

Eidgenössisches Justiz- und
Polizeidepartement (EJPD)
Bundesamt für Justiz (BJ)
Bundesrain 20
3003 Bern

per Email versandt:
michael.schoell@bj.admin.ch

UH/RR

Bern, den 10. August 2017

Vernehmlassung des Schweizerischen Anwaltsverbands (SAV/FSA) zum Entwurf für einen neuen allgemeinen Teil des Obligationenrechts (OR 2020)

Sehr geehrter Herr Schöll
Sehr geehrte Damen und Herren

Der Schweizerische Anwaltsverband (SAV) dankt Ihnen für die Gelegenheit zur obgenannten Vernehmlassung Stellung nehmen zu können.

a) Die Ziele der Autoren von OR 2020

In der „Einleitung vor Art. 1 ff.“ äussern sich CLAIRE HUGUENIN und RETO M. HILTY namens der Autoren zu den Zielen der Reform OR 2020. Demnach gehe es „in erster Linie“ darum, „die im Laufe der letzten hundert Jahre verloren gegangene **Übersichtlichkeit** wieder herzustellen und damit das **Auffinden der gesuchten Norm** zu erleichtern“ (Rz. 1; Hervorhebungen nur hier). Die Autoren heben insbesondere hervor, dass „wichtige, in der Praxis über die Zeit herausgebildete Rechtsfiguren **nicht mehr im Gesetzestext abgebildet** seien“ (Rz. 3; Hervorhebung nur hier). So weise das OR Lücken auf, gewisse Normen seien zu detailliert oder überflüssig und andere seien widersprüchlich (Rz. 3).

Rechtsprechung und Lehre hätten zwar versucht, solche Lücken zu füllen und Unstimmigkeiten auszubügeln. „Das Gebot, dass **Bürgerinnen und Bürger** im Gesetz **selbst** die Antwort auf ihre Rechtsfragen finden, ist damit allerdings bei Weitem nicht mehr erfüllt“ (Rz. 4).

Wir möchten an diese Prämissen der Autoren des OR 2020 anknüpfend aufzeigen, warum aus Sicht des SAV/FSA die Totalrevision des OR AT im jetzigen Zeitpunkt nicht angezeigt ist.

b) Rechtssprache als Fachsprache für Experten

Den Massstab, dass das OR den Bürgerinnen und Bürgern **selbst** die Beantwortung von Rechtsfragen erlauben soll, konnte das OR schon vor hundert Jahren nicht erfüllen. Dieses Kriterium offenbart u.E. einen grundlegenden Irrtum bezüglich dessen, was Rechtssprache überhaupt ist.

Recht ist eine Fachsprache, welche, je formalisierter sie verfasst ist (als Übersetzungen von Lebenssachverhalten in diese Rechtssprache), desto präziser ihre Antworten sind. Die Arbeit von Juristinnen und Juristen besteht somit „zuvorderst“ darin, ein Problem, das ihnen „in der Alltagssprache begegnet, möglichst angemessen in die formalisierte Rechtssprache zu übersetzen“ (PHILIPPE MASTRONARDI, Juristisches Denken, 2. Aufl., Bern 2003, Rz. 435).

Dies einerseits im Rahmen der Rechtsetzung, aber auch in der Rechtsanwendung:

„Die Aufgabe des Auslegens ist die der **Konkretisierung des Gesetzes** im jeweiligen Fall, also die Aufgabe der **Applikation**. Die Leistung produktiver Rechtsergänzung, die damit geschieht, ist gewiss dem Richter vorbehalten, der aber genauso unter dem Gesetz steht wie jedes andere Glied der Rechtsgemeinschaft. In der Idee einer rechtlichen Ordnung liegt, dass das Urteil des Richters nicht einer unvorhersehbaren Willkür entspringt, sondern der gerechten Erwägung des Ganzen. Zu solcher gerechter Erwägung ist jeder imstande, der sich in die volle Konkretion der Sachlage vertieft hat. Eben deshalb ist in einem Rechtsstaat Rechtssicherheit vorhanden. Man kann der Idee nach wissen, woran man ist. Jeder Anwalt und Berater hat die prinzipielle Möglichkeit, richtig zu beraten, d.h. die richterliche Entscheidung aufgrund der bestehenden Gesetze richtig vorauszusagen. **Die Aufgabe der Konkretisierung besteht freilich nicht in einer blossen Paragraphenkenntnis**. Man muss selbstverständlich auch die Judikatur kennen, wenn man den gegebenen Fall juristische beurteilen will, und alle Momente, die dieselbe bestimmen.“ (HANS-GEORG GADAMER, Wahrheit und Methode: Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik (1960), Gesammelte Werke, Bd. 1, Tübingen 1999, S. 335; Hervorhebung im unteren Teil nur hier).

Die Anwendung von Recht setzt also immer eine Auslegungsleistung voraus, zu welcher nur imstande sein kann, wer die **ausserhalb** der konkreten Paragraphen stehende Judikatur und die dieser Judikatur jeweils zugrunde liegende konkrete Sachlage (im Vergleich zu der eigenen Sachlage) kennt. Darum wird diese Leistung auch vom „Anwalt und Berater“ (so GADAMER) erbracht, nicht von der einzelnen rechtsunterworfenen Person.

Zu erwarten, dass die Bürgerinnen und Bürger ein Gesetz so lesen können, dass sie generell die Antworten auf ihre Fragen **im Gesetz selbst** finden können, ohne dass sie Judikatur und Lehre kennen müssten, hiesse alle diese Selbstverständlichkeiten der Auslegung von Rechtsnormen zu negieren.

c) Die Verständlichkeit der Rechtssprache als Fachsprache

Richtig und wichtig ist freilich die Erkenntnis, dass die Rechtssprache eben als möglichst hoch formalisierte (weil damit umso präzisere) Fachsprache dazu neigt, Eigengesetzlichkeiten zu entwickeln und eine Geheimsprache des Juristenstandes zu werden. „Wo dies geschieht, wird

dem Laien verwehrt, das Recht zu verstehen“ (MASTRONARDI, a.a.O., Rz. 436).

Die Verständlichkeit der Rechtssprache an sich hat aber eben **nichts damit zu tun**, dass Laien durch die **blosse Paragraphenlektüre** Rechtsfragen beantworten könnten. Denn wie unter b) vorstehend ausgeführt, setzen solche Antworten eine Applikationsleistung voraus, die sich nicht in der Wortlektüre erschöpft. Wenn die Autoren von OR 2020 ausführen, es sei sicherzustellen, dass die Bürgerinnen und Bürger im OR ihre Antworten wieder selbst finden (weil dies heute „bei Weitem **nicht mehr** erfüllt“ sei), so behaupten sie, dass nur schon theoretisch die blosse Lektüre des Gesetzes selbst den Laien **alle Antworten auf Rechtsfragen** liefern können soll (ohne Applikationsleistung der Juristinnen und Juristen, die vor einem breiteren Fachhorizont stattfindet). Dies kann aber per se nicht der Massstab an Recht sein, weil es all dem widerspricht, was Rechtssprache an sich ist (und unbesehen davon, ob sie „verständlich“ ist). Und mit diesem in Klammern soeben zitierten Vorhalt an den geltenden AT des OR, dass dies heute „bei Weitem nicht mehr erfüllt sei“, wird suggeriert, dass dies früher anders gewesen sei, was bedeuten würde, dass diese Applikationsleistung früher nicht genauso Voraussetzung für das Gesetzesverständnis gewesen wäre – was selbstverständlich unzutreffend ist.

„Juristisches Denken hat deshalb zur Aufgabe, die Rechtssprache einerseits möglichst präzise auszugestalten, sie aber offen zu halten für die Anforderungen der allgemeinen Kultur und des geschichtlichen Wandels“ (MASTRONARDI, a.a.O., Rz. 437). Die Komponente dieser Aussage, die die Übersetzungsleistung anbelangt, erbringt die Rechtssprache im OR nach wie vor, wie auch die Autoren von OR 2020 anerkennen (CLAIRE HUGUENIN/RETO M. HILTY, Einleitung vor Art. 1 ff., Rz. 27, machen nur wenige „altertümliche Ausdrücke“ aus, die durch „heute übliche Ausdrücke ersetzt worden“ seien). Zumindest besteht bezüglich der Verständlichkeit des heutigen OR kein Unterschied für Laien vor hundert Jahren.

Es ist ja gerade dies die Besonderheit der Schweizer Rechtsetzung im Allgemeinen etwa im Vergleich zum europäischen Ausland und zu weiten Teilen des EU-Rechts, dass sie diesen schmalen Grat einer präzisen Fachsprache findet, die sich dennoch nicht in ihrer Eigengesetzlichkeit zu einer Geheimsprache von Eingeweihten absondert und damit eine Rechtskultur schafft, welche an bzw. in ihrer Übersetzungsfunktion scheitert (vgl. zur Problematik MASTRONARDI, a.a.O., Rz. 436).

Aber eben: Das Gebot der Verständlichkeit hat mit der Beantwortung von Rechtsfragen direkt aus dem Gesetz nur wenig zu tun, ist dieses Gebot der Verständlichkeit doch bestenfalls Grundvoraussetzungen für die Möglichkeit einer Auslegung, aber nicht mehr.

d) Die Übersetzungsleistung bzw. das Laienverständnis von Recht

Die Rechtsfragen beantwortet heute wie früher nicht der Blick ins Gesetzbuch. Dieses kann ein Ausgangspunkt sein. Tatsächlich war es aber schon immer so, dass Mittler diese Übersetzungsleistungen übernommen haben. Damit sind insbesondere natürlich Juristinnen und Juristen bzw. Anwältinnen und Anwälte gemeint, aber auch Ratgeberliteratur und Ratgeberstellen (wie es z.B. den Erfolg der Zeitschrift bzw. des Verlags „Beobachter“ ausmacht, aber auch der von Anwaltsverbänden zur Verfügung gestellten Gelegenheiten, von Mitgliedern der Verbände im

organisierten Rahmen unentgeltliche Rechtsauskunft zu erlangen). Und heute sodann schlichtweg die „Google“-Suche, welche Ergebnisse herbeiführt, welche in laiengerechter Zusammenfassung Orientierung bieten.

Das Automatisierungspotential der Rechtsauskunft ist jedoch gerade deshalb eher beschränkt, weil diese Applikationsleistung des juristischen Denkens den konkreten Einzelfall des vorliegenden Sachverhalts ebenso umfasst wie die Sachverhalte der konkreten Einzelfälle der bereits ergangenen Judikatur dazu. Der Algorithmus, der dies zu leisten vermag, ist zumindest bisher noch nicht programmiert worden.

Darum stellt auch jede Internet-Fundstelle ebenso wie jeder kluge andere Mittler fest, dass ihre/seine im Internet abrufbare oder auf Basis von ersten Angaben erteilte Auskunft vorbehältlich der konkreten Sachverhaltsermittlung und dann noch der vertieften Applikationsleistung steht.

Es ist gerade aber als Erkenntnis aus der Anwaltspraxis festzuhalten, dass der Grad der juristischen Bildung und des juristischen Verständnisses der meisten Menschen sehr gering ist, sie also selbst mit solchen einfachen Zusammenfassungen schon überfordert sind, weshalb ein grosser Teil der Anwaltsarbeit im „Zurückübersetzen“ dessen besteht, was als Lebenssachverhalt in die Rechtssprache übersetzt worden ist – so dass nun umgekehrt die Klientschaft wieder versteht, was eine konkrete Aussage in Rechtssprache übersetzt in Lebenssachverhalte meint.

e) Der AT des OR nach Erlass von OR 2020

Da **jedes** Anwenden von Recht denselben Bedingungen untersteht, egal ob Recht alt oder neu ist, ändert auch eine OR-Revision nichts daran, dass diese Applikationsleistung stets erbracht werden muss und die Gesetzeslektüre allein diese nicht ersetzen kann. Es wäre also ein Trugschluss, wenn nach Erlass des OR 2020 angenommen würde, die Bürgerinnen und Bürger wären nun endlich nicht mehr der juristischen Hermeneutik unterworfen, sondern könnten alles, was die Mittler zwischen Rechtssprache und Alltag (insbesondere Anwältinnen und Anwälte) vorher für sie erklären mussten, nun alles selbst.

Es wird wieder Materialien geben und es werden wie bei jeder Reform zuerst über Jahre, wenn nicht Jahrzehnte, klärende Urteile sowie Dutzende von Fachkommentaren und sonstigen Publikationen herbeizuziehen sein, um dieses neue Recht auszulegen und anzuwenden.

Somit – und das ist für die Anwaltspraxis ganz zentral – **folgt auf jede Reform** stets eine **lange Phase der Rechtsunsicherheit**. Wenn GADAMER vorstehend in b) zitiert wurde („Eben deshalb ist in einem Rechtsstaat Rechtssicherheit vorhanden. Man kann der Idee nach wissen, woran man ist. Jeder Anwalt und Berater hat die prinzipielle Möglichkeit, richtig zu beraten, d.h. die richterliche Entscheidung aufgrund der bestehenden Gesetze richtig vorauszusagen.“), so gilt dies jeweils nach grossangelegten Reformen nur noch sehr eingeschränkt. Die Rechtssicherheit in der Beratung und in der Rechtsanwendung – hier insbesondere in der so wichtigen Vertragsgestaltung – ist über Jahre erheblich beeinträchtigt.

Gerade wenn ein Erlass in der Rechtssprache sowie in Lehre und Rechtsprechung derart etabliert

ist, sind grossangelegte Reformen mit beträchtlichen Einbussen an Rechtssicherheit und damit einhergehend auch mit hohen volkswirtschaftlichen Kosten verbunden.

f) OR 2020 nicht als blosse Nachführung

Wie in der Einführung vor Art. 1 ff. seitens der Autoren auch klargemacht wird, handelt es sich in erheblichem Umfang um neues Recht. Etwa, wenn neu alle Verjährungsfristen gleich lang sein sollen. Oder wenn Rechtsfiguren neu in das geschriebene Recht überführt werden und dabei aus den heute bestehenden zahlreichen Meinungen in Lehre und Rechtsprechung eine konkrete Auffassung nun in den Gesetzestext übertragen wird.

Es ist aber eben auch darüber hinaus dem Wesen der Sprache und damit der grammatikalischen Auslegung eigen, dass nur schon die Veränderung des Wortlauts mit materiellen Änderungen des Rechts einhergehen kann, ja wird. Auch wenn man nur den aktuellen Stand nachführen will, wird dies also zu Änderungen am hergebrachten Bestand an Recht führen.

OR 2020 ist also mehr als eine blosse (ohnein stets bloss fiktiv mögliche) Nachführung des geltenden Rechts. Und, wie die Autoren in Rz. 24 auch richtig festhalten: Es werden nicht nur im OR AT, sondern auch in „Nachbargebieten“ Anpassungen erfolgen müssen. Usw.

Die von den Autoren (in Rz. 2) herangezogene BV-Revision ist diesbezüglich ein wenig einschlägiges Beispiel: In erheblichen Bereichen (etwa dem Sicherheitsrecht ab Art. 57 ff. BV) ist die Rechtsunsicherheit grösser geworden bzw. hat sich die Rechtswirklichkeit dem angeblich nur nachgeführten Text zumindest nicht angenähert. Vor allem aber ist die BV für die praktischen Belange der Rechtsbeziehungen nicht von vergleichbarer Bedeutung, betrifft sie, abgesehen von den Grundrechten, v.a. die Kompetenzordnung zwischen den föderalen Ebenen des Staates bzw. die Kompetenzordnung der Organe des Bundes, und nicht die Individuen im Rechtsverkehr.

g) Zusammenfassung

Zusammenfassend ist der SAV/FSA der Auffassung, dass der AT des heutigen OR eine etablierte Grundlage für die Praxis darstellt, welche im Rahmen einer Teilrevision bezüglich allfälliger Lücken angepasst werden kann, deren gegenwärtiger Zustand aber keine mit Rechtsunsicherheit in der Praxis und volkswirtschaftlichen Kosten verbundene Grossreform rechtfertigt.

Das akademische Interesse an einer Bereinigung des Gesetzes ist verständlich, aus praktischer Sicht dominieren aber andere Kriterien.

Es ist insbesondere in diesem Zusammenhang auch zu erwähnen, welche immensen Kosten auf unsere Mitglieder jeweils zukommen, wenn alle Kommentare, Dissertationen und sonstigen Fachpublikationen in den Bibliotheken als Ergebnis einer Totalrevision des grundlegenden Gesetzes zu ersetzen sind und Weiterbildungen zur grundlegenden Neuerfassung von zuvor bestens bekannten Rechtsbereichen zu besuchen sind. Für die Wirtschaft (abgesehen von den Verlagen und Weiterbildungsveranstaltern, insbesondere der Universitäten, die hieran selbstverständlich ein wirtschaftliches Interesse haben) sind zudem höhere Beratungskosten, ein Umstellen ihrer Vertragsgrundlagen, die seit Jahren etabliert sind, etc. etc. verbunden.

Gemessen daran, wie gut der heutige AT des OR „funktioniert“, wären diese erheblichen Nachteile u.E. nicht zu rechtfertigen.

Wir danken Ihnen für Ihre Kenntnisnahme und verbleiben mit freundlichen Grüßen

Urs Haegi

René Rall

Präsident SAV

Generalsekretär SAV