchigen Intensivklausur zusammen. Im Rahmen dieser Klausur wurden die einzelnen Entwürfe der Arbeits- und Querbezugsgruppen zusammengeführt und neu systematisiert. Ausserdem galt es, die zweisprachige Fassung des Entwurfs weiterzuführen. Die Aufgabe der Redaktionskommission beschränkte sich dabei nicht nur auf die «blosse» (End-)

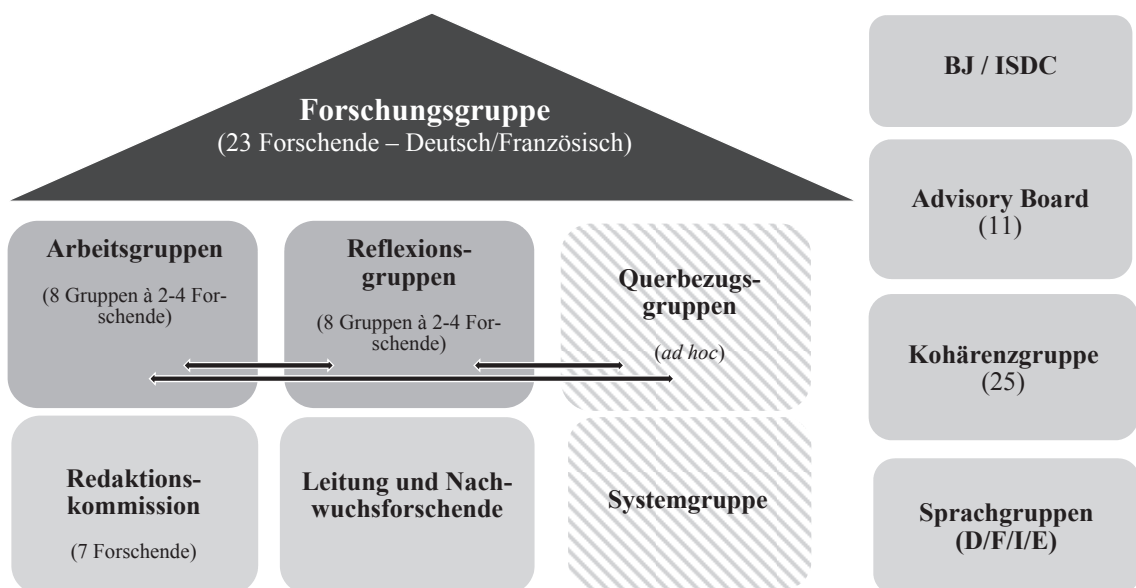


Abbildung: Beteiligte Gruppen und Arbeitsweise während der zweiten Projekthälfte (Februar 2010 bis März 2013)

¹³⁰ Vgl. für die Zusammenstellung der Redaktionskommission OR 2020-Huguenin/Hilty, Einl. vor Art. 1 ff., 19 ff.

Fassung des Gesamtentwurfs. Mit dem Zusammenführen der verschiedenen Entwürfe tauchten vielmehr neue materielle Fragen auf, die zusätzlich geklärt werden mussten, um die Qualität und Verknüpfung des Entwurfes weiterzuentwickeln und zu vertiefen. Auch mussten verschiedene Fragen, welche um die «innere» Kohärenz der vorgeschlagenen Normen kreisten, gelöst werden. Zurückzuführen war dies auf die ursprünglich dezentrale Arbeitsweise (Abstimmungsbedarf) sowie den *bottom up-approach* (Abstrahierungsbedarf).¹³¹

Die Forschungsarbeiten wurden in der Folge daher primär unter der Leitung der Projektverantwortlichen zusammen mit den Nachwuchsforschenden vorangetrieben. Im Juni 2010 lag schliesslich ein erster konsolidierter Gesamtentwurf vor. Dieser Entwurf war jedoch noch immer nicht vollständig zweisprachig.¹³² Hierfür wurde eine Übersetzungsgruppe eingesetzt, welche während einer mehrtägigen Klausur die zweisprachige Fassung des Gesamtentwurfs komplettierte. Die Gruppe bestand aus einer französischsprachigen Forscherin, einem Mitglied des Advisory Board, zwei Nachwuchsforschenden sowie der Co-Leiterin und Mitverfasserin dieses Beitrags.¹³³

Mit der Fertigstellung des ersten Gesamtentwurfs wurde auch die Frage aktuell, wie sich die neu vorgesehenen Normen zu den Bestimmungen des geltenden Rechts verhalten (etwa zu den Normen des OR BT, des ZGB, weiterer Spezialgesetze etc.). Um das Verhältnis der vorgeschlagenen Normen zum geltenden Recht zu untersuchen und damit die «äussere» Kohärenz des Entwurfs sicherzustellen, überprüften ab Juni 2010 eine Reihe von Kohärenzgruppen (insgesamt 25 Expertinnen und Experten für die angrenzenden Rechtsgebiete, aber auch das öffentliche Recht und das Strafrecht) den Gesamtentwurf hinsichtlich seiner Auswirkungen auf den jeweiligen Kohärenzbereich und dessen Vereinbarkeit mit dem geltenden Recht.¹³⁴ Auch die Kohärenzgruppen waren mit namhaften deutsch- wie auch französischsprachigen Forschenden besetzt. In ihren Stellungnahmen zeigten die Expertinnen und Experten jeweils auf, ob die Kohärenz durch eine Anpassung des

Entwurfs oder des (angrenzenden) geltenden Rechts hergestellt werden sollte oder ob es sinnvoller sein würde, zusätzliche Regelungen einzuführen.

Ein letztes Mal wurde auch der Advisory Board in die Forschungsarbeiten miteinbezogen: Anlässlich einer letzten gemeinsamen Retraite des Advisory Board und von einigen Mitgliedern der Forschungsgruppe im August 2010 in Luzern äusserte sich dieses ausführlich und teilweise auch kritisch zum vorgelegten Entwurf und zeigte weiteren Regelungsbedarf auf.¹³⁵ Das Plenum der Forschenden traf sich anschliessend Mitte September 2010 zu einer Retraite in Sigriswil (Bern). Die Forschenden einigten sich dort über den Regelungsgehalt und die Stossrichtung einiger zentraler Normen¹³⁶ (wie z.B. die Rückabwicklung von fallierten Verträgen, welche bereits ganz oder zum Teil erfüllt worden waren). Die Querbezugsgruppe zur Ungültigkeit, Beendigung und Rückabwicklung von Verträgen wurde in eine Arbeitsgruppe mit eigener Reflexionsgruppe umgewandelt; zur Klärung weiterer ungelöster Fragen wurden erneut Querbezugsgruppen gebildet.

In der Folge überarbeiteten die acht personell teilweise neu zusammengesetzten Arbeitsgruppen ihren Teilbereich des OR AT und setzten dabei die Anregungen der Kohärenzforschenden, der Querbezugsgruppen und des Advisory Board sowie die Erkenntnisse aus der Forschungsretraite von Mitte September 2010 um. Auf diesen Entwürfen aufbauend erstellten die Nachwuchsforschenden zusammen mit der Projektleitung den zweiten konsolidierten Gesamtentwurf.¹³⁷

Dieser Entwurf war sodann im Mai 2011 Gegenstand von drei je zweitägigen Sitzungen in Bern. Die Forschenden arbeiteten dort den Entwurf noch einmal vollständig durch. Sie diskutierten im Plenum letzte materielle Fragen und stimmten über einzelne Gesetzesvorschläge und Normen ab. Der Grundstein für den Entwurf für einen neuen OR AT war damit gelegt.¹³⁸

Daran anschliessend kontrollierte eine eigens für diesen Zweck eingesetzte Übersetzungsgruppe, welche aus mehreren bilingualen bzw. französischsprachigen Forschenden sowie verschiedenen Nachwuchsforschenden bestand, an zwei mehrtägigen

¹³¹ OR 2020-Huguenin/Hilty, Einl. vor Art. 1 ff. N 79.

¹³² OR 2020-Huguenin/Hilty, Einl. vor Art. 1 ff. N 80.

¹³³ Vgl. für die Zusammenstellung der Übersetzungsgruppe OR 2020-Huguenin/Hilty, Einl. vor Art. 1 ff., 19 ff.

¹³⁴ Vgl. für die Zusammenstellung der Kohärenzgruppen OR 2020-Huguenin/Hilty, Einl. vor Art. 1 ff., 24 ff.

¹³⁵ OR 2020-Huguenin/Hilty, Einl. vor Art. 1 ff. N 81.

¹³⁶ OR 2020-Huguenin/Hilty, Einl. vor Art. 1 ff. N 83.

¹³⁷ OR 2020-Huguenin/Hilty, Einl. vor Art. 1 ff. N 84.

¹³⁸ OR 2020-Huguenin/Hilty, Einl. vor Art. 1 ff. N 86.

Klausuren Richtigkeit und Gleichwertigkeit der beiden Sprachfassungen. Parallel dazu finalisierten die Projektleitung und die Nachwuchsforschenden unter Mithilfe einzelner Forschenden den Gesetzesentwurf. Unter anderem wurden Begriffe, Wendungen und Verweise materiell wie auch formell vereinheitlicht. In dieser Phase der redaktionellen Endbereinigung wurde auch die Systematik des Gesetzesvorschlags eingehend überprüft und überarbeitet. Unter anderem mussten im Vergleich zum geltenden Recht neu im OR AT geregelte bzw. neu dazugekommene Anspruchsgrundlagen wie etwa die Geschäftsführung ohne Auftrag (Art. 73–78 OR 2020) oder die Entstehung aus Liquidation (Art. 79–84 OR 2020) sinnvoll in die bestehende Systematik eingegliedert werden. Regelungskonzepte wie beispielsweise die Verjährung (Art. 148 ff. OR 2020) oder die Solidarität (Art. 198 ff. OR 2020) wurden – im Gegensatz zum geltenden Recht – an einem Ort im Gesetz zusammengeführt. Neu geregelte Institute wie die Verwirkung wurden an der passenden Stelle eingefügt. Schliesslich mussten auch die Marginalien entsprechend überarbeitet sowie teilweise neu hierarchisiert werden.

Die redaktionelle Endbereinigung konnte Ende August 2011 abgeschlossen werden. Das Ergebnis dieser Arbeiten bestand in einem sprachlich, systematisch und inhaltlich kohärenten sowie vollständig zweisprachigen Entwurf (dritter konsolidierter Gesamtentwurf) für einen neuen OR AT. Dieser Entwurf wurde den Forschenden anfangs September 2011 vorgelegt. Das Plenum der Forschenden nahm den dritten konsolidierten Gesamtentwurf einstimmig am 23. September 2011 an.

4. Vierte Phase: Publikation des viersprachigen, erläuterten Entwurfs (Oktober 2011 bis März 2013)

Damit traten die Forschungsarbeiten in ihre finale Phase: Ab Ende September 2011 erläuterten die Forscherinnen und Forscher die einzelnen Normen des Gesamtentwurfs. Dabei war die erläuternde Person nicht notwendigerweise mit der Verfasserin bzw. dem Verfasser oder den Verfassern einer Gesetzesbestimmung identisch. Ohnehin waren an diesem Punkt nur noch wenige Normen eindeutig ihren Schöpfern zuordenbar. Dies war auch gar nicht erwünscht. Im Gegenteil: Das Ziel des Projekts OR 2020 bestand in

einem Gemeinschaftswerk. Diesem Ziel entsprach von Anfang an auch der gewählte Prozess.

Ende Januar 2012 konnte die Phase der Erläuterungen abgeschlossen werden. Projektleitung und Nachwuchsforschende redigierten sodann während des ganzen Jahres 2012 die einzelnen Erläuterungen und bereiteten die Publikation «OR 2020 / CO 2020» vor. Gleichzeitig wurde die Übersetzung des Modellentwurfs ins Italienische und Englische in Auftrag gegeben und von Projektleitung und Nachwuchsforschenden konstruktiv-kritisch begleitet. Während die italienische Fassung die Tradition der Mehrsprachigkeit der Schweiz fortsetzt, soll die englische Übersetzung die internationale Vergleichs- und Diskursfähigkeit gewährleisten.

Der viersprachige Modellentwurf für einen neuen OR AT und die erläuternde Fassung des Entwurfs wurden im März 2013 in Buchform, im Herbst 2013 in digitaler Form (www.or2020.ch) bzw. (www.co2020.ch)¹³⁹ veröffentlicht.

VII. Zukunft: Von der Wissenschaft in die Politik?

Das Forschungsprojekt «OR 2020» fand in der Publikation des Gesetzesentwurfs im März 2013 seinen wissenschaftlichen Abschluss. Mit dem Entwurf sollte aber nicht nur eine wissenschaftliche, sondern auch eine politische Diskussion über ein neues OR angestossen werden. In der Tat wünscht sich mehr als die Hälfte des eidgenössischen Parlaments, dass der Bedarf für ein neues Vertragsrecht geprüft wird: Am 21. März 2013 reichten 105 Parlamentarierinnen und Parlamentarier des Nationalrats¹⁴⁰ sowie 34 Parlamentarierinnen und Parlamentarier des Ständerats¹⁴¹ je ein «Postulat für ein modernes Obligationenrecht» ein. Darin forderten die beiden Räte den Bundesrat dazu auf, zu überprüfen, in welcher Form sich das schweizerische Parlament mit dem vorlie-

¹³⁹ Diese kostenlose Plattform wird in vorbildlicher Weise von *Swisslex* (www.swisslex.ch) zur Verfügung gestellt.

¹⁴⁰ Vgl. dazu Postulat 13.3226 von Nationalrat *Andrea Caroni* «Für ein moderneres Obligationenrecht» vom 21. März 2013, abrufbar unter http://www.parlament.ch/d/suche/seiten/geschaefte.aspx?gesch_id=20133226.

¹⁴¹ Vgl. dazu Postulat 13.3217 von Ständerat *Pirmin Bischof* «Für ein moderneres Obligationenrecht» vom 21. März 2013, abrufbar unter http://www.parlament.ch/d/suche/seiten/geschaefte.aspx?gesch_id=20133217.

genden Gesetzesentwurf für einen modernen und benutzerfreundlichen OR AT befassen könnte.

Der Bundesrat beantragte in der Folge die Annahme der beiden Postulate.¹⁴² Am 18. Juni 2013 nahm der Ständerat das Postulat an.¹⁴³ Ihm folgte am 21. Juni 2013 der Nationalrat.¹⁴⁴ Darauf beauftragte der Bundesrat das BJ, einen Bericht über die möglichen Vorgehensweisen, wie das Parlament mit dem Entwurf vertraut gemacht werden könnte, zu verfassen. Dieser Bericht liegt noch nicht vor. Angesichts der zurzeit übervollen Agenda des BJ (z.B. Revision des Familienrechts, des Aktien- und Rechnungslegungsrechts, des Handelsregisterrechts etc.) dürfte noch etwas Geduld erforderlich sein, bis «OR 2020» auf die Traktandenliste des National- oder Ständerats gesetzt wird.

Mit dem Gesetzesentwurf für einen neuen OR AT haben die Forschenden die Grundlage für ein solches Revisionsvorhaben geschaffen. Sie haben einen in sich kohärenten Entwurf vorgelegt, der als solcher Gesetz werden kann, wenn der politische Gesetzgeber dies möchte. Dieser Entwurf kann und darf während des politischen Prozesses aber auch modifiziert werden: Nicht alle Teile von OR 2020 bilden tragende Säulen des Entwurfs. So lassen sich einzelne Bau-

steine ersatzlos eliminieren, austauschen oder verändern, ohne dass dadurch die Kohärenz des Entwurfs gefährdet würde. Dies gilt beispielsweise auch und gerade für den – im Vertragsrecht ohnehin sehr kleinen – Bereich des zwingenden Rechts: Der Gesetzgeber kann etwa den Schutzstandard beim Widerrufsrecht bei Konsumverträgen (s. Art. 16–18 OR 2020) oder bei den vorformulierten, nicht verhandelten Vertragsklauseln (s. Art. 32–33 OR 2020) je nach dem Ergebnis der politischen Debatte verschärfen oder abschwächen. Zu denken ist aber auch an eine vom Entwurf abweichende Verteilung der Haftungsrisiken (z.B. durch die Wiedereinführung des Verschuldensprinzips).

Wie das Ergebnis nach Ablauf des politischen Gesetzgebungswegs aussehen wird, ist offen. So oder anders wird der vorgelegte Entwurf bereits jetzt für das theoretische und das praktische Arbeiten mit dem OR genutzt. Die (Nachwuchs-)Forschergruppe freut sich im Übrigen, wenn sich möglichst viele Interessierte mit diesem auseinandersetzen. Der Entwurf soll auch und gerade zum Anlass genommen werden, einen Diskurs über die Aussage- und Überzeugungskraft des geltenden schweizerischen Privatrechts anzustossen.¹⁴⁵

¹⁴² S. Antrag des Bundesrates vom 29. Mai 2013, abrufbar z.B. unter http://www.parlament.ch/d/suche/seiten/geschaeft.aspx?gesch_id=20133217.

¹⁴³ AB SR 2013, 585 f.

¹⁴⁴ AB NR 2013, 1184.

¹⁴⁵ So auch *Schmidlin*, welcher den Entwurf als einen Appell an die Schweizer Lehre versteht, sich mit diesem auseinanderzusetzen und die Aufforderung zur Erneuerung des geltenden OR AT anzunehmen; s. *Schmidlin Bruno*, Das Schweizer Obligationenrecht 2020, SJZ 111/2015, 25 ff., 34.