

Die sozial sensiblen Bereiche des Vertragsrechts in der schweizerischen Zivilrechtskodifikation

Prof. Dr. Thomas Koller, Bern*

I. EINLEITUNG

1. Das Schweizerische Obligationenrecht vom 30. 3. 1911 (OR) als die hier interessierende Kodifikation
2. Die Charakteristika des Schweizerischen Obligationenrechts
3. Das Spannungsfeld zwischen Gesetzesrecht und Richterrecht
4. Kodifikation als materielle Rechtsvereinheitlichung

II. DIE SOZIAL SENSIBLEN BEREICHE DES SCHWEIZERISCHEN VERTRAGSRECHTS IM ÜBERBLICK

1. Die allgemeine soziale Relevanz des Vertragsrechts
2. Hinweis auf das Konsumentenrecht
3. Die besondere soziale Relevanz bestimmter Vertragstypen

III. DAS BÜRGSCHAFTSRECHT UND DAS AGENTURVERTRAGSRECHT

1. Das Bürgschaftsrecht
2. Das Agenturvertragsrecht
3. Die Gemeinsamkeiten der Entwicklung bei der Vertragstypen im Schweizerischen OR

IV. DER ARBEITSVERTRAG

1. Das Verhältnis zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht bei der rechtlichen Regelung von Arbeitsverhältnissen
 - a) Allgemeines
 - b) Der Einfluss des Sozialversicherungsrechts im besonderen
2. Einzelne Problembereiche des privaten Arbeitsvertragsrechts
 - a) Auswahl einiger Probleme, welche den Gesetzgeber beim Erlass des OR von 1911 beschäftigt haben
 - aa) Vorbemerkung
 - bb) Probleme (scheinbar) formeller Natur
 - aaa) Das Postulat auf Erhöhung der Anzahl Artikel über den Arbeitsvertrag im OR
 - bbb) Die Abgrenzung zwischen Arbeitsvertrag und Werkvertrag
 - cc) Probleme (offenkundig) materieller Natur
 - aaa) Konkurrenzverbote
 - bbb) Lohnfortzahlungspflicht
 - b) Die Entwicklung des Arbeitsrechts im Verlauf der folgenden Jahrzehnte

* Meinem Assistenten Herrn Fürsprecher RAPHAEL LANZ sowie meinem Hilfsassistenten Herrn cand. iur. SEBASTIAN HARSCH danke ich herzlich für ihre intensive und konstruktiv-kritische Mitarbeit bei der Überarbeitung des Manuskripts.

- c) Die Revision des Arbeitsvertragsrechts im Jahre 1971
 - d) Die seitherige Entwicklung des Arbeitsvertragsrechts im OR
 - e) Ausblick
- b) Hinweis auf zwei Schwerpunkte der Mietrechtsrevision von 1989/90
 - aa) Der Schutz des Mieters vor missbräuchlichen Mietzinsen
 - bb) Der Kündigungsschutz bei der Miete von Wohn- und Geschäftsräumen
- V. DER MIETVERTRAG ÜBER WOHN- UND GESCHÄFTSRÄUME
- 1. Die Entwicklung des Mietrechts bis Ende der sechziger Jahre
 - 2. Die Mietrechtsrevisionen zu Beginn der siebziger Jahre
 - 3. Die Revision des Mietrechts von 1989/90
 - a) Allgemeines
- 4. Würdigung des schweizerischen Mietrechts im Hinblick auf die Mietpreisbildung sowie auf den Mieterschutz
- VI. SCHLUSS
- VII. LITERATURVERZEICHNIS

I. EINLEITUNG

Der Begriff der Kodifikation ist bekanntlich vielschichtig. Es kann und soll nicht Aufgabe meiner Ausführungen sein, in umfassenden theoretischen Erörterungen zu untersuchen, was man alles unter „Kodifikation“ versteht beziehungsweise verstehen könnte. Für die Bedürfnisse meines Beitrages genügt es, von einigen einfachen Voraussetzungen auszugehen, die ich einleitend kurz skizzieren möchte.

1. Das Schweizerische Obligationenrecht vom 30. 3. 1911 (OR) als die hier interessierende Kodifikation

In *formeller* Hinsicht kann Kodifikation verstanden werden als umfassende gesetzliche Regelung eines grösseren, sachlich in sich zusammenhängenden Rechtsgebietes in einem äusserlich einheitlichen Erlass.¹ Bei dem von mir behandelten Thema wäre dies das Schweizerische Obligationenrecht vom 30.3.1911, welches aus einem Vorgängererlass - dem sogenannten alten Obligationenrecht vom 14.6.1881 - hervorging, am 1.1.1912 in Kraft trat² und seither in zahlreichen Teilen - so insbesondere in den hier zu behandelnden sozial besonders sensiblen Bereichen - mehrfach revidiert wurde. Das Schweizerische Obligationenrecht (im folgenden kurz OR genannt) enthält

¹ Vgl. zu den möglichen Bedeutungsinhalten des Begriffs der Kodifikation statt aller etwa BK-LIVER, Einleitung N 1 ff., sowie CARONI, Privatrecht, S. 53 ff.

einen Allgemeinen Teil des Schuldrechts mit Regeln über die Vertragsentstehung, das Deliktsrecht, das Recht der ungerechtfertigten Bereicherung, die Leistungsstörungen usw.³ sowie einen Besonderen Teil mit zahlreichen Bestimmungen über verschiedene Vertragstypen.⁴ Daneben finden sich im OR noch drei Abteilungen mit handelsrechtlichem Inhalt,⁵ die meinen Beitrag nicht berühren.

2. Die Charakteristika des Schweizerischen Obligationenrechts

Wesentlich schwieriger ist die Charakterisierung einer Kodifikation in *materieller* Hinsicht. Es versteht sich von selbst, dass jedes kodifikatorische Werk eigenen Bedingungen und zeitgebundenen Wertungen unterliegt. Dies trifft für das Schweizerische OR ebenso zu wie für die Schuldrechtskodifikationen anderer Länder. Unser OR ist in seiner ursprünglichen Fassung von 1911 in gleichem Masse das Kind seiner Zeit wie die verschiedenen Änderungen, die es im Verlauf der letzten Jahrzehnte erfahren hat. Im wesentlichen und stark vereinfacht ausgedrückt lässt sich das Fundament unserer Schuldrechtskodifikation - jedenfalls in ihrer ursprünglichen Form aus dem Jahre 1911 - wie folgt umschreiben: Das OR ist grundsätzlich wirtschaftsliberalem Gedankengut verpflichtet. Es geht aus vom Modell der untereinander formal gleichgestellten Bürger, welche einander in einer freiheitlich-dezentral organisierten Wirtschaft als Marktteilnehmer gegenüber treten und prinzipiell in der Lage sind, ihre Interessen eigenständig zu wahren. Dementsprechend beruht das OR, klassisch-liberaler Privatrechtstheorie folgend, im wesentlichen auf der Vorstellung von der *Allgemeingültigkeit der privatrechtlichen Regeln*.⁶ Sondervorschriften für bestimmte Bevölkerungskreise - z.B. für Konsumenten, Mieter, Arbeitnehmer etc. - sollen möglichst vermieden werden, würden sie doch die formale Einheit der Kodifikation beeinträchtigen.⁷ Vorneweg muss allerdings gleich allfälligen Missverständnissen vorgebeugt werden. Bei den skizzierten Charakteristika des OR handelt es sich nur um die groben Leitlinien. Bereits das ursprüngliche Gesetzbuch aus dem Jahre 1911 hat sich nicht durchwegs an diese Modellvorstellung gehalten, sondern in zahlreichen Bereichen in pragmatischer Weise Lösungen getroffen, welche konkreten

² Vgl. zur Entstehungsgeschichte des Schweizerischen Obligationenrechts bis 1911 nur etwa den kurzen Überblick bei BUCHER, AT, S. 15 ff.

³ Art. 1 - 183 OR.

⁴ Art. 184 - 551 OR.

⁵ Art. 552 - 1186 OR. Es geht dabei um die Handelsgesellschaften und die Genossenschaft, das Handelsregister und die kaufmännische Buchführung sowie die Wertpapiere.

⁶ Vgl. dazu auch CARONI, Einleitungstitel, S. 12.

⁷ Ähnlich auch CARONI, Ungleiches Recht, S. 110 ff.

Schutzbedürfnissen Rechnung tragen,⁸ und die zahlreichen Gesetzesänderungen im Verlauf der Jahrzehnte bis in unsere Zeit haben sich (selbstverständlich) weit von dieser Modellvorstellung entfernt. Darauf wird noch zurückzukommen sein.

Im weitem zeichnet sich das schweizerische Schuldrecht - auch hier einer weitherum feststellbaren Tendenz folgend - durch eine relativ hohe *Abstraktheit seiner Regelungen* aus. Insbesondere die Normen des Allgemeinen Teils sind generell sehr knapp gehalten und für einen juristisch nicht gebildeten Leser kaum beziehungsweise nur schwer verständlich.⁹ Dieser hohe Abstraktionsgrad ist zum einen materiebedingt. Allgemeine Regeln des Schuldrechts - z. B. über Konsens, Irrtum, Stellvertretung oder Verzug - sind nun einmal weniger anschaulich als Normen aus anderen Rechtsbereichen. Das braucht uns nicht sonderlich zu beunruhigen. Für das menschliche Zusammenleben in unserer Zeit ist es zum Beispiel wichtig, dass jeder weiss, auf welcher Strassenseite er fahren muss. Für das Allgemeinwohl von geringerem Interesse ist dagegen die Frage, wieviele Leute etwa einen rechtlich erheblichen Grundlagenirrtum von einem nichterheblichen sogenannten blossen Motivirrtum abgrenzen können.¹⁰ Der relativ hohe Abstraktionsgrad des OR ist allerdings nicht bloss stofflich bedingt, sondern auch - und sogar zu einem nicht unerheblichen Teil - Ausfluss der vorstehend skizzierten Modellvorstellung, die dem Schuldrecht zugrunde liegt.

3. Das Spannungsfeld zwischen Gesetzesrecht und Richterrecht

Der Gesetzgeber, der sich die Ausarbeitung einer Kodifikation zum Ziel gesetzt hat, muss sich schliesslich über ein weiteres Grundproblem Gedanken machen. Die Rechtsordnung besteht nicht nur aus *Gesetzesrecht*, sondern - und vielleicht in immer stärkerem Masse - auch aus *Richterrecht*. Daher müssen sich die Urheber einer Kodifikation stets überlegen, wie einlässlich sie bestimmte Probleme im Gesetz selbst normieren wollen und welche Aspekte eines Regelungsbereiches den Gerichten zur Lösung anheim gestellt werden. CARONI spricht in diesem Zusammenhang plastisch von der Kodifikation als „Rechtsquellensystem“.¹¹ Nach dieser Deutung des Kodifikationsbegriffs schafft

⁸ Siehe dazu etwa BK-LIVER, Einleitung N 91 ff., sowie (allerdings kritisch zur sozialen Komponente des Schweizerischen Zivilgesetzbuches von 1907) CARONI, Privatrecht, S. 92 ff.

⁹ Verstärkt wird der Abstraktionsgrad des Obligationenrechts noch durch den Umstand, dass die Rechtswissenschaft im Verlauf einer jahrhundertelangen Entwicklung insbesondere für das Schuldrecht zahlreiche Rechtsbegriffe geschaffen hat, welche für den Nichtjuristen nur schwer verständlich sind (vgl. zu den für das Schuldrecht massgebenden wichtigsten Rechtsbegriffen etwa BUCHER, AT, S. 24 ff.).

¹⁰ Siehe dazu Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR (Grundlagenirrtum) einerseits und Art. 24 Abs. 2 OR (Motivirrtum) andererseits.

¹¹ CARONI, Einleitungstitel, S. 12 ff.

die Kodifikation eine (neue) Rangordnung unter mehreren Rechtsquellen. Art. 1 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (ZGB) bringt dies klar zum Ausdruck. Nach dieser zentralen Bestimmung unseres Privatrechts ist das Gesetz die primäre Rechtsquelle, während an zweiter Stelle das - insbesondere im Vertragsrecht - beinahe bedeutungslos gewordene Gewohnheitsrecht und an dritter Stelle das Richterrecht steht. Diese Rangordnung zwischen Gesetzes- und Richterrecht - das Gewohnheitsrecht können wir hier beiseite lassen - ist allerdings bloss formaler Natur. Welche materielle Bedeutung dem Gesetzesrecht einerseits und dem Richterrecht andererseits im System einer Kodifikation zukommt, kann nur aufgrund von konkreten Problemstellungen ermittelt werden. Regelt das Gesetz eine bestimmte Frage einlässlich und detailliert bis in die einzelnen Verästelungen hinaus, so hat das Richterrecht naturgemäss eine wesentlich geringere Bedeutung, als wenn sich der Gesetzgeber auf die Normierung einiger Grundzüge beschränkt. Besonders gross wird die Tragweite des Richterrechts dann, wenn sich der Gesetzgeber für eine bloss rudimentäre Regelung unter Zuhilfenahme von in hohem Masse wertausfüllungsbedürftigen Generalklauseln entscheidet. So gesehen hat der Gesetzgeber im Rahmen einer Kodifikation bei den einzelnen Problemkreisen zu entscheiden, welchen materiellen Stellenwert er dem Gesetzesrecht und - quasi komplementär dazu - welchen Stellenwert er dem Richterrecht einräumen will.¹²

Die vorstehenden Ausführungen zum Spannungsverhältnis zwischen Gesetzesrecht und Richterrecht im Rahmen einer Kodifikation sind allerdings nur *cum grano salis* zu nehmen. Wie die praktische Erfahrung zeigt, können auch relativ einlässliche gesetzliche Regelungen nicht verhindern, dass dennoch zahlreiche Rechtsfragen durch das Gesetz ungeklärt bleiben und daher vom Richter entschieden werden müssen. Bisweilen muss man sogar feststellen, dass gerade ausserordentlich kasuistisch durchgebildete Teile der Kodifikation eine wahre Flut von gerichtlichen Entscheidungen verursachen. Dennoch bleibt eines festzuhalten: Zwischen Gesetzesrecht und Richterrecht besteht immer ein *Spannungsverhältnis* und vielleicht sogar ein gewisser Gegensatz. Eine der zwingenden Aufgaben einer jeden Kodifikation ist es, hier wenigstens einige Leitlinien für den Rechtsanwender zu setzen.

¹² Beim Verhältnis zwischen Gesetzesrecht und Richterrecht handelt es sich um eine Problematik, die für die gesamte Rechtsordnung (mithin nicht nur für das Privatrecht) von zentraler Bedeutung ist (vgl. dazu einlässlich etwa RENÉ A. RHINOW, *Rechtsetzung und Methodik, Rechtstheoretische Untersuchungen zum gegenseitigen Verhältnis von Rechtsetzung und Rechtsanwendung*, Basel und Stuttgart 1979).

4. Kodifikation als materielle Rechtsvereinheitlichung

Kodifikation wird oft auch verstanden als Vorgang der *Rechtsvereinheitlichung*. Einen ganz zentralen Aspekt dieses Prozesses bildet die Vereinheitlichung einer bestimmten Rechtsmaterie in systematischer Hinsicht.¹³ Tendenziell waren (und sind) Kodifikationen bemüht, eine bis anhin in zahlreichen *Sondergesetzen geregelte zersplitterte Rechtsmaterie* in ein einheitliches Gesetz zu überführen sowie den so zusammengefassten Regelungsbereich neu zu strukturieren und zu systematisieren. Ob mit diesem Vorgang gleichzeitig ein ganzer oder zumindest teilweiser *Rechtserneuerungsprozess* verbunden ist, hängt selbstredend von den Zeitumständen ab. So ist es zum Beispiel leicht verständlich, weshalb das OR aus dem Jahre 1911 gegenüber seinem Vorgängererlass aus dem Jahre 1881 insgesamt keine grundlegenden Neuerungen mit sich brachte. In diesem Zeitraum von dreissig Jahren fand in der Schweiz kein derart fundamentaler gesellschaftlicher Wandel statt, der solche Rechtsänderungen in nennenswertem Umfang ermöglicht und verlangt hätte. Dass es sich in dieser Hinsicht bei einem Wechsel im Gesellschafts- und Wirtschaftssystem eines Landes anders verhält, liegt auf der Hand. Immerhin lässt sich auch für das schweizerische Schuldrecht feststellen, dass zwischen dem OR von 1911 und dem alten OR von 1881 doch gewisse Unterschiede bestehen, so zum Beispiel im hier interessierenden Bereich des Arbeitsrechts. Und noch viel umfassender sind die Rechtsänderungen, denen die sozial sensiblen Bereiche des Vertragsrechts, welche Gegenstand dieses Aufsatzes bilden, im Verlauf der folgenden Jahrzehnte unterworfen waren.

II. DIE SOZIAL SENSIBLEN BEREICHE DES SCHWEIZERISCHEN VERTRAGSRECHTS IM ÜBERBLICK

1. Die allgemeine soziale Relevanz des Vertragsrechts

Welche sind nun die sozial sensiblen Bereiche des schweizerischen Vertragsrechts und wie geht die schweizerische Zivilrechtskodifikation mit diesen Bereichen um? Im Grunde ist diese Fragestellung unpräzise. Denn es gibt kaum einen Bereich des Schuldrechts, dem nicht je nach den Umständen eine erhebliche soziale Tragweite zukommen kann.

Dies lässt sich anhand eines Beispiels leicht aufzeigen. So mag etwa die soziale Brisanz der Frage, ob der Beauftragte gegenüber dem Auftraggeber auch

¹³ CARONI, Privatrecht, S. 55 ff.

dann für den in Ausübung des Mandats erlittenen Schaden einen ganzen oder teilweisen Ersatzanspruch hat, wenn der Auftraggeber sich exkulpieren kann (Art. 402 Abs. 2 OR), nicht unmittelbar einleuchten. Dies ändert sich aber sofort, wenn man einen konkreten Fall aus der Bundesgerichtspraxis beizieht.¹⁴ Im Jahre 1920 wurde einem Bauern Holz aus seinem Wald gestohlen. Daraufhin bat er seinen Knecht eines Nachts, ihn in den Wald zu begleiten, um nach den Dieben zu sehen. Dabei trafen sie auf drei Männer, die im Begriffe waren, auf einem Karren Holz wegzuführen. Im Verlauf der folgenden Auseinandersetzung stach einer der Diebe, die allesamt unerkannt entkamen, dem Knecht mit einem Messer ein Auge aus, was eine dauernde 25%ige Erwerbsunfähigkeit des Knechts zur Folge hatte. In der damaligen Zeit gab es zugunsten von Arbeitnehmern in der Landwirtschaft weder einen sozialversicherungsrechtlichen Schutz noch ein Opferhilfegesetz, welches dem Opfer einer kriminellen Handlung eine staatliche Entschädigung gewährt hätte. Was also blieb dem armen Knecht, der finanziell nicht leer ausgehen wollte, anderes übrig, als seinen weniger armen (aber eben auch nicht reichen) Meister privatrechtlich ins Recht zu fassen. Gemäss Art. 402 Abs. 2 OR hätte der Meister seinem Knecht nun aber keinen Schadenersatz geschuldet, weil ihm der Exkulpationsbeweis offensichtlich gelang. Das Bundesgericht hat die Lösung über eine analoge Anwendung der Bestimmungen über die Geschäftsführung ohne Auftrag auf das altruistische Mandat gefunden und so dem Beauftragten einen Schadenersatz nach Recht und Billigkeit (Art. 4 ZGB) zusprechen können. Die hoch abstrakt gefasste Norm von Art. 402 Abs. 2 OR, die unter anderem das Rechtsverhältnis zwischen zwei wirtschaftlichen Giganten (zum Beispiel zwei Industrieunternehmen) regelt und dort zu durchaus adäquaten Ergebnissen führen kann, war in diesem Fall, in welchem unter zwei verhältnismässig armen Privatrechtssubjekten ein Schaden zu verteilen war, von ungeahnter sozialer Brisanz.

Mit diesem Beispiel sollte illustriert werden, dass grundsätzlich jede Regelungsmaterie des Schuldrechts je nach den Umständen des Falles eminente soziale Auswirkungen haben kann.¹⁵ Dies indessen kann nicht Thema des vorliegenden Beitrages sein, der sonst ins Uferlose wachsen würde.

¹⁴ BGE 48 II 487 ff.

¹⁵ Weitere Beispiele für die soziale Brisanz von „gewöhnlichen“ Normen des Schuldrechts liessen sich leicht finden. Zu erwähnen wären in diesem Zusammenhang nur etwa der sogenannte „Birnbäum-Fall“ (BGE 61 II 95 ff.), der ebenfalls Art. 402 OR beschlug, sowie der „Steiggurt-Fall“ (BGE 64 II 254 ff.), welcher die werkvertraglichen Mängelrechte sowie die deliktischen Ansprüche eines verunfallten Freileitungsmonteurs zum Gegenstand hatte.

2. Hinweis auf das Konsumentenrecht

Ebenfalls nur am Rand soll die Problematik des *Konsumentenrechts* gestreift werden. Unter dem Oberbegriff „Konsumentenrecht“ lassen sich, etwas vereinfacht ausgedrückt, alle Rechtsbeziehungen zusammenfassen, bei welchen auf der einen Seite gewerbliche Anbieter von Waren oder Dienstleistungen und auf der andern Seite Endverbraucher beteiligt sind, die diese Waren oder Dienstleistungen für persönliche oder familiäre Zwecke benötigen. Den Gegenpol zum so verstandenen Konsumentenrecht würde das Wirtschaftsrecht bilden, welches die Beziehungen unter verschiedenen Unternehmungen regelt.¹⁶

Die Abgrenzung zwischen Konsumentenrecht und Wirtschaftsrecht, wie sie hier skizziert wurde, durchzieht das gesamte Schuldrecht, speziell das ganze Vertragsrecht. So kann ein Kaufvertrag je nach Inhalt und je nach der Person der Beteiligten entweder einen Konsumentenkauf oder einen Handelskauf darstellen. Unter dem Gesichtspunkt der formalen Gleichstellung aller am Privatrechtsverkehr Beteiligten, die der ursprünglichen schweizerischen Kodifikationsidee zugrunde lag, dürften die beiden verschiedenen Fallkonstellationen idealtypisch indessen nicht (oder jedenfalls nicht wesentlich) nach unterschiedlichen Regeln beurteilt werden. Erst in den letzten dreissig bis vierzig Jahren hat - unter anderem im Gefolge der Hochkonjunktur der Nachkriegszeit sowie unter dem Einfluss des Rechts der Europäischen Union - in dieser Beziehung in der Schweiz ein Bewusstseinswandel stattgefunden, welcher zur Herausbildung spezifischer Verbraucherschutznormen führte.¹⁷ Exemplarisch sei nur auf das *Abzahlungsrecht* aus dem Jahre 1962¹⁸ sowie auf das *Konsumkreditgesetz* aus dem Jahre 1993¹⁹ verwiesen.

Die soziale Relevanz des Konsumentenrechts ist ausserordentlich gross und bedürfte einer ausführlichen Behandlung. Dies ist hier jedoch nicht möglich. Deshalb sei nur angemerkt, dass die privatrechtlichen Konsumentenschutznormen ungeachtet ihrer erheblichen praktischen Bedeutung von den Juristinnen

¹⁶ Die Literatur zum Verbraucherrecht ist beinahe unüberblickbar (vgl. dazu nur etwa die umfassenden Nachweise in den drei bisher erschienenen Jahrbüchern des Schweizerischen Konsumentenrechts, 1995, 1996 und 1997). Als Beispiele für Monographien, welche sich spezifisch mit dem Konsumentenvertrag befassen, seien erwähnt MIKAEL SCHMELZER, *Der Konsumentenvertrag*, Diss. Zürich 1995, MARLIS KOLLER-TUMLER, *Der Konsumentenvertrag im schweizerischen Recht, Zur Entstehungsgeschichte eines neuen Rechtsbegriffs*, Diss. Bern 1995, sowie URS M. WEBER-STECHER, *Internationales Konsumvertragsrecht, Grundbegriffe, Zuständigkeit, Anerkennung und Vollstreckung sowie anwendbares Recht*, Diss. Zürich 1997.

¹⁷ Vgl. dazu auch Art. 31^{sexies} BV.

¹⁸ Art. 226a ff. OR.

¹⁹ BG über den Konsumkredit (KKG) vom 8.10.1993 (SR 221.214.1), i.K. seit 1.4.1994. Vgl. zu diesen beiden Bereichen des Verbraucherrechts statt aller etwa BERND STAUDER, *Abzahlungsrecht*, sowie MARLIS KOLLER-TUMLER, *Konsumkreditrecht, Sonderedition* aus dem Kommentar zum Obligationenrecht I (Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, hrsg. von HEINRICH HONSELL/NEDIM PETER VOGT/WOLFGANG WIEGAND), Basel 1996.

und Juristen im allgemeinen nach wie vor als *Sondernormen* aufgefasst werden, die im Grunde nicht in das System unserer Einheitskodifikation passen. So erstaunt es denn nicht, dass vor kurzem einer unserer Bundesrichter unter anderem gerade das Verbraucherrecht als Beispiel für das „splitternde Privatrecht“ verwendet und dieses mit beredten Worten beklagt hat.²⁰ Bezeichnend dafür sind seine folgenden Ausführungen: „Bestimmte Personengruppen, wie zunehmend die Konsumenten, allgemein als der Selbstbestimmung unfähig und damit als schutzbedürftig einzustufen, hat letztlich mit Privatrecht als Ordnung zwischen den zur Selbstverantwortung fähigen Personen nichts mehr zu tun. Indessen würde im Zug der Zeit nicht erstaunen, wenn den 18jährigen, denen soeben die Mündigkeit geschenkt wurde, bald einmal die Befugnis zugestanden würde, sich voraussetzungslos aus Vertragsbindungen zu lösen, weil sie ihres Alters wegen vor den Versuchungen des Marktes zu bewahren sind!“²¹ Man kann die Berechtigung dieser Kritik am Verbraucherrecht bereits für westeuropäische Gesellschaftsordnungen füglich in Zweifel ziehen. Denn auch westeuropäische und amerikanische Verbraucher, die sich den Verlockungen der modernen Konsumwelt schon seit langem ausgesetzt sehen, sind in der Praxis nicht durchwegs so selbstverantwortlich, wie es diese höchstrichterliche Sichtweise will. Ganz besonders wichtig sind aber sachgerechte Verbraucherschutznormen dann, wenn ein grundlegender Wandel im Gesellschafts- und Wirtschaftssystem stattfindet bzw. soeben stattgefunden hat. Die politischen Vorgänge in Albanien im Frühling 1997 belegen dies in geradezu dramatischer Weise. Griffige Schutzmassnahmen für Kleinanleger - auch das ist Verbraucherrecht²² - hätten dort möglicherweise manchen Schaden verhindern können.

3. Die besondere soziale Relevanz bestimmter Vertragstypen

Die Grenze zwischen sozial besonders sensiblen und anderen Bereichen des Vertragsrechts soll hier anders gezogen werden. Die praktische Erfahrung zeigt, dass gewisse *klassische Vertragstypen*, wie wir sie in jeder Schuldrechtskodifikation geregelt finden, von spezifischer sozialer Tragweite sind, da bei ihnen eine der Vertragsparteien in der Regel nicht ein grosses Wirtschaftssubjekt, sondern ein ökonomisch schwacher Marktteilnehmer ist. Für das schweizerische Recht besonders augenfällig trifft dies zu für den *Mietvertrag über Wohn- und Geschäftsräume*, den *Arbeitsvertrag*, die *Bürgschaft* und die

²⁰ WALTER, S. 1 ff.

²¹ WALTER, S. 7.

²² Vgl. zum (zu Recht) weit gefassten Begriff des Konsumentenvertrages eindrücklich etwa BGE 121 III 336 ff. Diesem Fall lag ein Kommissions- und Kreditgeschäft im Briefmarkenhandel zugrunde. Siehe neuerdings auch BGE 124 III 155 ff. (betr. Warentermin-Optionen).

Agentur. Im folgenden will ich mich etwas einlässlicher mit dem Arbeitsvertragsrecht und dem Mietrecht befassen, welche in zunehmendem Masse als *Sonderprivatrechte* empfunden werden. Symptomatisch dafür sind wiederum die Worte des bereits erwähnten Bundesrichters: „Das Recht des Miet- oder des Arbeitsvertrags ... ist legislatorisch derart ausziseliert und von zwingenden Normen durchsetzt worden, dass sich maliziös die Frage stellen lässt, ob es nicht vollends ins Lager des öffentlichen Rechts gewechselt habe.“²³ Das Bürgschaftsrecht und das Agenturvertragsrecht will ich hier nur kurz streifen.

III. DAS BÜRGSCHAFTSRECHT UND DAS AGENTURVERTRAGSRECHT

1. Das Bürgschaftsrecht

Das Bürgschaftsrecht, wie es von unserem Gesetzgeber im Jahre 1911 verabschiedet wurde, hat seine Bewährungsprobe im Verlauf der schweren Wirtschaftskrise der dreissiger Jahre nicht bestanden.²⁴ Zahlreiche zumeist leichtfertig eingegangene Gefälligkeitsbürgschaften zugunsten von Nachbarn, Freunden usw. haben in der wirtschaftlichen Depression, von welcher die Schweiz damals heimgesucht wurde, viele Leute in den Ruin getrieben. Dies hat den Gesetzgeber veranlasst, das Bürgschaftsrecht umfassend zu reformieren. Dabei hat er zum einen das Eingehen von Bürgschaften erschwert, indem er verschiedene Formvorschriften zum Schutz des potentiellen Bürgen einführte. Zum andern hat er eine beträchtliche Zahl von materiellen Schutzvorschriften erlassen, die die Attraktivität der Bürgschaft als Instrument der Personalsicherheit deutlich verminderten.²⁵ Nicht zuletzt aus diesem Grunde spielen im heutigen Kreditrecht Realsicherheiten - insbesondere Grundpfandrechte - eine wesentlich grössere Rolle als Personalsicherheiten. Das revidierte Bürgschaftsrecht ist am 1. 7. 1942 in Kraft getreten.

²³ WALTER, S. 7.

²⁴ Ähnlich (wenn auch weniger pointiert) BUCHER, BT, S. 286; BECK, S. 2/3; GIOVANOLI, S. 207 ff.; BOTSCHAFT des Bundesrates an die Bundesversammlung zur Revision des Bürgschaftsrechts vom 20.12.1939, BBl 1939 S. 841 ff., spez. S. 844 ff. Weitere Literaturhinweise bei OR-PESTALOZZI.

²⁵ Zu den Einzelheiten vgl. etwa die knappen Ausführungen von BUCHER, BT, S. 285 ff., sowie die etwas breiter angelegte Kommentierung von OR-PESTALOZZI. Wesentliche Aspekte zur Problematik des Schutzes der schwächeren Vertragspartei im Bürgschaftsrecht behandelt nunmehr einlässlich WOLFGANG WIEGAND, Bürgschaft im Bankgeschäft, in: Personalsicherheiten, Berner Bankrechtstag Band 4, Bern 1997, S. 175 ff.

2. Das Agenturvertragsrecht

Eine ähnliche Entwicklung lässt sich beim Agenturvertragsrecht verzeichnen. Agent ist nach schweizerischem Recht, wer die Verpflichtung übernimmt, dauernd für einen oder mehrere Auftraggeber Geschäfte zu vermitteln oder in ihrem Namen und für ihre Rechnung abzuschliessen, ohne zu den Auftraggebern in einem Arbeitsverhältnis zu stehen.²⁶ In gewissen Bereichen unserer Wirtschaft, so etwa in der Versicherungsbranche, hat die Agentur Tradition. In andern Bereichen dagegen wird sie von den Unternehmen praktisch durchwegs als *Mittel zur Kostensenkung* verwendet. Wer als Unternehmer aus irgendeinem Grunde nicht gewillt oder in der Lage ist, sich festangestellte Arbeitnehmer zu leisten, denen er auch bei schlechtem Geschäftsgang den Lohn schuldet, nimmt zur Agentur Zuflucht. Denn dem Agenten steht kein fester Lohn, sondern nur eine Vermittlungs- oder Abschlussprovision für alle Geschäfte zu, die er während des Agenturverhältnisses vermittelt oder abgeschlossen hat.²⁷ Anders als ein Arbeitgeber gegenüber dem Arbeitnehmer schuldet somit der Auftraggeber dem Agenten nur dann ein Entgelt, wenn dieser erfolgreich gearbeitet hat. Damit trägt der Agent einen ganz beträchtlichen Teil des *Absatzrisikos*²⁸ einer Ware oder einer Dienstleistung, ohne jedoch den Absatz über eine geeignete Preisgestaltung, eine marktgerechte Qualitätspolitik etc. selbst wirksam steuern zu können.

Ausserhalb der klassischen Bereiche - das heisst im wesentlichen ausserhalb der Versicherungsbranche - verbreitet sich der Agenturvertrag im allgemeinen nur dann, wenn die Aussichten auf dem Arbeitsmarkt schlecht sind. Wer keine feste Anstellung zu einem fixen Lohn findet, ist notfalls eben zum Versuch bereit, irgendein Produkt in der Hoffnung zu veräussern, damit eine Provision zu verdienen. Daher erstaunt es nicht, dass der Agenturvertrag vor allem in *wirtschaftlichen Krisenzeiten* eine grosse praktische Bedeutung erlangt. Gleichzeitig wird mit diesen Ausführungen klar, welche soziale Brisanz im Agenturvertragsrecht steckt.

Das besondere Abhängigkeitsverhältnis des Agenten vom Auftraggeber hat den schweizerischen Gesetzgeber in den vierziger Jahren veranlasst, das Agenturvertragsrecht grundlegend zu revidieren und - ähnlich wie beim Bürgschaftsrecht - zahlreiche Schutznormen zugunsten der schwächeren Partei, das heisst zugunsten des Agenten, zu erlassen. Die entsprechenden Bestimmungen sind am 1.1.1950 in Kraft getreten.

²⁶ Art. 418a Abs. 1 OR.

²⁷ Art. 418g Abs. 1 OR.

²⁸ OR-WETTENSCHWILER, Art. 418a N 3.

3. Die Gemeinsamkeiten der Entwicklung beider Vertragstypen im Schweizerischen OR

Bereits diese beiden hier nur kurz skizzierten Vertragstypen ermöglichen eine wichtige Erkenntnis. Das Schweizerische OR von 1911 war sowohl im Bürgschaftsrecht als auch im Agenturvertragsrecht eine „Schönwetter-Kodifikation“, welche mit ihren wenigen Bestimmungen und den kaum vorhandenen Schutznormen zugunsten der typischerweise schwächeren Partei, das heisst des Bürgen beziehungsweise des Agenten, die Stürme einer Wirtschaftskrise nicht bestehen konnte. In beiden Fällen sah sich der Gesetzgeber zur Intervention veranlasst. Und in beiden Fällen lässt sich folgendes feststellen: Die Interventionen kamen zeitlich relativ spät. Die Gesetzesrevisionen traten jeweils zu einem Zeitpunkt in Kraft, in welchem die schwierigsten Phasen der Zeitgeschichte bereits vorüber waren. Beide Male hat der Gesetzgeber mit einer Fülle von umfangreichen, zum Teil schwer verständlichen Gesetzesartikeln reagiert, die im Vergleich zu anderen Vertragstypen im Gesetz viel Raum einnehmen.³⁰ Gleichzeitig wird man bei allem Verständnis für das Schutzanliegen des Gesetzgebers eine gewisse Überreaktion feststellen dürfen. Insbesondere im Bürgschaftsrecht ist die Fülle der Schutznormen zugunsten des Bürgen wohl nicht über alle Zweifel erhaben.³¹ Kaum beurteilen lässt sich aus heutiger Sicht, ob diese Entwicklung der Dinge vermeidbar gewesen wäre, wenn bereits der Gesetzgeber des Jahres 1911 diesen beiden sozial sensiblen Bereichen des Vertragsrechts etwas mehr Aufmerksamkeit geschenkt hätte.

IV. DER ARBEITSVERTRAG

Im Bereich der rechtlichen Regelung von Arbeitsverhältnissen werde ich im folgenden zwei Problemkreise behandeln. Zum einen ist in diesem Zusammen-

²⁹ Vgl. dazu einlässlich etwa BOTSCHAFT des Bundesrates an die Bundesversammlung zum Entwurf eines Bundesgesetzes über den Agenturvertrag vom 27. November 1947, BBl 1947 S. 661 ff., spez. S. 664 ff. In der Literatur wurde die neue Regelung eher kritisch gewürdigt (vgl. etwa FEHR, S. 6 ff., sowie VON BÜREN, S. 151/152).

³⁰ Vgl. dazu statt aller etwa für das Bürgschaftsrecht BUCHER, BT, S. 286, sowie OR-PESTALOZZI, Vorbemerkungen zu Art. 492-512 N 1; für das Agenturvertragsrecht OR-WETTENSCHWILER, Vorbemerkungen zu Art. 418a-418v N 2.

³¹ Immerhin darf man dem schweizerischen Bürgschaftsrecht attestieren, dass es ihm gelungen ist, die sogenannte „Schuldturmproblematik“ zu verhindern, die in Deutschland breites Aufsehen erregt und sogar zu einer - von Zivilrechtlern heftig kritisierten - Intervention des Bundesverfassungsgerichts geführt hat (vgl. dazu einlässlich etwa PETER BYDLINSKI, Die Stellung des Bürgen im Spannungsfeld von Privatautonomie und Sozialschutzgedanken, Bürgenschutz im Rechtsvergleich Schweiz-Deutschland-Österreich, recht 1994 S. 249 ff.). Zu diesem positiven Ergebnis beigetragen haben vor allem bestimmte *Formvorschriften* des schweizerischen Bürgschaftsrechts (BYDLINSKI, S. 262).

hang das gegenseitige Verhältnis von öffentlichem Recht und Privatrecht von besonderem Interesse. Zum andern möchte ich ein paar Einzelaspekte aus dem privaten Arbeitsvertragsrecht³² kurz skizzieren, welche Gesetzgeber und Judikatur immer wieder beschäftigt haben.

1. Das Verhältnis zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht bei der rechtlichen Regelung von Arbeitsverhältnissen

a) Allgemeines

Unsere schweizerische Rechtsordnung ist - wie sämtliche kontinental-europäischen Rechtsordnungen - geprägt vom Gegensatz zwischen *öffentlichem Recht* und *Privatrecht*.³³ Seit langem schon werden bei uns das öffentliche Recht einerseits und das Privatrecht andererseits als Rechtsgebiete betrachtet, die grundlegend verschieden sind, je von ganz spezifischen Prinzipien geprägt werden und zueinander in einem eigentlichen Gegensatzverhältnis stehen. Die fundamentale Zweiteilung der Rechtsordnung in öffentliches und privates Recht kann allerdings nicht darüber hinwegtäuschen, dass zwischen beiden Bereichen - wie gross auch immer die Gegensätzlichkeit empfunden werden mag - mannigfache Berührungspunkte bestehen. Besonders augenfällig und sowohl der juristischen als auch der allgemeinen Öffentlichkeit stets bewusst war und ist das Zusammenwirken zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht unter anderem im Arbeitsrecht.³⁴

Nach klassischem Privatrechtsverständnis wird zwar das privatwirtschaftliche Arbeitsverhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer durch das Vertragsrecht (und damit durch das Zivilrecht) geregelt.³⁵ Dabei konnte es indessen schon vor langer Zeit nicht sein Bewenden haben. Seit dem letzten Drittel des 19. Jahrhunderts kennt die schweizerische Rechtsordnung öffentlichrechtliche Bestimmungen, welche massgebenden Einfluss auf die Beziehung zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern hatten. Beispielhaft sei hier nur etwa das (erste) eidgenössische Fabrikgesetz vom 23.3.1877 erwähnt. Bereits mit diesem frühen Erlass bezweckte der Gesetzgeber den Schutz gewisser Arbeitnehmer - eben der Fabrikarbeiter - gegen bestimmte Auswüchse der industriellen Revolution. Zur Hauptsache ging es dabei um die Regelung von maximalen Arbeitszeiten, Schutzvorschriften zugunsten berufstätiger Frauen und Jugendlicher, die Einführung einer Gefährdungshaftung usw.³⁶ Theoretisch könnten solche Anliegen

³² Art. 319 ff. OR.

³³ Vgl. dazu etwa GUNTHER ARZT, Einführung in die Rechtswissenschaft, 2. Aufl. Basel und Frankfurt a.M. 1996, S. 58 ff.

³⁴ SCHWEINGRUBER, S. 149 ff.; STREIFF/VON KAENEL, S. 29; SPR-VISCHER, S. 19; TSCHUDI, Privates und öffentliches Arbeitsrecht, S. 63 ff.

³⁵ Vgl. etwa BRÜHWILER, Art. 319 N 1a.

³⁶ TSCHUDI, Geschichte, S. 9 ff.

zwar auch zum Gegenstand arbeitsvertraglicher Regelungen gemacht und so ins Zivilrecht übernommen werden. Dass ein solches Vorgehen indessen praktisch nicht funktioniert, liegt auf der Hand. Privatrechtliche Regelungen des Vertragsrechts liegen über weite Strecken in der Disposition der Vertragsparteien, d.h. sie können durch gegenseitige Abrede abgeändert werden. Zwingende Normen des Privatrechts sind zwar vertraglich nicht abänderbar, erlangen aber praktische Wirkung nur dann, wenn der durch sie Begünstigte bereit ist, den ihm an sich zustehenden Schutz gegebenenfalls gerichtlich durchzusetzen. Daher versteht es sich von selbst, dass das Vertragsrecht nur beschränkte Möglichkeiten bietet, vom Gesetzgeber als wünschbar und notwendig erachtete Schutzvorschriften in die Realität umzusetzen. Denn im Regelfall ist der Arbeitnehmer als ökonomisch typischerweise schwächere und rechtlich weniger bewanderte Partei nicht oder jedenfalls nicht ohne weiteres in der Lage, die ihm zustehenden Rechte wahrzunehmen.³⁷ Dazu bedarf er der Unterstützung durch öffentlichrechtliche Normen, welche vertraglich nicht abgeändert werden können und die von Behörden - z. B. von Fabrikinspektoren, Unfallverhütungsstellen usw. - notfalls mit den Zwangsmitteln des öffentlichen Rechts durchgesetzt werden.

Dieser Problematik war sich selbstredend schon der schweizerische Gesetzgeber des Jahres 1911 bewusst. Die Zweigleisigkeit des privaten und öffentlichen Arbeitsrechts zog sich denn auch wie ein roter Faden durch sämtliche Diskussionen in der Wissenschaft und in der Politik im Zusammenhang mit der gesetzlichen Regelung des Arbeitsvertragsrechts.³⁹ Rechtswissenschaft und Gesetzgeber haben stets betont, dass ganz zentrale Fragen des Arbeitsrechts nicht im Arbeitsvertragsrecht und damit in der Zivilrechtskodifikation, sondern in öffentlichrechtlichen Erlassen geregelt werden müssen, so zum Beispiel heute in der Schweiz im Bundesgesetz über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel (Arbeitsgesetz) vom 13.3.1964⁴⁰ sowie in den zahlreichen Vorschriften des Unfallverhütungsrechts.⁴¹

b) Der Einfluss des Sozialversicherungsrechts im besondern

Zunehmende Bedeutung hat in den letzten Jahrzehnten im vorliegenden Zusammenhang sodann das Sozialversicherungsrecht erlangt. Die Gesamtheit aller Sozialversicherungsgesetze gewann einen derart grossen Einfluss auf das Arbeitsrecht und insbesondere auf das Arbeitsvertragsrecht, dass heute jegliche Betrachtung von Arbeitsverhältnissen, die sich auf privatrechtliche Fragen beschränken würde, der Realität in keiner Weise gerecht würde. Exemplarisch seien hier nur zwei Beispiele erwähnt.

³⁷ TSCHUDI, Entwicklungen, S. 37; SCHWEINGRUBER, S. 30.

³⁸ STREIFF/VON KAENEL, S. 29; SCHWEINGRUBER, S. 30/31.

³⁹ Vgl. dazu etwa TSCHUDI, Privates und öffentliches Arbeitsrecht, passim.

⁴⁰ SR 822.11.

⁴¹ Vgl. dazu die zahlreichen Erlasse unter SR 823.3 ff.

1. Das Bundesgesetz über die Unfallversicherung vom 20.3.1981 (UVG)⁴² enthält in Art. 44 eine Bestimmung, welche die Haftung des Arbeitgebers für Schäden, die einem Arbeitnehmer aus einem Berufsunfall erwachsen, auf die vorsätzliche oder grobfahrlässige Schadensverursachung beschränkt, sofern der Arbeitnehmer gegen Berufsunfälle sozialversichert ist. Dieses Haftungsprivileg des Arbeitgebers greift fundamental in das komplexe und - wie man wohl ruhig feststellen darf - ansonsten ausgewogene privatrechtliche Haftungssystem ein, welches ohne diese Bestimmung zwischen den Arbeitsvertragsparteien gelten würde.⁴³
2. Bei zahlreichen Streitigkeiten um Kündigungen von Arbeitsverhältnissen stehen heute in der Praxis gar nicht vertragsrechtliche, sondern schwergewichtig versicherungsrechtliche - besonders vorsorgerechtliche⁴⁴ - Fragen im Vordergrund. Dies lässt sich anhand eines drastischen Beispiels leicht illustrieren. Die fristlose Auflösung eines Arbeitsvertrages führt nach dem ausdrücklichen Willen des Privatrechtsgesetzgebers selbst dann zur sofortigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses, wenn die fristlose Kündigung materiell zu Unrecht erfolgt.⁴⁵ Das wirft die Frage auf, ob damit auch das *Vorsorgeverhältnis* zwischen Vorsorgeeinrichtung und Arbeitnehmer (und so spätestens nach Ablauf eines Monats⁴⁶ die Versicherungsdeckung) erlischt. Grundsätzlich wird man diese Frage wohl bejahen müssen,⁴⁷ da der Vorsorgevertrag unmittelbar mit dem Arbeitsvertrag verknüpft ist. Vertritt man aber diesen Standpunkt, so können sich im Einzelfall dramatische Folgen aus der fristlosen Auflösung eines Arbeitsverhältnisses ergeben.⁴⁹ Löst nämlich der Arbeitgeber den Arbeitsvertrag zu Unrecht fristlos auf, so wird er dem Arbeitnehmer für jeden Schaden haftbar, den er dadurch verursacht. Einen Schadensposten stellt diesfalls die *entgangene Versicherungsdeckung* während der ordentlichen Kündigungsfrist (unter Berücksichtigung der Nachdeckung von einem Monat nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses) dar. Erleidet also zum Beispiel ein

⁴² SR 832.20.

⁴³ Vgl. TH. KOLLER, Die Haftung des Arbeitgebers, S. 428 ff., m.w.H., sowie neuestens BGE 123 III 280 ff. und dazu THOMAS KOLLER, AJP 1997 S. 1297 ff.

⁴⁴ Vgl. dazu das Bundesgesetz über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (BVG) vom 25.6.1982 (SR 831.40).

⁴⁵ Art. 337c OR.

⁴⁶ Art. 331a Abs. 2 OR und Art. 10 Abs. 3 BVG.

⁴⁷ Gl. M. jetzt auch HANS-ULRICH STAUFFER, Die sozialversicherungsrechtliche Behandlung der Ansprüche aus Art. 337c OR, SZS 1997 S. 522 ff., spez. S. 529/530 und S. 532. Anders ein Urteil des Versicherungsgerichts des Kantons Zürich vom 11.11.1993 (SZS 1996 S. 344 ff.). Höchststrichterlich wurde diese Frage unter der Herrschaft des seit 1.1.1989 geltenden arbeitsvertraglichen Kündigungsrechts bisher noch nicht entschieden (vgl. demgegenüber zum bis Ende 1988 geltenden Kündigungsrecht einen Entscheid des EVG vom 12.5.1995, SZS 1997 S. 534 ff., spez. S. 539/540 E. 4).

⁴⁸ BGE 120 V 20 E. 2a; 118 V 39 E. 2a; 115 V 33 E. 5 (alle noch unter der Herrschaft von Art. 10 BVG a.F.).

⁴⁹ Vgl. zum Folgenden TH. KOLLER, Kündigung, S. 1266 f., m.z.Nw.

Arbeitnehmer, dessen Arbeitsvertrag mit einer Frist von drei Monaten ordentlich gekündigt werden könnte, nach einer ungerechtfertigten fristlosen Beendigung des Arbeitsvertrages durch den Arbeitgeber im zweiten Monat nach der Kündigung einen schweren Unfall mit dauernder Invalidität, so erhält er von der Vorsorgeeinrichtung keine Versicherungsleistungen. Für diese entgangene Versicherungsdeckung, welche je nach den Umständen leicht mehrere hunderttausend Franken ausmachen kann, hätte der Arbeitgeber einzustehen. Da nun in vielen Fällen nicht ohne weiteres feststeht, ob genügend Gründe für eine fristlose Entlassung gegeben sind oder nicht, trägt der Arbeitgeber, wenn er von ihr Gebrauch macht, ein ausserordentlich hohes Risiko. Das kann - ausser in ganz eindeutigen Fällen - eine fristlose Beendigung des Arbeitsvertrages faktisch verunmöglichen. Dieses Beispiel zeigt besonders eindrücklich, welches verzerrte Bild entstünde, wenn der Fragenkreis „fristlose Entlassung“ ausschliesslich unter Berücksichtigung des kodifizierten Arbeitsvertragsrechts beleuchtet würde.

2. Einzelne Problembereiche des privaten Arbeitsvertragsrechts

Die im Arbeitsvertragsrecht regelungsbedürftigen Fragen sind besonders zeitgebunden. Probleme, welche in der Epoche der Frühindustrialisierung wichtig waren, spielen in einer Dienstleistungsgesellschaft vielleicht kaum noch eine Rolle. Fragen, die zu wirtschaftlich schlechten Zeiten die Arbeitnehmer besonders betreffen, sind in Zeiten der Hochkonjunktur von geringer Relevanz. Gesetzgeber und Gerichte sehen sich daher immer wieder mit höchst unterschiedlichen Fragestellungen konfrontiert.

Im folgenden möchte ich mich mit einigen Problemkreisen befassen, die beim Erlass des heute noch geltenden Schweizerischen OR aus dem Jahre 1911 im Zentrum der Diskussion standen. Anschliessend werde ich kurz aufzeigen, welche veränderten Fragen sich im Verlauf der anschliessenden Jahrzehnte stellten. Dabei versteht es sich von selbst, dass im Rahmen des zur Verfügung stehenden beschränkten Raumes nur eine kleine Auswahl möglich ist.

a) Auswahl einiger Probleme, welche den Gesetzgeber beim Erlass des OR von 1911 beschäftigt haben

aa) Vorbemerkung

Im Vorfeld der Überarbeitung des alten OR aus dem Jahre 1881⁵⁰ zu Beginn dieses Jahrhunderts haben verschiedene Juristen, die der schweizerischen Sozialdemokratie nahe standen oder ihr angehörten, zahlreiche Vorschläge zur

⁵⁰ Vgl. vorne I. 1.

Revision des Arbeitsvertragsrechts im Rahmen der Neukodifizierung des gesamten Schuldrechts unterbreitet. Der prominenteste unter ihnen war der in Bern lehrende Romanist und Arbeitsrechtler PHILIPP LOTMAR. Eine hervorragende Dissertation, die vor kurzem in Bern geschrieben wurde, legt eindrücklich das Wirken PHILIPP LOTMARS um die Jahrhundertwende in der Schweiz dar.⁵¹ Die Vorschläge LOTMARS zur Revision des Arbeitsvertragsrechts illustrieren mit aller Deutlichkeit, welche Probleme privatrechtlicher Natur im Bereich des Arbeitsrechts seinerzeit brisant waren.⁵²

Im wesentlichen lassen sich die Vorbringen von PHILIPP LOTMAR in drei Bereiche gruppieren. Der erste Bereich betraf die rechtliche Erfassung des *Tarifvertrags* (heute: Gesamtarbeitsvertrag).⁵³ Beim Tarifvertrag handelte es sich damals um eine als Folge von (zum Teil heftigen) Arbeitskämpfen in der Praxis entwickelte neue Vertragsstruktur, deren theoretisch-rechtliche Erfassung den Juristen ausserordentlich Mühe bereitete.⁵⁴ Auf diese Problematik soll hier nicht näher eingegangen werden. Ein zweiter Problembereich beschlug Fragen (scheinbar) *formeller Natur* und der dritte Bereich schliesslich Probleme offenkundig *materieller Art*. Diese beiden Fragenkomplexe sollen im folgenden kurz behandelt werden.

bb) Probleme (scheinbar) formeller Natur

In formeller Hinsicht standen für LOTMAR zur Hauptsache zwei Fragen im Vordergrund. Zum einen machte er geltend, das Arbeitsvertragsrecht des OR von 1881 enthalte zuwenig Bestimmungen und bedürfe im Rahmen der Revision einer *eingehenderen Regelung*.⁵⁵ Zum andern war es ihm ein grosses Anliegen, dass der Gesetzgeber eine klarere *Abgrenzung zwischen dem Vertragstyp „Arbeitsvertrag“* (damals noch Dienstvertrag genannt) *und dem Vertragstyp „Werkvertrag“* vornehme.⁵⁶ Beide hier skizzierten Probleme erwecken prima vista den Eindruck der „Juristerei um ihrer selbst willen“, die vor allem nach begrifflicher Klarheit und nach wohlstrukturierten Regelungen ruft. Daher meine Etikettierung als Problembereich scheinbar formeller Natur. Bei genauerer Betrachtung zeigt sich indessen, dass diese Anliegen LOTMARS durchaus von gewichtiger materieller Bedeutung waren.

⁵¹ GASSER, a.a.O.

⁵² Der folgende Überblick beruht im wesentlichen auf dem erwähnten Werk von GASSER. Da die Autorin die Entstehungsgeschichte des Arbeitsvertragsrechts im OR von 1911 hervorragend und detailliert aufgearbeitet hat, wurde der Einfachheit halber auf eine Berücksichtigung der Originalquellen verzichtet.

⁵³ GASSER, S. 193 ff.; TSCHUDI, Geschichte, S. 31.

⁵⁴ Bis zum Ende des 19. Jahrhunderts fehlt in der Literatur denn auch eine Stellungnahme zu diesem Institut (TSCHUDI, Geschichte, S. 31; vgl. auch GASSER, S. 165 ff.).

⁵⁵ GASSER, S. 179 ff. und S. 190 f.

⁵⁶ GASSER, S. 155 f. und S. 189 f.

aaa) Das Postulat auf Erhöhung der Anzahl Artikel über den Arbeitsvertrag im OR

Rasch einsichtig wird dies beim Postulat, welches auf eine deutliche Erhöhung der Anzahl Artikel im Arbeitsvertragsrecht hinzielte. Ein Gesetz, welches zu einem bestimmten Vertragstyp nur eine geringe Anzahl von Bestimmungen aufweist, muss sich notwendigerweise auf die Regelung von Grundzügen beschränken. Konkrete Antworten auf die zahlreichen Fragen im Rechtsalltag lassen sich diesfalls dem Gesetz nicht oder nur selten entnehmen. Notgedrungen müssen daher die meisten Rechtsfragen durch die *Zivilgerichte* gelöst werden. Eine derart *einseitige Verteilung der Regelungslast* zwischen Gesetzgeber und Richter ist nun aber in sozial besonders sensiblen Bereichen - und dazu gehört offenkundig das Arbeitsvertragsrecht - aus verschiedenen Gründen problematisch. Die Rechtssoziologie hat erkannt, dass sogenannte offene gesetzliche Regelungen, welche im Anwendungsfall extrem konkretisierungsbedürftig sind, die ökonomisch schwächere Prozesspartei massiv benachteiligen.⁵⁷ Je mehr der Richter dazu aufgerufen ist, Generalklauseln zu konkretisieren, lückenfüllend tätig zu werden usw., desto unsicherer ist die Prognose des Prozessausgangs. Eine unsichere Beurteilungslage aber muss notwendigerweise die wirtschaftlich schwächere Partei, welche sich eine Prozessniederlage weniger gut leisten kann als die stärkere Partei, vor einem gerichtlichen Verfahren abschrecken. Damit wird unmittelbar einsichtig, dass das Postulat LOTMARS nach einlässlicherer gesetzlicher Regelung des Arbeitsvertragsrechts einen eminent sozialpolitischen - und damit materiellen - Hintergrund hat.

Im weitem wird hinter LOTMARS Anliegen nach umfassenderer gesetzlicher Regelung des Arbeitsvertragsrechts aber auch ein gewisses Misstrauen gegenüber dem Richterstand zu suchen sein.⁵⁸ In der damaligen Zeit dürften die meisten Richter - von Richterinnen war selbstverständlich noch nicht die Rede - kaum dem Arbeiterstand nahestanden haben. Zudem waren sie wohl von ihrer Ausbildung her - soweit sie überhaupt ein Studium absolviert hatten - am wirtschaftsliberalen Vertragsmodell orientiert, welches - ausgehend von der formalen Gleichheit der Vertragsparteien - zur Hauptsache auf dem Grundsatz der Privatautonomie beruhte. Eine Weiterentwicklung der Rechtsprechung mit dem Ziel, den Schutz des ökonomisch schwächeren Arbeitnehmers gegen den Arbeitgeber auszubauen, konnte daher von der Rechtsprechung nicht ohne weiteres erwartet werden. Diese Aufgabe konnte seinerzeit vernünftigerweise (wenn überhaupt) nur der Gesetzgeber erfüllen. Auch aus diesem Grund war LOTMARS Postulat nach einlässlicherer gesetzlicher Regelung des Arbeitsvertragsrechts nicht juristischer Selbstzweck, sondern von eminent materieller Tragweite.

⁵⁷ Vgl. etwa INGEBORG SCHWENZER, Familienrecht im Umbruch, ZBJV 1993 S. 257 ff., spez. S. 264.

⁵⁸ Vgl. dazu etwa die bei GASSER, S. 230/231, sowie S. 237 wiedergegebenen Äusserungen LOTMARS, welche in diese Richtung deuten.

bbb) Die Abgrenzung zwischen Arbeitsvertrag und Werkvertrag

Das gleiche gilt für LOTMARS Forderung, der Gesetzgeber müsse für eine klare Abgrenzung zwischen Arbeitsvertrag und Werkvertrag besorgt sein. Ökonomisch gesehen unterscheiden sich diese beiden Vertragstypen grundlegend. Im Werkvertrag trägt derjenige, der eine Dienstleistung erbringt, ein *Unternehmerrisiko*.⁵⁹ Er schuldet einen Erfolg,⁶⁰ hat also nur einen Lohnanspruch, wenn er das Werk abgeliefert.⁶¹ Er hat für mangelhafte Dienstleistungen auch dann nach bestimmten Regeln einzustehen, wenn ihn an der Schlechterfüllung kein Verschulden trifft.⁶² Und er hat - jedenfalls bei einer Fixpreisabrede - von ausserordentlichen Umständen abgesehen keinen Anspruch auf einen höheren Lohn, wenn die Dienstleistung mehr Aufwand erfordert als vorausberechnet.⁶³ Grundlegend anders ist die Risikoverteilung zwischen den Parteien im Arbeitsvertrag. Der Arbeitnehmer trägt kein Unternehmerrisiko, d. h. er schuldet *nur eine Tätigkeit* und nicht einen Erfolg.⁶⁴ Für unverschuldet verursachte Mängel der Arbeitsleistung hat er nicht einzustehen,⁶⁵ und sein Lohnanspruch bemisst sich grundsätzlich nicht nach dem Erfolg seiner Tätigkeit.⁶⁶ Diese Unterschiede sind nicht bloss formeller Natur, sondern von materieller Bedeutung. Im Werkvertragsrecht ist der Dienstleistende ein *eigenständiges Wirtschaftssubjekt*, das am Markt auftritt und seine Chancen selbst wahrzunehmen beziehungsweise seine Risiken selbst zu tragen hat. Beim Arbeitsvertrag hingegen liegen die gesamten *ökonomischen Risiken* der zu erbringenden Dienstleistung *beim Arbeitgeber*. Dies schafft für Marktsubjekte einen hohen Anreiz, Leistungen, welche man selbst als Unternehmer anbieten will, nicht durch fixe Kosten verursachende Arbeitnehmer, sondern durch auf eigene Rechnung arbeitende *Subunternehmer* ausführen zu lassen. Dergestalt können zahlreiche wirtschaftliche Risiken ausgelagert werden.

Sehr eindrücklich lässt sich dieses Phänomen anhand der vor allem im Zeitalter der Frühindustrialisierung weit verbreiteten Heimarbeit illustrieren. Der Beizug von Heimarbeitern ermöglicht es dem Unternehmer, auf Fabrikräumlichkeiten und eigene Maschinen weitgehend zu verzichten. Ein Entgelt schuldet er dem Heimarbeiter nur, soweit er ihm Arbeit zuweist und dieser das Arbeitsprodukt abgeliefert. Von seiner ökonomischen Konstellation her weist somit der Heimarbeitsvertrag über weite Strecken werkvertraglichen Charakter auf.⁶⁷ Es erstaunt daher nicht, dass Doktrin und Judikatur lange Zeit

⁵⁹ BK-REHBINDER, Art. 319 N 48.

⁶⁰ Vgl. etwa BGE 115 II 53 f. E. 1; 109 II 36 E. 3a; BUCHER, BT, S. 201; GAUCH, S. 6 N 18.

⁶¹ Art. 372 OR. Vgl. dazu GAUCH, S. 319 N 1152 ff.

⁶² Art. 367 f. OR; BGE 93 II 315 E. 3a.

⁶³ Art. 373 OR. Vgl. dazu etwa GAUCH, S. 253 N 899 ff.

⁶⁴ BK-REHBINDER, Art. 319 N 47; GAUCH, S. 7 N 21; SPR-VISCHER, S. 2, je m.w.Nw.

⁶⁵ Art. 321e OR e contrario.

⁶⁶ BK-REHBINDER, Art. 319 N 47. Zum Leistungslohn etwa SPR-VISCHER, S. 106 ff.

⁶⁷ ZK-STAEHELIN, Art. 351 N 1; SPR-VISCHER, S. 219.

dieses Vertragsverhältnis zum Teil als Werkvertrag qualifiziert und damit die meisten wirtschaftlichen Risiken dieser Vertragsgestaltung auf den Heimarbeiter abgewälzt haben.⁶⁸ Erst im Verlauf der Zeit hat sich die Erkenntnis durchgesetzt, dass Heimarbeiter aufgrund ihrer besonderen wirtschaftlichen Abhängigkeit im Verhältnis zum Arbeitgeber eines besonderen Schutzes bedürfen und nicht als eigenständige Unternehmer betrachtet werden können. Daher wurde der Heimarbeitsvertrag im schweizerischen Arbeitsrecht relativ spät erst als besonderer Untertyp des Arbeitsvertrages selbständig geregelt.^{69, 70}

Die Heimarbeitsverhältnisse der frühindustriellen und der hochindustriellen Periode haben heute ein modernes Pendant. Zunehmend lässt sich in der Praxis das Phänomen feststellen, dass gewisse teure Spezialisten nicht mehr fix in den Betrieb eingegliedert, sondern nur noch von Fall zu Fall für die Lösung bestimmter Aufgaben beigezogen werden. Besonders aktuell ist dies heute im Zusammenhang mit Programmierern, welche von kleinen und mittleren Firmen mit der Ausarbeitung bestimmter Software beauftragt, dabei aber nicht mehr fest angestellt werden.⁷¹ Im Gefolge der gegenwärtigen wirtschaftlichen Krise ist darüber hinaus in zahlreichen weiteren Bereichen eine eigentliche „Flucht in die selbständige Erwerbstätigkeit“ zu verzeichnen.⁷² Die sachgerechte Erfassung dieser modernen Verhältnisse bereitet - soweit sie nicht zufälligerweise unter das Heimarbeitsrecht fallen - immer wieder Schwierigkeiten. Die mit solchen Ausgestaltungen verbundenen Versuche von Risikoauslagerungen sind vergleichbar mit Kostenauslagerungen im Zusammenhang mit dem bereits früher erwähnten Agenturvertrag.⁷³ Adäquat können die entsprechenden

⁶⁸ Vgl. die Urteilsnachweise in der BOTSCHAFT des Bundesrates an die Bundesversammlung zum Entwurf eines Bundesgesetzes über die Revision des Zehnten Titels und des Zehnten Titels^{bis} des Obligationenrechts (Der Arbeitsvertrag) vom 25.8.1967, BBl 1967 II S. 241 ff., spez. S. 268. Siehe dazu auch die uneinheitliche Terminologie im (früheren) Bundesgesetz über die Heimarbeit vom 12.12.1940 (AS 1941 S. 1461 ff.), wo z.T. von „Arbeitgeber“, z.T. von „Auftrag“ die Rede war (zu möglichen Qualifikationen entweder als Dienstvertrag oder als Werkvertrag bereits auch BBl 1938 II S. 222). Zum Heimarbeitsvertrag insgesamt auch CAROLINE FRANZ WALDNER, Die Heimarbeit aus rechtlicher und historischer Sicht, Basel und Frankfurt a.M. 1994, passim.

⁶⁹ Der Heimarbeitsvertrag wurde erst in der Revision des Arbeitsvertragsrechts von 1971 als besonderer Einzelarbeitsvertrag geregelt (Art. 351 ff. OR). Kritisch zur Schaffung eines einheitlichen Vertragstyps BK-REHBINDER, Art. 351 N 1 ff.

⁷⁰ Zusätzlich besteht ein Bundesgesetz über die Heimarbeit vom 20.3.1981 (SR 822.31), welches Schutzvorschriften zugunsten der Heimarbeiternehmer, Regelungen über den Lohn sowie Straf- und Verwaltungsnormen enthält.

⁷¹ Vgl. aus der Rechtsprechung etwa AHI-Praxis 1996 S. 122 ff.; AHI-Praxis 1995 S. 138 ff., m.w.Hw. Die Urteile betreffen die sozialversicherungsrechtliche Abgabepflicht, weil nach der Vorstellung der Parteien durch die Vereinbarung einer selbständigen Erwerbstätigkeit Sozialversicherungsbeiträge gespart werden sollten. Vgl. dazu LANZ, S. 1463 ff.

⁷² Vgl. dazu und zu den sich in diesem Zusammenhang stellenden rechtlichen Problemen einlässlich LANZ, S. 1463 ff., m.z.Nw.

⁷³ In neuerer Zeit lässt sich zudem immer mehr auch eine Kostenauslagerung mit Hilfe von flexiblen Arbeitszeiten, insbesondere mit der Vereinbarung von „Arbeit auf Abruf“ feststellen. Vgl. zu den sich dabei stellenden rechtlichen Fragen eindrücklich etwa THOMAS GEISER, Grundlagen und Schranken flexibler Arbeitszeiten im Einzelarbeitsvertragsrecht, AJP 1997 S. 1327 ff., m.w.Nw.

Rechtsprobleme nur gelöst werden, wenn im Streitfall die Vertragsqualifikation - Arbeitsvertrag oder Werkvertrag - nicht nach formalen, sondern nach ökonomisch vernünftigen Kriterien erfolgt. Dass dabei zur Aufrechterhaltung eines gewissen Sozialschutzes Zurückhaltung bei der Annahme von Werkverträgen, Auftragsverhältnissen etc. geboten ist, liegt auf der Hand.⁷⁴

cc) Probleme (offenkundig) materieller Natur

Als nächstes möchte ich nun exemplarisch zwei Probleme offenkundig materieller Natur skizzieren, zu denen LOTMAR Postulate aufgestellt hat.

aaa) Konkurrenzverbote

Zum einen hat sich LOTMAR stark gemacht für eine einlässliche und vor allem restriktive Regelung der Konkurrenzverbote im Arbeitsvertragsrecht.⁷⁵ Vertragsklauseln, die es einem Arbeitnehmer nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses verbieten, in der gleichen Branche konkurrierend tätig zu sein, sind ausserordentlich einschneidend. Offenbar waren sie um die Jahrhundertwende relativ weit verbreitet. Es versteht sich von selbst, dass ein solches Konkurrenzverbot das ökonomische Fortkommen des Belasteten sehr erschwert.

Im OR von 1911 regelte der Gesetzgeber in den Art. 356 ff. diesen Problemkreis relativ einlässlich.⁷⁶ Diese Regelung blieb indessen deutlich hinter den Vorschlägen zurück, welche eine vom Parteitag der Schweizerischen Sozialdemokratischen Partei gewählte Kommission im Jahre 1908 ausgearbeitet hatte.⁷⁷ LOTMAR schien denn auch in der Folge mit den Bestimmungen über das Konkurrenzverbot nicht sonderlich zufrieden gewesen zu sein.⁷⁸

Arbeitsvertragliche Konkurrenzverbote haben in der Folge die Rechtsprechung immer wieder beschäftigt.⁷⁹ Dabei wird man den Gerichten im allgemeinen attestieren dürfen, dass sie mit dem ihnen vom Gesetzgeber zur Verfügung gestellten Instrumentarium recht vernünftig umgehen konnten. In der Literatur wurde gar die These vertreten, die arbeitsvertraglichen Normen zum Konkurrenzverbot könnten ausserhalb des Arbeitsrechts zur Konkretisierung der Generalklausel von Art. 27 ZGB herangezogen werden.⁸⁰ Nach dieser Bestimmung sind übermässige Bindungen, die in den Persönlichkeitsbereich eingreifen, sittenwidrig und geniessen daher keinen Rechtsschutz. Konkurrenzverbote können sehr leicht mit dieser zentralen Norm unserer Privatrechtsordnung in Konflikt geraten.⁸¹ Dass den arbeitsvertragsrechtlichen Bestimmungen über das Konkur-

⁷⁴ Vgl. dazu auch PAUL CADOTSCH, Warum anerkennt mich die AHV nicht als selbständigerwerbend?, Soziale Sicherheit 4/1997 S. 207 ff.

⁷⁵ GASSER, S. 195 f.

⁷⁶ In der umfassenden Revision des Arbeitsvertragsrechts von 1971 wurden diese Bestimmungen mit relativ wenigen Änderungen in die Art. 340 ff. OR überführt (SPR-VISCHER, S. 190).

⁷⁷ Vgl. dazu GASSER, S. 317 ff., spez. §§ 65 ff. S. 328/329.

⁷⁸ GASSER, S. 301.

⁷⁹ Vgl. dazu den Überblick bei BK-BUCHER, Art. 27 ZGB N 387 ff.

⁸⁰ BK-BUCHER, Art. 27 ZGB N 382/383 sowie N 417 ff.; tendenziell anders BGE 95 II 535/536.

⁸¹ Zu Recht kritisch gegenüber Konkurrenzverboten daher SPR-VISCHER, S. 190.

renzverbot hier zum Teil gleichsam „expansive Kraft“ beigemessen wird, ist immerhin bemerkenswert.

bbb) Lohnfortzahlungspflicht

Ein zweiter Problemkreis beschlug die Frage der beschränkten Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers für den Fall, dass der Arbeitnehmer z.B. infolge einer Krankheit unverschuldet am Erbringen der Arbeitsleistung verhindert ist. Das OR von 1881 sah bloss eine ausserordentlich kurze Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers für solche Fälle vor.⁸² Zudem konnte sich der Arbeitgeber dieser für ihn lästigen Pflicht durch eine Kündigung des Arbeitsverhältnisses entziehen. Auch hier war es ein Anliegen von LOTMAR, dass in der OR-Revision von 1911 die Stellung des Arbeitnehmers verbessert wurde. Insbesondere verlangte er konkretere (präzisere) Regelungen über die *Dauer* der Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers.⁸³ Dem ist der schweizerische Gesetzgeber nicht gefolgt. Einen effektiv wirksamen Schutz gegen die Risiken unverschuldeter Arbeitsunfähigkeit konnte und wollte der Gesetzgeber damals im OR noch nicht verankern. Nach wie vor gingen die massgebenden politischen Kreise davon aus, dass dieses Risiko zur Hauptsache den Arbeitnehmer treffe, der ihm entweder durch die Bildung von Ersparnissen oder im schlimmsten Fall durch den Gang zur Fürsorgebehörde zu begegnen habe. Zudem wurde von der parlamentarischen Mehrheit damals darauf verwiesen, dass eine Besserstellung der Arbeitnehmer in dieser Hinsicht im Rahmen des noch zu schaffenden Kranken- und Unfallversicherungsgesetzes (KUVG) - also im *Sozialversicherungsrecht* - geplant sei.⁸⁴

b) Die Entwicklung des Arbeitsrechts im Verlauf der folgenden Jahrzehnte

Anders als in anderen sozial sensiblen Bereichen des Vertragsrechts wurden die Bestimmungen des schweizerischen Arbeitsvertragsrechts im OR selbst in den folgenden Jahren kaum angetastet. Die Art. 319 ff. OR erfuhren zwischen 1911 und 1972 wohl einige wenige Änderungen, so vor allem im Bereich des Gesamtarbeitsvertrages,⁸⁵ der Ferienregelung⁸⁶ und der Personalfürsorge.^{87, 88} Diese waren jedoch bloss von untergeordneter Natur.

Ausserhalb des OR wurden in den Jahrzehnten nach 1911 indessen zahlreiche öffentlichrechtliche und privatrechtliche Gesetze erlassen, welche das Arbeitsvertragsrecht betrafen. Erwähnt seien als Beispiele das Bundesgesetz

⁸² Vgl. Art. 341 aOR, wonach ein Lohnfortzahlungsanspruch für eine „verhältnismässig kurze Zeit“ gewährt wurde. Dazu GASSER, S. 164, m.w.Nw.

⁸³ GASSER, S. 185 f. und 196 f.

⁸⁴ GASSER, S. 290.

⁸⁵ Art. 322 ff. OR (AS 1956 S. 1543 ff., spez. S. 1549 ff.); heute Art. 356 ff. OR.

⁸⁶ Art. 341^{bis} OR (AS 1966 S. 57 ff., spez. S. 78/79); heute Art. 329 ff. OR.

⁸⁷ Art. 343^{bis} OR (AS 1958 S. 379 f.); heute Art. 331 ff. OR.

⁸⁸ Vgl. dazu TSCHUDI, Geschichte, S. 48 ff. (zur Revision des Gesamtarbeitsvertragsrechts) und S. 61 ff.

über das Anstellungsverhältnis der Handelsreisenden aus dem Jahre 1941,⁸⁹ das Bundesgesetz über die Heimarbeit aus dem Jahre 1940,⁹⁰ das Bundesgesetz über die berufliche Ausbildung aus dem Jahre 1930⁹¹ und aus der Zeit des 2. Weltkriegs der Bundesratsbeschluss von 1940 über den Schutz des Anstellungsverhältnisses militärpflichtiger Arbeitnehmer, später abgelöst durch ein entsprechendes Bundesgesetz aus dem Jahre 1949.⁹² All diesen *Sondergesetzen* zusammen kam mit der Zeit sowohl zahlenmässig als auch von ihrem materiellen Gehalt her erhebliche Bedeutung zu. Diese Auslagerung ganzer Problembereiche des Arbeitsvertragsrechts aus dem OR heraus in Spezialgesetze ist beredter Ausdruck eines eigentlichen *Dekodifikationsvorganges*, der (wie noch zu zeigen sein wird) unter anderem eine Parallele im Mietrecht hatte.

Im übrigen war es zur Hauptsache Aufgabe der Gerichte, das private Arbeitsvertragsrecht den stetig wechselnden Bedürfnissen der Zeit anzupassen. Entgegen den (möglichen) Befürchtungen von LOTMAR waren dabei die Richter im allgemeinen durchaus bereit, die Rechtsprechung (auch) zugunsten der sozial schwächeren Arbeitnehmer weiter zu entwickeln. Diese Beurteilung stammt nicht von mir, sondern von einem unverdächtigen Zeugen, nämlich von HANS PETER TSCHUDI, dem nachmaligen sozialdemokratischen Bundesrat und grossen Reformers unserer Sozialversicherungsgesetzgebung, der im Jahre 1947 folgende Aussage machte: „Dagegen hat das Dienstvertragsrecht durch die Gerichtspraxis eine nicht unwesentliche Entwicklung im Hinblick auf den Schutz der schwächeren Vertragspartei, des Arbeitnehmers, erfahren. Die Möglichkeit hierzu bestand, weil im Titel über den Dienstvertrag eine ganze Reihe von wichtigen Entscheidungen nicht schematisch gelöst, sondern dem Ermessen des Richters anheimgestellt ist. Diese Regelung gestattete es der Praxis, mit der Evolution der sozialen Anschauungen Schritt zu halten. Da das Dienstvertragsrecht des OR sozialen Charakter hat, liegen die Entscheidungen der Gewerbegerichte durchaus im Sinne der gesetzlichen Bestimmungen.“⁹³

Bemerkenswert an dieser Aussage ist nicht bloss die positive Würdigung richterlichen Wirkens im Arbeitsvertragsrecht, sondern vor allem auch der Hinweis auf die Gewerbegerichte (heute im allgemeinen Arbeitsgerichte genannt). Im Verlauf der Jahrzehnte sind die Kantone in zunehmendem Masse dazu übergegangen, für die Beurteilung arbeitsrechtlicher Streitigkeiten besondere Gerichte - Gewerbegerichte oder Arbeitsgerichte - zu schaffen.⁹⁴ Man mag der Errichtung von Spezialgerichten kritisch gegenüberstehen, weil diese

⁸⁹ AS 1941 S. 1049 ff.

⁹⁰ AS 1941 S. 1461 ff.

⁹¹ AS 1932 S. 789 ff.

⁹² AS 1940 S. 1491; AS 1949 S. 1293 ff.

⁹³ TSCHUDI, *Entwicklungen*, S. 34/35.

⁹⁴ Vgl. dazu die Übersicht bei ZK-STAEHELIN, Art. 343 N 1.

wesentlich zur bereits erwähnten und in der Literatur zum Teil beklagten Zersplitterung des Privatrechts beitragen.⁹⁵ Dennoch haben Spezialgerichte einen unbestreitbaren Vorteil. Da sich Arbeitsgerichte immer wieder mit gleichen oder ähnlichen Rechtsfragen befassen müssen (und sehr oft gleichen oder ähnlichen dubiosen Praktiken von Arbeitgebern begegnen), entwickeln sie ein wesentlich *grösseres Problembewusstsein* als allgemein zuständige Zivilgerichte, welche sich mit dem ganzen Spektrum des Privatrechts auseinandersetzen haben. Von da her gesehen wird man TSCHUDIS Auffassung teilen dürfen, dass die Gewerbegerichte einen ganz zentralen Anteil an der positiven Fortentwicklung des schweizerischen Arbeitsvertragsrechts hatten.

Bemerkenswert ist allerdings auch die Kritik, welche TSCHUDI gegenüber dem Gesetzgeber anbringt. Denn weiter führte er aus: „So günstig sich in dieser Beziehung die elastischen Vorschriften ausgewirkt haben, so wenig zweckmässig sind sie für Arbeitgeber und Arbeitnehmer ... Durch eine konkrete Ausfüllung dieser Billigkeitsnormen liessen sich viele Streitigkeiten vermeiden. Nachdem die Praxis den Weg vorgezeichnet hat, dürfte es bei einer Revision des Gesetzes möglich und richtig sein, bestimmtere Richtlinien festzulegen.“⁹⁶ Auch hier begegnen wir wieder dem bereits erwähnten Phänomen, dass relativ offene und fortentwicklungsfähige Normen die Beurteilung der Prozessrisiken beziehungsweise -chancen ausserordentlich erschweren und so vor allem die ökonomisch schwächere Partei - konkret hier den Arbeitnehmer - deutlich benachteiligen.⁹⁷

c) Die Revision des Arbeitsvertragsrechts im Jahre 1971

Eine umfassendere Revision erfuhr das kodifizierte schweizerische Arbeitsvertragsrecht - nach längeren Vorarbeiten, die bereits Ende der fünfziger Jahre begonnen hatten⁹⁸ - zu Beginn der siebziger Jahre. Diese Gesetzesrevision brachte rein äusserlich eine starke Vermehrung der Artikel im Arbeitsvertragsrecht mit sich. Die beträchtliche Zunahme des Umfangs an gesetzlichen Regelungen hatte verschiedene Gründe.⁹⁹ Mit der Revision verfolgte der Gesetzgeber im wesentlichen drei Ziele. Erstens ging es darum, zahlreiche *Schutzbestimmungen* zugunsten der Arbeitnehmer auszubauen. Zweitens sollten zahlreiche *Detailprobleme*, mit denen sich die Rechtsprechung im Verlauf der vorangehenden Jahrzehnte zu befassen hatte, im Gesetz positivrechtlich geregelt werden. Und drittens wurden *verschiedene*

⁹⁵ Vgl. dazu vorne II. 3.

⁹⁶ TSCHUDI, Entwicklungen, S. 35.

⁹⁷ Vgl. dazu vorne IV. 2. a) bb) aaa).

⁹⁸ Vgl. zur Entstehungsgeschichte der Revision die BOTSCHAFT des Bundesrates an die Bundesversammlung zum Entwurf eines Bundesgesetzes über die Revision des Zehnten Titels und des Zehnten Titels^{bis} des Obligationenrechts (Der Arbeitsvertrag) vom 25.8.1967, BBl 1967 II S. 241 ff., spez. S. 252 ff.

⁹⁹ Vgl. zu den Gründen und den Zielsetzungen der Revision etwa TSCHUDI, Geschichte, S. 64 ff.; GUHL/MERZ/KOLLER, S. 428 f.; ZK-SCHÖNENBERGER/STAEHELIN, Vorbemerkungen zu Art. 319-362 N 7 f.

Materien in das Arbeitsvertragsrecht des OR integriert, welche vorher in Spezialgesetzen geregelt waren, so vor allem der Heimarbeitsvertrag und der Lehrvertrag sowie gewisse Kündigungsschutzbestimmungen (z.B. wegen Militärdienstes).

Der letztere Vorgang ist unter anderem auch kodifikationstheoretisch von Interesse. Der früheren formellen Dekodifikation - Auslagerung der Regelung bestimmter Privatrechtsverhältnisse in Sondergesetze - folgte hier eine *formelle Rekodifikation* durch Reintegration eben dieser Materien in das Einheitsgesetz OR. Diese Rekodifikation war ein ganz bewusstes Ziel der Gesetzesrevision. So führte der Bundesrat in seiner BOTSCHAFT aus, alle den Arbeitsvertrag betreffenden Vorschriften sollten entsprechend dem Kodifikationsprinzip zusammengefasst und aufeinander abgestimmt werden, „... so dass eine folgerichtige und widerspruchslose Ordnung geschaffen werden kann“.¹⁰⁰ Selbstverständlich blieb der Gesetzgeber indessen nicht bei einer solchen formalen Zusammenfassung der vorhandenen Vorschriften stehen. Wie bereits erwähnt, wurde mit dieser Gesetzesrevision auch eine umfassende *Modernisierung* des schweizerischen privaten Arbeitsvertragsrechts angestrebt. Dies dürfte - bei aller Kritik, die im einzelnen an den damals gefassten Beschlüssen angebracht werden kann - im grossen und ganzen durchaus gelungen sein. Die neuen Bestimmungen wurden am 25.6.1971 verabschiedet und traten am 1.1.1972 in Kraft.¹⁰¹

d) Die seitherige Entwicklung des Arbeitsvertragsrechts im OR

Seit der Revision von 1971 hat das Arbeitsvertragsrecht im OR zahlreiche weitere Änderungen erfahren.¹⁰² Die meisten waren von bloss untergeordneter Natur. Grundlegende Bedeutung hatte dagegen die Revision des Arbeitsvertragsrechts vom 18.3.1988, die am 1.1.1989 in Kraft trat.¹⁰³ Mit dieser Novelle wurden die *Kündigungsschutzbestimmungen* zugunsten der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer ganz wesentlich ausgebaut.¹⁰⁴ Erwähnenswert sind im vorliegenden Zusammenhang drei Punkte:

Zum einen hat der Gesetzgeber erstmals im schweizerischen Vertragsrecht eine umfassende Regelung über die Voraussetzungen und Rechtsfolgen einer sogenannten *missbräuchlichen Kündigung* eines Vertragsverhältnisses - konkret natürlich nur eines Arbeitsvertrages - getroffen. Dies muss als ganz entscheidender Schritt in der schweizerischen Privatrechtsentwicklung betrachtet werden. Zwar galt das allgemeine Rechtsmissbrauchsverbot von Art. 2 Abs. 2

¹⁰⁰ BOTSCHAFT, S. 261.

¹⁰¹ AS 1971 S. 1465 ff.

¹⁰² Vgl. etwa die Zusammenstellung der Gesetzesmaterialien seit der Revision von 1971 in GAUCH (Hrsg.), Schweizerisches Obligationenrecht, Textausgabe, 42. Auflage Zürich 1998.

¹⁰³ AS 1988 S. 1472 ff.

¹⁰⁴ Zur Kündigung des Arbeitsvertrages im allgemeinen vgl. etwa TH. KOLLER, Kündigung, S. 1251 ff., m.z.Nw.

ZGB an sich bereits früher auch für die Auflösung von Vertragsverhältnissen.¹⁰⁵ Theoretisch hätte also seit je einer rechtsmissbräuchlichen Kündigung (unter anderem eines Arbeitsvertrages) die Wirksamkeit versagt werden müssen. In der Gerichtspraxis sind indessen keine Fälle bekannt geworden, bei denen die Rechtsmissbräuchlichkeit einer Arbeitsvertragsauflösung bejaht worden wäre.¹⁰⁶ Im berühmten Schlafwagenbegleiterfall zum Beispiel hatte das Bundesgericht die Frage zu beurteilen, ob eine Schlafwagengesellschaft den Arbeitsvertrag mit einem Schlafwagenschaffner kündigen kann, wenn sie - nachdem der Arbeitnehmer während mehrerer Jahre zur vollsten Zufriedenheit der Arbeitgeberin gearbeitet hat - feststellt, dass dieser vorbestraft ist.¹⁰⁷ Auch in diesem - meines Erachtens doch klaren - Fall hat das Bundesgericht dem Grundsatz der Kündigungsfreiheit des Arbeitgebers den Vorrang eingeräumt und den Rechtsmissbrauch verneint. Im Hinblick auf diese Rechtstatsachen kann die Bedeutung der positivrechtlichen Kodifizierung von Missbrauchsbestimmungen im Kündigungsrecht nicht hoch genug eingeschätzt werden.

Zum zweiten hat der Gesetzgeber mit dieser Revision ein neues Sanktionsmittel in die Privatrechtsordnung eingeführt, nämlich die sogenannte *Rechtsverletzungsbusse*. Im Falle einer rechtsmissbräuchlichen Kündigung oder einer ungerechtfertigten fristlosen Entlassung eines Arbeitnehmers durch den Arbeitgeber bleibt nach dem ausdrücklichen Willen des Gesetzgebers die Kündigung grundsätzlich gültig.¹⁰⁸ Der Arbeitgeber, der dergestalt eine Vertragsverletzung begeht, schuldet jedoch bei der missbräuchlichen Kündigung bis zum Ablauf der Kündigungsfrist den Lohn bzw. bei der fristlosen Entlassung Schadenersatz.¹⁰⁹ Zudem - und das ist vorliegend von Interesse - kann er in beiden Fällen zur Zahlung einer Rechtsverletzungsbusse in der Höhe von bis zu sechs Monatslöhnen verpflichtet werden.¹¹⁰ Diese Rechtsverletzungsbusse dient nicht dem Ausgleich eines materiellen Schadens, sondern hat sowohl *Straf-* als auch *Genugtuungsfunktion*.¹¹¹ Auch die Einführung dieser neuen Sanktion in das Arbeitsvertragsrecht kann von ihrer Tragweite her nicht hoch genug eingeschätzt werden.¹¹² Denn das Institut der privaten Rechtsverletzungsbusse ist - wie das Bundesgericht zu Recht festgestellt hat - analogiefähig. So verurteilte es zum Beispiel bei einem sogenannten Subordinations-Franchising auch den Franchisegeber, welcher den Franchising-Vertrag zu Unrecht fristlos aufgelöst hatte, zu einer Rechtsverletzungsbusse.¹¹³

¹⁰⁵ TH. KOLLER, Kündigung, S. 1256; BK-MERZ, Art. 2 ZGB N 316.

¹⁰⁶ BK-MERZ, Art. 2 ZGB N 316; TH. KOLLER, Kündigung, S. 1256, m.w.Nw.

¹⁰⁷ BGE 111 II 242 ff.

¹⁰⁸ TH. KOLLER, Kündigung, S. 1259 f.

¹⁰⁹ Art. 337c Abs. 1 OR.

¹¹⁰ Art. 336a Abs. 1 und 2 sowie Art. 337c Abs. 3 OR.

¹¹¹ BGE 123 III 391 ff. Zur sozialversicherungsrechtlichen Behandlung solcher Entschädigungen vgl. BGE 123 V 5 ff. und dazu die Bemerkungen von THOMAS KOLLER, AJP 1997 S. 892 ff.

¹¹² TH. KOLLER, Kündigung, S. 1268.

¹¹³ BGE 118 II 157 ff.

Zum dritten wurde in der Revision des Arbeitsvertragsrechts 1988/89 der *Kündigungsschutz zugunsten schwangerer Arbeitnehmerinnen* ganz beträchtlich ausgebaut. Nach nunmehr geltendem Recht kann einer Arbeitnehmerin während der gesamten Schwangerschaft sowie in den 16 Wochen nach der Niederkunft nicht mehr gültig gekündigt werden.¹¹⁴

e) Ausblick

Das Arbeitsvertragsrecht befindet sich - selbstverständlich - weiterhin im Fluss. So sind nach der Revision von 1988/89 bereits verschiedene weitere geringfügige Änderungen im kodifizierten Recht vorgenommen worden.¹¹⁵ Daneben ist am 1.7.1996 ein wichtiges Sondergesetz von zentraler Bedeutung für das Arbeitsrecht in Kraft getreten, nämlich das sogenannte *Gleichstellungsgesetz*. Dieses Gesetz zielt darauf ab, geschlechtsbedingte Diskriminierungen, welche sich in der Regel zu Lasten von Frauen auswirken, im Arbeitsverhältnis zu verhindern beziehungsweise zu sanktionieren. Die Auswirkungen dieses noch jungen Sondergesetzes auf sämtliche Arbeitsverhältnisse (so auch auf öffentlichrechtliche) können zur Zeit noch kaum abgeschätzt werden; sie dürften aber wohl nicht unbeträchtlich sein.¹¹⁶

Von selbst versteht sich sodann, dass das gesamte rechtliche Umfeld, welches einen Bezug zum Arbeitsrecht hat, weiterhin im Fluss sein wird. Mit künftigen, wahrscheinlich einschneidenden Änderungen im *Sozialversicherungsrecht* ist ebenso zu rechnen wie mit Revisionen *öffentlichrechtlicher Arbeitsschutzbestimmungen*. Die Globalisierung der Märkte und der dadurch verursachte Kostendruck auf die Schweizer Wirtschaft wird über kurz oder lang nach einer drastischen Senkung der Lohn- und Lohnnebenkosten rufen. Eine Möglichkeit, diese Kosten zu senken, besteht in der Reduktion von Schutzvorschriften sowie im Abbau von Belastungen durch Sozialversicherungsabgaben. Wie weit sich der schweizerische Gesetzgeber in diesen Bereichen in nächster Zeit zu Rechtsänderungen bereit erklären wird, ist eine ausserordentlich heikle politische Frage. Es wäre vermessen, diesbezüglich hier irgendwelche Prognosen aufzustellen. Ebenso wenig kann im heutigen Zeitpunkt abgeschätzt werden, ob die zunehmende *Privatisierung* öffentlicher Ausgaben einen wesentlichen Einfluss auf die Entwicklung des privaten Arbeitsrechts haben wird.¹¹⁷

¹¹⁴ Art. 336c Abs. 1 lit. c OR.

¹¹⁵ Etwa über den Übergang der Arbeitsverhältnisse bei Betriebsübernahmen (Art. 333 f. OR) sowie über die Massentlassungen (Art. 335d ff. OR).

¹¹⁶ Vgl. dazu statt aller etwa IVO SCHWANDER/RENÉ SCHAFFHAUSER (Hrsg.), Das Bundesgesetz über die Gleichstellung von Mann und Frau, St. Gallen 1996, sowie MARGRITH BIGLER-EGGENBERGER/CLAUDIA KAUFMANN (Hrsg.), Kommentar zum Gleichstellungsgesetz, Basel und Frankfurt a.M. 1997.

¹¹⁷ Vgl. zum Fragenkreis der Privatisierung insgesamt etwa die an den Berner Tagen für die juristische Praxis vom 15./16.10.1997 gehaltenen Vorträge, veröffentlicht in: WOLFGANG WIEGAND (Hrsg.), Rechtliche Probleme der Privatisierung, Berner Tage für die juristische Praxis, BTJP 1997, Bern 1998.

1. Die Entwicklung des Mietrechts bis Ende der sechziger Jahre

Wie ein Grossteil des neuzeitlichen schweizerischen Vertragsrechts hat auch das schweizerische Mietrecht eine seiner historischen Wurzeln im Römischen Recht.¹¹⁸ Idealtypisch ist dieses „klassische“ Mietrecht geprägt vom *Grundsatz der Vertragsfreiheit*. Den Parteien eines Mietvertrages ist es nach diesem Vertragsmodell unbenommen, beliebige Regelungen über die Höhe des Mietzinses und die Beendigung des Mietverhältnisses in den Vertrag aufzunehmen. Allfällige gesetzliche Bestimmungen - insbesondere über die Kündigung - haben nur subsidiäre Bedeutung für den Fall, dass die Parteien ein entsprechendes Problem nicht privatautonom geregelt haben. Auf diesem liberalen Vertragsmodell basierte nicht nur das Mietrecht des Schweizerischen Obligationenrechts vom 14.6.1881,¹¹⁹ sondern auch das Mietrecht des heutigen OR vom 30.3.1911.¹²⁰ Dieses vom Prinzip schrankenloser Privatautonomie geprägte Mietrecht bildete denn auch seit Jahrzehnten die Basis für den akademischen Unterricht. Gesetzgeberische Eingriffe in das Wohn- und Geschäftsraummietrecht - zur Hauptsache im Bereich des Kündigungsschutzes und der Mietzinskontrolle - erfolgten in der Schweiz während Jahrzehnten ausserhalb des kodifizierten Obligationenrechts in separaten gesetzgeberischen Erlassen und oft gestützt auf notrechtliche Grundlagen.¹²¹ Aus diesem Grund wurde in der Rechtswissenschaft, in der Politik und im universitären Unterricht während langer Zeit das Bild vom an sich intakten ordentlichen - vertragsautonomen - Mietrecht gepflegt, welches nur vorübergehend (gleichsam ausnahmsweise) durch spezielle gesetzgeberische Eingriffe beeinträchtigt wird, während es in seinen Grundzügen nach wie vor freies Vertragsrecht sein soll und dies auch weiterhin bleiben wird.

Dieses Bild stimmt allerdings nicht mit der Realität im schweizerischen Wohn- und Geschäftsraummietrecht des 20. Jahrhunderts überein. Vom 1.1.1912 - dem Inkrafttreten des OR - bis zum 1.7.1990 - dem Inkrafttreten des heute geltenden Mietrechts - war das schweizerische Wohn- und Geschäftsraummietrecht nur

¹¹⁸ Vgl. dazu nur etwa EUGEN HUBER, System und Geschichte des Schweizerischen Privatrechts, 4. Band, Basel 1893, S. 858 ff.

¹¹⁹ ZIHLMANN, S. 3.

¹²⁰ Vgl. dazu etwa Art. 267 OR i.d.F. vom 30.3.1911 und die entsprechende Kommentierung von F. FICK, Das Schweizerische Obligationenrecht vom 30.3.1911, Zürich 1915. Das Mietrecht des OR von 1911 kannte z.B. keine zwingenden Vorschriften betreffend Kündigungsfristen und -termine (FICK, a.a.O., Art. 267 OR N 7).

¹²¹ Vgl. dazu etwa H. F. PFENNINGER, Gesetzgebung und Wohnungsnot (Abbau des Mieterschutzes?), SJZ 1947 S. 270 ff., der u.a. die in beiden Weltkriegen nach dem gleichen Schema verlaufende Entwicklung des Wohnungsmarktes und die sich auf notrechtliche Grundlagen stützenden mietrechtlichen Bundesratsbeschlüsse nachzeichnet.

während rund 13 oder 14 Jahren frei von gesetzgeberischen Eingriffen¹²² in die Kündigungs- und Preisgestaltungsfreiheit.¹²³ Von 1914 bis 1925 sowie von 1936 bis 1970 kannte die Schweiz - in zahlreichen verschiedenen Ausgestaltungen - *Beschränkungen des Kündigungsrechts des Vermieters* und *Bestimmungen über die Preisbildung* - meist in der Form einer Mietpreiskontrolle. Der Mietzins im speziellen konnte seit 1936 nur von Dezember 1970 bis Juli 1972 in der gesamten Schweiz frei festgesetzt werden.¹²⁴ Das Idealbild eines vollständig privatautonomen Wohn- und Geschäftsraummietrechts, das den Parteien die freie Ausgestaltung der Vertragsbedingungen - insbesondere hinsichtlich Vertragsbeendigung und Mietzinshöhe - gestattet, stimmte somit seit Jahrzehnten nicht mehr mit der schweizerischen Lebenswirklichkeit überein.¹²⁵

2. Die Mietrechtsrevisionen zu Beginn der siebziger Jahre

Die zahlreichen Erlasse des Gesetzgebers im Mietrecht haben diesen Rechtsbereich im Verlauf der Jahrzehnte zunehmend unübersichtlicher werden lassen. Seit Anfang der siebziger Jahre hatten es die Schweizer Juristen allerdings wieder etwas leichter, sich in der mietrechtlichen Gesetzgebung zurechtzufinden. Mit Wirkung ab dem 19.12.1970 wurden - anstelle der in früheren Sondererlassen geregelten Kündigungsbeschränkungen - Bestimmungen zugunsten des Mieters über die Möglichkeit einer *Erstreckung des Mietverhältnisses* im Falle einer Kündigung durch den Vermieter in das OR aufgenommen.¹²⁶ Und am 7.7.1972 trat ein (zeitlich befristeter) Bundesbeschluss über Massnahmen gegen Missbräuche im Mietwesen (BMM) in Kraft, der den Wohnungs- und Geschäftsraummieter in Gemeinden, in denen *Wohnungsnot* herrschte, unter gewissen Voraussetzungen die Möglichkeit zur *Anfechtung von Mietzinsen* einräumte. Die Geltungsdauer dieses Bundesbeschlusses wurde mehrfach verlängert; sein räumlicher Anwendungsbereich wurde schliesslich ab dem 1.10.1987 auf die ganze Schweiz ausgedehnt.¹²⁷ Dieser Bundesbeschluss sowie die (früheren) Art. 267a ff. des OR über die Erstreckung von gekündigten

¹²² Vgl. dazu die Überblicke in SVIT-Kommentar, S. 29/30, sowie bei ZIHLMANN, S. 7 ff.

¹²³ BOTSCHAFT zur Volksinitiative „Für Mieterschutz“, zur Revision des Miet- und Pachtrechts im Obligationenrecht und zum Bundesgesetz über Massnahmen gegen Missbräuche im Mietwesen (Botschaft zur Revision des Miet- und Pachtrechts) vom 27.3.1985, Sonderdruck EDMZ Nr. 85.015, S. 91.

¹²⁴ Die früheren Mietpreiskontrollvorschriften waren allerdings nicht während ihrer gesamten Geltungsdauer in der ganzen Schweiz anwendbar. In vielen Landesgegenden existierte daher schon vor Dezember 1970 keine Mietpreiskontrolle mehr.

¹²⁵ Vgl. zur Geschichte des schweizerischen Wohn- und Geschäftsraummietrechts im Verlauf des 20. Jahrhunderts auch TH. KOLLER, Wohn- und Gewerberaummietrecht, S. 165/166, m.w.Hw.

¹²⁶ Art. 267a ff. OR i.d.F. vom 24.6.1970; vgl. dazu ZK-SCHMID, Vorbemerkungen zu Art. 253-274 OR N 96/97.

¹²⁷ LACHAT/STOLL, S. 2.

Mietverhältnissen bildeten bis Ende der achtziger Jahre die *beiden Grundpfeiler des Mieterschutzes* im schweizerischen Wohn- und Geschäftsraummietrecht,¹²⁸ bis sie mit Wirkung ab 1.7.1990 durch ein neues, total revidiertes Mietrecht abgelöst wurden.¹²⁹

Unter kodifikationstheoretischen Gesichtspunkten ist diese skizzierte Entwicklung des Wohn- und Geschäftsraummietrechts wiederum auffällig und für die schweizerischen Verhältnisse durchaus auch *exemplarisch*. Bis ins Jahr 1990 wurde das Mietvertragsrecht im OR selbst vom Gesetzgeber weitgehend unberührt gelassen. Eine Ausnahme bildeten nur die bereits erwähnten Bestimmungen über die Möglichkeit der Mieterstreckung im Falle einer Kündigung des Mietverhältnisses durch den Mieter, welche Ende 1970 in das OR eingefügt wurden. Den zahlreichen wirtschaftlichen Krisen und Problemen dieses Jahrhunderts konnte das im allgemeinen Schuldrecht kodifizierte Mietvertragsrecht praktisch durchwegs nicht gerecht werden. Kriege, die wirtschaftliche Depression in den dreissiger Jahren und insbesondere die Hochkonjunktur in der Zeit nach dem 2. Weltkrieg mit der damit verbundenen massiven Verteuerung der Mieten sowie mit der vor allem in städtischen Ballungsgebieten zu verzeichnenden Wohnungsnot warfen zahlreiche Rechtsfragen auf, welche mit dem klassisch-liberalen Vertragsmodell des OR von 1911 nicht adäquat gelöst werden konnten. Während Jahrzehnten ging aber der Gesetzgeber offenkundig davon aus, dass all diese „Krisen“ nur vorübergehender Natur sein würden und daher eine dauernde rechtliche Erfassung der mit diesen Krisen verbundenen Probleme im allgemeinen Schuldrecht nicht erforderlich sei. Dies sowie das Bestreben, das Mietvertragsrecht der Kodifikation quasi „rein“ zu halten,¹³⁰ haben den Gesetzgeber veranlasst, zu Sondergesetzen, Bundesbeschlüssen, Verordnungen usw. Zuflucht zu nehmen. Dergestalt bot das schweizerische Wohn- und Geschäftsraummietrecht während Jahrzehnten auf jeden Fall in formeller Hinsicht einen geradezu traurigen Anblick eines „splitternden Privatrechts“. Daher kann man im Mietrecht für die Zeit bis 1990 vielleicht noch mehr als im Arbeitsrecht (bis 1972) effektiv von einer Welle der *Dekodifikation* sprechen.

3. Die Revision des Mietrechts von 1989/90

a) Allgemeines

Diese Situation änderte sich grundlegend mit der Neuregelung des Mietrechts, welche am 15.12.1989 verabschiedet wurde, auf den 1.7.1990 in

¹²⁸ TERCIER, S. 183 Rz. 1447.

¹²⁹ Vgl. zum Ganzen auch TH. KOLLER, Wohn- und Gewerberaummietrecht, S. 166.

¹³⁰ PIERRE WIDMER hat in diesem Zusammenhang von einer eigentlichen „Idylle“ gesprochen (PIERRE WIDMER, Das Konzept der Mietrechtsrevision, in: Das neue Mietrecht, hrsg. von IVO HANGARTNER, St. Gallen 1991, S. 13 ff., spez. S. 16).

Kraft trat¹³¹ und heute geltendes Recht ist. Mit dieser Revision wurde das gesamte Mietvertragsrecht im OR umfassend umgestaltet. Im Zentrum des Interesses standen dabei naturgemäss die Bestimmungen über die Miete von Wohn- und Geschäftsräumen. Daneben wurden aber auch neue Normen in das OR eingefügt, die die Miete beweglicher Sachen betreffen, so z.B. die Regelung von Art. 256 Abs. 2 lit. a OR, derzufolge vertragliche Abänderungen der im Gesetz vorgesehenen Mängelrechte des Mieters zu dessen Lasten nichtig sind, wenn sie in vorformulierten *Allgemeinen Geschäftsbedingungen* enthalten sind. Im folgenden beschränke ich mich auf einige wenige Ausführungen zu Fragen des Wohn- und Geschäftsraummietrechts.

Das neue Mietrecht baut im Bereich der Wohn- und Geschäftsraummiets im wesentlichen auf den früheren Regelungen von 1970 (Mieterstreckung) und 1972 (Bundesbeschluss über Massnahmen gegen Missbräuche im Mietwesen) auf. Zudem hat der Gesetzgeber versucht, den zahlreichen Problemen, welche im Rechtsalltag bei der Anwendung der alten Bestimmungen aufgetreten waren, mit Verbesserungen Rechnung zu tragen. Im weitern hat er - bis zu einem gewissen Grad in Anlehnung an die Regeln im Arbeitsvertragsrecht - Bestimmungen über die missbräuchliche Kündigung von Mietverhältnissen in das Gesetz aufgenommen.¹³² Auffallend sind bei dieser Mietrechtsrevision nun aber nicht nur diese materiellen Änderungen. Gesetzestechisch wurde nämlich das neue Mietrecht vollumfänglich *in die allgemeine schweizerische Vertragsrechtskodifikation integriert*, indem der Achte Titel des OR (Art. 253 ff.) eine vollständig neue Fassung erhielt. Deshalb konnte der frühere Bundesbeschluss über Massnahmen gegen Missbräuche im Mietwesen mit seinen zahlreichen Sonderbestimmungen vollumfänglich aufgehoben werden.¹³³ Damit hat im schweizerischen Mietrecht ein langer Prozess, der seinen Ausgangspunkt im Erlass von notrechtlichen Sonderbestimmungen hatte, seinen - vorläufigen (?) - Abschluss gefunden. Pierre Engel, ein bekannter Westschweizer Privatrechtler, hat diesen Vorgang wie folgt kommentiert: „Le droit conjoncturel est devenu institutionnel.“¹³⁴ Jedenfalls in formeller Hinsicht haben wir hier - ähnlich wie im Arbeitsvertragsrecht - einen eindrucklichen Rekodifikationsvorgang vor uns. Ob damit auch in materieller Hinsicht eine Rekodifikation verbunden ist, ist in der Lehre allerdings umstritten. So wird das Mietvertragsrecht in der Wissenschaft oft immer noch als (materielles) *Sonderprivatrecht* bezeichnet.¹³⁵

¹³¹ Zur Entstehungsgeschichte des geltenden Mietrechts vgl. BOTSCHAFT zur Revision des Miet- und Pachtrechts, Sonderdruck, S. 6 ff.; SVIT-Kommentar, S. 33 ff.; LACHAT/STOLL, S. 4 ff.; ZIHLMANN, S. 10/11.

¹³² Art. 271 und Art. 271a OR.

¹³³ Vgl. dazu Art. 1 der Schlussbestimmungen zum Achten Titel und zum Achten Titel^{bis} OR.

¹³⁴ ENGEL, S. 124.

¹³⁵ Vgl. dazu exemplarisch etwa WALTER, S. 7.

b) Hinweis auf zwei Schwerpunkte der Mietrechtsrevision von 1989/90

Im Bereich der Wohn- und Geschäftsraummiere weist die Mietrechtsrevision aus dem Jahre 1989/90 im wesentlichen zwei Schwerpunkte auf.¹³⁶

aa) Der Schutz des Mieters vor missbräuchlichen Mietzinsen

Zum einen wurden die Bestimmungen *zum Schutz des Mieters vor missbräuchlichen Mietzinsen* und anderen missbräuchlichen Forderungen des Vermieters aus dem früheren Bundesbeschluss über Massnahmen gegen Missbräuche im Mietwesen in das OR überführt. Sie bilden heute im kodifizierten Mietvertragsrecht den 2. Abschnitt des 8. Titels des OR mit den Art. 269-270e OR. Dieser 2. Abschnitt enthält Bestimmungen zur Frage, wann ein vom Vermieter verlangter Mietzins missbräuchlich ist und wann nicht. Als missbräuchlich gelten Mietzinse, wenn damit ein übersetzter Ertrag aus der Mietsache erzielt wird oder wenn sie auf einem offensichtlich übersetzten Kaufpreis beruhen.¹³⁷ Nicht missbräuchlich sind Mietzinse in der Regel, wenn sie zum Beispiel im Rahmen der orts- oder quartierüblichen Mietzinse liegen, durch Kostensteigerungen oder Mehrleistungen des Vermieters begründet sind, bei neueren Bauten im Rahmen der kostendeckenden Bruttorendite liegen oder lediglich die Teuerung auf dem risikotragenden Kapital ausgleichen.¹³⁸

Diese vom Gesetzgeber aufgestellten Regeln über die Missbräuchlichkeit bzw. Nichtmissbräuchlichkeit von Mietzinsen - konkretisiert durch eine bundesrätliche Verordnung¹³⁹ - sind relativ offen formuliert, insgesamt eher kompliziert und zum Teil widersprüchlich.¹⁴⁰ Sie enthalten sowohl Elemente der *Marktmiete* als auch der *Kostenmiete*. Einzelne Kostenelemente können dabei individuell, andere dagegen nur in standardisierter Form berücksichtigt werden.¹⁴¹ Bei der Ermittlung

¹³⁶ Vgl. dazu einlässlich etwa TH. KOLLER, Wohn- und Gewerberaummietrecht, S. 166 ff., m.z.Nw.

¹³⁷ Art. 269 OR. Gemäss langjähriger bundesgerichtlicher Rechtsprechung zu Art. 269 OR ist ein Mietzins dann nicht missbräuchlich, wenn er dem Vermieter auf dem investierten Eigenkapital eine Nettorendite [Bruttoertrag abzüglich Unkosten] gewährleistet, welche nicht mehr als ein halbes Prozent über dem Zinssatz liegt, den die örtliche Kantonalkbank für Althypotheken im 1. Rang verlangt (BGE 120 II 104 E. 6b aa, m.w.Nw.; TERCIER, S. 246 Rz. 2003; vgl. dazu ausführlich auch SVIT-Kommentar, Art. 269 OR N 1 ff., sowie LACHAT/STOLL, S. 192 ff.).

¹³⁸ Art. 269a OR.

¹³⁹ Verordnung über die Miete und Pacht von Wohn- und Geschäftsräumen (VMWG) vom 9.5.1990 (mit Änderungen vom 26.6.1996), SR 221.213.11.

¹⁴⁰ Seit dem Inkrafttreten des Bundesbeschlusses über Massnahmen gegen Missbräuche im Mietwesen im Jahre 1972, der ähnliche Regeln enthielt, entwickelte sich eine reichhaltige Rechtsprechung der unterinstanzlichen Gerichte sowie des Bundesgerichts zu diesem Problemkreis. In der schweizerischen rechtswissenschaftlichen Literatur wurde diese eingehend behandelt und - wie nicht anders zu erwarten war - z.T. heftig kritisiert (vgl. dazu etwa ENGEL, S. 176 ff.; TERCIER, S. 143 ff. Rz. 1979 ff.; SVIT-Kommentar, Kommentierung zu den Art. 269 ff. OR; LACHAT/STOLL, S. 191 ff., je m.Hw. auf die beinahe unüberblickbar gewordene Spezialliteratur).

¹⁴¹ So wird z.B. beim Hypothekenzins - in der Praxis der wichtigste Kostenfaktor - nicht die individuelle Änderung des Zinssatzes (z.B. infolge Wegfalls einer günstigen Festhypothek, die durch eine teurere variable Hypothek ersetzt wird) berücksichtigt, sondern massgebend ist der Satz für erstrangige Althypotheken der jeweiligen Kantonalkbank, sofern diese einen bedeutsamen Teil des Hypothekarkreditmarktes vertritt (BGE 120 II 305/6 E. 7a, m.w.Nw.).

des zulässigen Mietzinses ist je nach den Umständen nach verschiedenen Methoden - entweder nach der sogenannten absoluten oder nach der relativen - vorzugehen. Wenig Klarheit besteht darüber, in welchem Verhältnis die verschiedenen Kriterien, Erhöhungsgründe und Berechnungsmethoden zueinander stehen. Dies hat zu einer Flut von Gerichtsurteilen und zu einer beachtlichen Menge von Spezialliteratur geführt, die für Aussenstehende kaum überblickbar ist.¹⁴² Die Ermittlung der Missbräuchlichkeit bzw. Nichtmissbräuchlichkeit von Mietzinsen ist dergestalt zu einer eigentlichen *Geheimwissenschaft* geworden, die nicht nur für juristische Laien, sondern auch für nicht spezialisierte Rechtswissenschaftler kaum noch verständlich ist.¹⁴³

Im weitem enthält der 2. Abschnitt des 8. Titels Bestimmungen darüber, in welcher Weise sich ein Mieter verfahrensrechtlich gegen missbräuchliche Mietzinse wehren kann. So besteht die Möglichkeit der Anfechtung des Anfangsmietzinses (allerdings unter ausserordentlich restriktiven Bestimmungen) und der Anfechtung von Mietzinserhöhungen sowie das Recht des Mieters, gegebenenfalls vom Vermieter auch eine Mietzinssenkung zu verlangen und eine solche im Weigerungsfall gerichtlich durchzusetzen.¹⁴⁴

bb) Der Kündigungsschutz bei der Miete von Wohn- und Geschäftsräumen

Den zweiten Schwerpunkt der Revision von 1989/1990 bildeten die Bestimmungen über den Kündigungsschutz bei der Miete von Wohn- und Geschäftsräumen, die im 3. Abschnitt des 8. Titels enthalten sind.¹⁴⁵ Zum einen finden sich in diesem Abschnitt Regeln über das Recht des Mieters, im Falle einer Kündigung durch den Vermieter eine *Erstreckung des Mietverhältnisses* zu verlangen. Diese Normen lehnen sich an die bereits im Jahre 1970 in das OR eingefügten Regeln über die Mieterstreckung an, sind aber insgesamt ein wenig mieterfreundlicher ausgestaltet.¹⁴⁶ Zum andern - und dies ist eine grundlegende Neuerung gegenüber dem früheren Mietrecht - sieht dieser Abschnitt vor, dass der Mieter sich gegen allfällige *missbräuchliche Kündigungen* durch den Vermieter zur Wehr setzen kann. Gemäss Art. 271 Abs. 1 OR ist die Kündigung nämlich *anfechtbar*, wenn sie gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstösst.¹⁴⁷ In Art. 271a OR sind verschiedene Tatbestände einer solchen

¹⁴² Vgl. dazu etwa TH. KOLLER, Wohn- und Gewerberaummietrecht, S. 171 ff., m.w.Nw.

¹⁴³ TH. KOLLER, Wohn- und Gewerberaummietrecht, S. 172.

¹⁴⁴ Art. 270 ff. OR.

¹⁴⁵ Art. 271 ff. OR.

¹⁴⁶ So wurden z.B. die Erstreckungsfristen für Wohnungen von früher maximal drei (vgl. Art. 267a Abs. 1 und Abs. 2 OR i.d.F. vom 24.6.1970) auf neu vier Jahre (Art. 272b Abs. 1 OR) und für Geschäftsräume von früher maximal fünf auf neu sechs Jahre verlängert. Zudem schliesst neu ein allfälliger Eigenbedarf des Vermieters eine Erstreckung des Mietverhältnisses nicht mehr aus (Art. 272 Abs. 2 lit. b OR).

¹⁴⁷ Vgl. als Beispiel etwa den BGE 120 II 31 ff. zugrunde liegenden Fall. Anders als im Arbeitsvertragsrecht führt mithin eine missbräuchliche Kündigung eines Mietvertrages über Wohn- oder Geschäftsräume nicht zwingend zur (bloss mit einer Rechtsverletzungsbusse sanktionierten) rechtlichen Beendigung der Vertragsbeziehung.

missbräuchlichen Kündigung beispielhaft aufgezählt. Grundsätzlich hätte zwar - wie bereits im Zusammenhang mit dem Arbeitsvertragsrecht erwähnt wurde - schon früher jede Kündigung unter dem Gesichtspunkt des Rechtsmissbrauchsverbotes geprüft werden können (und müssen). Die Gerichtspraxis hatte allerdings das Rechtsmissbrauchsverbot bei Kündigungen derart restriktiv angewandt, dass ihm praktisch jegliche Wirksamkeit versagt blieb.¹⁴⁸ Aus diesem Grunde kommt der Einführung eines ausdrücklichen Anfechtungsrechts im Gesetz sowie der positivrechtlichen Festsetzung von verschiedenen Missbrauchstatbeständen im Mietrecht - genau wie bei der Revision des Arbeitsvertragsrechts von 1988/89 - ausserordentliche Tragweite zu.¹⁴⁹

4. Würdigung des schweizerischen Mietrechts im Hinblick auf die Mietpreisbildung sowie auf den Mieterschutz

Der schweizerischen Mietrechtsgesetzgebung ist es im Verlauf dieses Jahrhunderts kaum gelungen, wirksame und griffige Normen zur Kontrolle der Mietpreisgestaltung zu erlassen. In Krisenzeiten sowie in Zeiten der Wohnungsnot haben die zahlreichen Sondererlasse wohl einiges zum Schutz der Mieter beigetragen. Massive Mietpreissteigerungen, Rachekündigungen gegen renitente Mieter und praktisch einseitiges Diktieren der Vertragsbedingungen insbesondere bei Wohnungsmietverhältnissen waren indessen während Jahrzehnten für die meisten Mieter Realität auf dem Wohnungsmarkt. Dass sich der Gesetzgeber lange Zeit nicht zu griffigeren Regelungen durchringen konnte, ist im Grunde erstaunlich, da in der Schweiz immerhin über 60 % der Bevölkerung in Mietwohnungen leben.¹⁵⁰ Gewissen Missständen - so insbesondere Rachekündigungen - kann erst seit der Mietrechtsrevision von 1989/90 einigermaßen wirksam begegnet werden. Weitgehend ungelöst sind demgegenüber nach wie vor zahlreiche Probleme im Zusammenhang mit der Bestimmung der Missbräuchlichkeit bzw. Nichtmissbräuchlichkeit von Mietzinsen. Es mag beinahe als Ironie der Zeitgeschichte gelten, dass die Mietrechtsrevision, welche immerhin einige Verbesserungen zugunsten der Mieter mit sich brachte, genau dann in Kraft trat, als sich auf dem Immobilienmarkt eine entscheidende Wende abzeichnete. Der seit Beginn der

¹⁴⁸ Vgl. dazu (im Zusammenhang mit dem Arbeitsvertragsrecht) vorne IV. 2. d).

¹⁴⁹ Weiterführend zur missbräuchlichen Kündigung ENGEL, S. 187 ff.; ^{Tercier}, S. 253 ff. Rz. 2060 ff.; SVIT-Kommentar, Kommentierung zu den Art. 271 ff. OR; LACHAT/STOLL, S. 337 ff. Daneben existieren in der schweizerischen rechtswissenschaftlichen Literatur verschiedene neuere Dissertationen über die missbräuchliche Kündigung von Mietverträgen über Wohn- und Geschäftsräume.

¹⁵⁰ Von den rund 2,8 Mio. Wohnungen in der Schweiz wurden im Jahre 1990 31,3 % von ihren Eigentümern bewohnt, 62,8 % von Mietern, 3,7 % von Genossenschaftern und 2,2 % von anderen (vgl. Statistisches Jahrbuch der Schweiz 1996 S. 230).

neunziger Jahre festzustellende Rückgang der Immobilienpreise hat auch zu einer Entspannung auf dem Mietmarkt geführt. Nicht so sehr das neue Mietrecht, sondern wesentlich mehr die Lage auf dem Wohnungsmarkt¹⁵¹ hat daher zu der heute wieder zu verzeichnenden Besserstellung der Mieter in der Schweiz geführt.

Im Vergleich zum europäischen Umfeld ist das schweizerische Mietrecht - auch wenn dies nicht alle wahrhaben wollen - trotz seiner Regelungsdichte relativ offen und wirtschaftsliberal geblieben. Zahlreiche Gründe haben dazu geführt, dass die schweizerische Mietgesetzgebung (auch heute noch) nur wenig Einfluss auf die effektive Mietpreisbildung hat. Eine lückenlose Mietzinskontrolle findet aus verschiedenen Gründen nicht statt. Die Herabsetzung von Anfangsmietzinsen ist nur unter einschränkenden Voraussetzungen möglich. Mietzinserhöhungen bei laufenden Mietverhältnissen sind gültig, wenn der Vermieter die formellen Vorschriften beachtet und der Mieter die Erhöhung nicht anfechtet. Mietzinsanfechtungen werden z. T. durch prozessuale Schranken (schwieriges Abschätzen der Prozessaussichten als Folge der komplizierten Rechtslage und der zumeist intransparenten Sachlage) faktisch behindert. All diese Umstände haben zur Folge, dass auf dem schweizerischen Wohn- und Geschäftsraummietmarkt zahlreiche Mietzinse (rechtsgültig) gefordert und bezahlt werden, die eigentlich einer Überprüfung aufgrund der massgebenden Missbrauchskriterien nicht standhalten würden.¹⁵² Um dazu nur ein Beispiel aus der Praxis zu nennen:¹⁵³ In einer grossen Überbauung, welche über 900 Wohnungen umfasst, wurden vor ein paar Jahren die Mietzinse massiv erhöht. Ein einziger Mieter hat diese Erhöhung wegen Missbräuchlichkeit angefochten. Die Gerichte haben ihm in der Folge Recht gegeben. Das Resultat: Alle anderen Mietzinserhöhungen waren wohl materiell ebenfalls missbräuchlich, sind aber - da sie von den Mietern nicht angefochten wurden - formell rechtsgültig geworden. Mit einem Anfechtungssystem, das solche Resultate zulässt, dürfte die Schweiz wahrscheinlich weitherum einzigartig dastehen.

¹⁵¹ So hat der Leerwohnungsbestand in der Schweiz von 0,44 % (1990) auf 1,39 % (1995) zugenommen (Statistisches Jahrbuch der Schweiz 1996 S. 231), sich somit mehr als verdreifacht. Per 1.6.1997 soll sich die Leerwohnungsziffer gar auf 1,82 % erhöht haben (Pressemitteilung des Bundesamtes für Statistik vom 26. 8. 1997 auf der Internetseite <http://www.admin.ch/bfs/news/pm/dp97073.htm>). Ab einer Leerwohnungsziffer von 1-2 % wird in der Regel von einem funktionierenden Mietwohnungsmarkt gesprochen (ZIHLMANN, S. 12).

¹⁵² TH. KOLLER, Wohn- und Gewerberaummietrecht, S. 172/173.

¹⁵³ Das Beispiel stammt von JAKOB TRÜMPY, Praktische Probleme bei der Umsetzung der schweizerischen Mietzinsgesetzgebung, Referat gehalten anlässlich eines von der KESTER-HAEUSLER-STIFTUNG am 18. und 19.9.1995 in Fürstentfeldbruck durchgeführten Mietrechtssymposiums (unveröffentlichtes Manuskript S. 3/4 Anm. 13).

Das geltende OR wird im *Mietvertragsrecht*, *Arbeitsvertragsrecht*, *Agenturvertragsrecht* und *Bürgschaftsrecht* nicht mehr geprägt von der Idee einander gleichgewichtig gegenüberstehender Privatrechtssubjekte, die ihre Interessen je eigenständig zu wahren vermögen. All diesen Vertragstypen liegt heute vielmehr die Vorstellung einer zwischen den Parteien *typischerweise bestehenden Ungleichgewichtslage* zugrunde, die der Gesetzgeber mit entsprechenden Schutzbestimmungen zugunsten der als schwächer betrachteten Vertragspartei bis zu einem gewissen Grad auszugleichen hat.

b) Letztlich betrifft die hier skizzierte Veränderung allerdings nicht bloss die erwähnten Vertragstypen, *sondern das Vertragsrecht* insgesamt. Zu dieser grundlegenden Veränderung im vertragsrechtlichen Paradigma haben im wesentlichen *zwei Entwicklungsstränge* beigetragen:

Zum einen handelt es sich dabei um die Heranbildung eines eigentlichen *Konsumentenrechts*. Da je nach den beteiligten Personen jede Vertragsart ein Verbraucherverhältnis sein kann, ist heute - wenn die entsprechenden Voraussetzungen erfüllt sind - den für Konsumentenbeziehungen typischen Ungleichgewichtslagen bei der Beurteilung sämtlicher Rechtsfragen im Schuldrecht Rechnung zu tragen.¹⁵⁶

Zum andern hat sich der in den letzten Jahrzehnten zu verzeichnende Ausbau von *Aufklärungspflichten* durch die Gerichte (im Bereiche des Arztrechts¹⁵⁷ ebenso wie bei der Vermögensanlageberatung,¹⁵⁸ der Steuerberatung, dem Architektenrecht¹⁵⁹ usw.) als Instrument des Ausgleichs von Machtgefällen im gesamten Vertragsrecht entwickelt. Die Aufklärungspflichten als Transmissionsriemen zur *Austarierung von Ungleichgewichtslagen* sind heute wohl wichtigster Ausdruck dafür, dass dem (früheren) Idealmodell der einander formal gleichgestellten Parteien im Vertragsrecht in der Rechtsrealität längst nicht mehr nachgelebt wird (und auch nicht mehr nachgelebt werden könnte).

Die hier skizzierte generelle Entwicklung des Vertragsrechts ist selbstverständlich keine schweizerische Besonderheit. In den Grundzügen ist die Rechtsentwicklung in den westeuropäischen Ländern und in den USA im Schuldrecht ähnlich verlaufen.

2. Charakteristisch für die sozial sensiblen Bereiche des Vertragsrechts im schweizerischen Rechtssystem sind die zahlreichen *Berührungspunkte mit dem öffentlichen Recht*.¹⁶⁰ Insbesondere das Arbeitsrecht, etwas weniger auch das

¹⁵⁶ Vgl. dazu vorne II. 2.

¹⁵⁷ Vgl. dazu etwa BGE 119 II 456 ff. und 117 Ib 197 ff.

¹⁵⁸ Vgl. dazu etwa BGE 115 II 62 ff. sowie neuerdings 124 III 155 ff.

¹⁵⁹ Vgl. dazu etwa BGE 111 II 72 ff.

¹⁶⁰ Vgl. dazu etwa ausführlich WOLFGANG WIEGAND, Die Verhaltenspflichten, Ein Beitrag zur juristischen Zeitgeschichte, in: Die Bedeutung der Wörter, Festschrift für Sten Gagnér zum 70. Geburtstag, München 1991, S. 547 ff., m.z.Nw.

Mietrecht und zahlreiche andere sozial relevante Gebiete des Schuldrechts, werden ausserordentlich stark durch öffentlichrechtliche Erlasse (Sozialversicherungsrecht, Arbeitsgesetz, Unfallverhütungsvorschriften etc.) beeinflusst. Jede Betrachtung dieser Bereiche, die sich auf das kodifizierte Privatrecht beschränken und die Immissionen des öffentlichen Rechts auf die entsprechenden Vertragsbeziehungen ausser acht lassen würde, müsste daher zwangsläufig ein verzerrtes Bild der Realität liefern.

3. Zwischen *Gesetzesrecht* und *Richterrecht* besteht immer ein gewisses *Spannungsverhältnis*. Im Rahmen einer jeden Kodifikation hat sich der Gesetzgeber Gedanken über die *Verteilung der Regelungslast* zwischen gesetztem Recht und Richterrecht zu machen. In den sozial sensiblen Bereichen des Vertragsrechts ist diese Verteilung der Regelungslast besonders heikel.

Entscheidet sich der Gesetzgeber für eine knappe Regelung mit wenigen Artikeln, besonders offen formulierten Normen, extrem wertausfüllungsbedürftigen Begriffen usw., so ist die den Gerichten aufgebürdete Entscheidlast beträchtlich. Ein solches Vorgehen hat Vor- und Nachteile. Einerseits ist das Richterrecht wesentlich anpassungsfähiger als das Gesetzesrecht. Gerichte können daher neuen Entwicklungen im gesellschaftlichen Bereich wesentlich rascher Rechnung tragen als der Gesetzgeber, dessen Schwerfälligkeit notorisch ist. Im Gegenzug dazu führen aber allzu unbestimmt gehaltene gesetzliche Normen zu einer *Rechtsunsicherheit*, die die Prozessrisiken für die ökonomisch schwächere Partei erheblich vergrössert und so gerade den sozial Schwächeren die Durchsetzung ihrer Rechte zusätzlich erschwert.

Entscheidet sich der Gesetzgeber demgegenüber für eine einlässliche Regelung einer bestimmten Materie in der Kodifikation, so besteht leicht die Gefahr, dass er ein *unübersichtliches, kompliziertes, ja ausgesprochen kasuistisch orientiertes Regelungswerk* erlässt. Solche Regelungen sind oft derart schwer verständlich, dass damit der Rechtssicherheit auch nicht mehr gedient ist.

Für den Gesetzgeber ist es ausserordentlich schwierig, einen vernünftigen Mittelweg zwischen beiden Extremen zu finden und Bestimmungen zu erlassen, die wohl hinreichend konkret die *entscheidenden Leitlinien vorzeichnen*, dabei aber noch verständlich bleiben und dem Richter genügend Freiraum zur Berücksichtigung künftiger veränderter gesellschaftlicher Umstände belassen.

4. So oder anders hängt es letztlich von der *Qualität der Richterinnen und Richter* ab, ob die sozial brisanten Fragen des Vertragsrechts adäquat gelöst werden. Zwar verträgt an sich kein Bereich des Rechts schlechte Richter. Ganz besonders trifft dies aber für die sozial sensiblen Bereiche der Rechtsordnung insgesamt und - vorliegend von Interesse - speziell des Vertragsrechts zu. Nur Richterinnen und Richter, die fähig sind, die spezifische Problematik dieser

VI. SCHLUSS

Dieser Streifzug durch die sozial sensiblen Bereiche des Vertragsrechts in der schweizerischen Zivilrechtskodifikation lässt sich wie folgt zusammenfassen:

1. a) Beim Erlass des Schweizerischen Obligationenrechts vom 30.3.1911 ging der Gesetzgeber von der Modellvorstellung der *einander formal gleichgeordneten Privatrechtssubjekte* aus, welche je eigenverantwortlich und im vollen Bewusstsein ihres Tuns am Privatrechtsverkehr teilnehmen und dort ihre Interessen optimal zur Geltung bringen. Materielle Schutzvorschriften zugunsten bestimmter schwächerer Marktteilnehmer sah der Gesetzgeber nur in ausserordentlich beschränktem Masse - so rudimentär etwa im Arbeitsvertragsrecht - vor.¹⁵⁴ In den Krisen- und Kriegszeiten der folgenden Jahrzehnte sowie in der Hochkonjunkturphase nach dem 2. Weltkrieg zeigte es sich zunehmend, dass in den sozial sensiblen Bereichen des Vertragsrechts die Regelungen in der Schuldrechtskodifikation, die auf einem weitgehend nicht der Realität entsprechenden Menschenbild beruhten, kaum zu sachlich befriedigenden Lösungen führen konnten. Das „Schönwettergesetz“ aus dem ersten Jahrzehnt dieses Jahrhunderts¹⁵⁵ war den wechselnden Anforderungen der Zeit schon sehr rasch nicht mehr gewachsen. Aus diesem Grund sah sich der Gesetzgeber in den sozial besonders relevanten Bereichen des Vertragsrechts immer wieder zu zahlreichen Interventionen veranlasst.

Im Regelfall scheute er sich dabei allerdings vor Eingriffen in die Kodifikation selbst. Die Neuregelungen im Bürgschaftsrecht und im Agenturvertragsrecht bilden diesbezüglich eine Ausnahme. In den wesentlich wichtigeren Bereichen des Arbeitsvertrags- und des Mietrechts erliessen die zuständigen Behörden im Verlauf der Zeit zahlreiche Sondergesetze, Bundesbeschlüsse, Verordnungen etc. zur Bewältigung der mannigfachen neuen Probleme. Dies führte zu einer *formalen Zersplitterung des schweizerischen Vertragsrechts in den meisten sozial sensiblen Bereichen*. Erst zu Beginn der siebziger Jahre im Arbeitsrecht bzw. gegen Ende der achtziger Jahre im Mietrecht gelang es dem Gesetzgeber, diese Zersplitterung rückgängig zu machen und durch Reintegration der zahlreichen Sondermaterien in das OR selbst die *formale Einheit der Kodifikation wieder herzustellen*. Dadurch hat sich allerdings der *materielle Charakter der Kodifikation wesentlich geändert*.

¹⁵⁴ Solche sozialen Schutznormen können im liberalen Privatrecht als regelwidrige Ausnahmen betrachtet werden (vgl. dazu etwa CARONI, Ungleiches Recht, S. 111).

¹⁵⁵ Es lässt sich allerdings durchaus bezweifeln, dass das ZGB und das OR vom Gesetzgeber wirklich als „Schönwettergesetze“ aufgefasst wurden. Aus guten Gründen wird in der Literatur etwa geltend gemacht, dass unsere Privatrechtskodifikation die zwischen den Wirtschaftssubjekten bestehende faktische Ungleichheit nicht bloss anerkannt und geduldet, sondern regelrecht vorausgesetzt und gefördert hat (CARONI, Ungleiches Recht, S. 109/110).

Fragenkreise zu erfassen, die Interessen der Betroffenen sachgerecht gegeneinander abzuwägen und - ganz besonders heikel - gegebenenfalls auch die weitreichenden Folgen ihrer Entscheidungen für die Allgemeinheit abzuschätzen, vermögen hier verantwortungsvolle Urteile zu fällen. Damit werden unweigerlich *hohe Anforderungen an die Ausbildung der künftigen Juristengeneration* gestellt.

5. Dies führt zur abschliessenden Frage, ob und inwieweit sich die Schaffung von *Spezialgerichten* für die sozial sensiblen Bereiche des Vertragsrechts aufdrängt. In der Schweiz sind solche Spezialgerichte im Arbeits- und Mietrecht zum Teil als untere Instanzen vorhanden. Letztinstanzlich ist für die Beurteilung dieser Gebiete aber ebenso wie für das gesamte Privatrecht das Bundesgericht zuständig. Vorschläge, ein *Bundessozialgericht* zu schaffen, welches nebst Streitigkeiten aus dem Arbeits- und Mietvertragsrecht (und allenfalls aus weiteren Vertragsarten) auch Fälle aus dem gesamten Sozialversicherungsrecht zu bearbeiten hätte, sind bisher vereinzelt geblieben.¹⁶¹ Es gibt zahlreiche Argumente, die für und gegen die Schaffung eines solchen Spezialgerichts sprechen. Von Erfolg gekrönt könnte ein solches Gericht jedenfalls nur dann sein, wenn es gelingt, besonders qualifizierte Personen als Richterinnen und Richter zu finden. Dies wiederum würde unter anderem voraussetzen, dass dieser Instanz ein *hohes Sozialprestige* beigemessen würde, sie also nicht den Ruf eines „minderwertigen“ bzw. „zweitrangigen“ Gerichtes erhalte. Dieses Ziel zu realisieren dürfte nicht einfach sein.

LITERATURVERZEICHNIS

- BECK EMIL, Das neue Bürgschaftsrecht, Kommentar, Zürich 1942
BRÜHWILER JÜRIG, Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, 2. Auflage Bern 1996
BUCHER EUGEN, Berner Kommentar Band I/2/2 (Kommentar zu Art. 27 ZGB), Bern 1993 (zitiert: BK-BUCHER)
BUCHER EUGEN, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. Auflage Zürich 1988 (zitiert: BUCHER, AT)
BUCHER EUGEN, Obligationenrecht, Besonderer Teil, 3. Auflage Zürich 1988 (zitiert: BUCHER, BT)
VON BÜREN BRUNO, Das überflüssige Gesetz über den Agenturvertrag, SJZ 1949 S. 151 f.
CARONI PIO, Einleitungstitel des Zivilgesetzbuches, Basel und Frankfurt a. M. 1996 (zitiert: CARONI, Einleitungstitel)

¹⁶¹ URS CH. NEF, Zum Verhältnis von Privatrecht und öffentlichem Recht in der Sozialversicherung, in: Sozialversicherungsrecht im Wandel, Festschrift 75 Jahre Eidgenössisches Versicherungsgericht, Bern 1992, S. 133 ff., spez. S. 144.

- CARONI PIO, „Privatrecht“: Eine sozialhistorische Einführung, Basel und Frankfurt a. M. 1988 (zitiert: CARONI, Privatrecht)
- CARONI PIO, Ungleiches Recht für alle, in: Zentrum und Peripherie, Festschrift für Richard Bäumlin zum 65. Geburtstag, Chur/Zürich 1992, S. 107 ff. (zitiert: CARONI, Ungleiches Recht)
- ENGEL PIERRE, Contrats de droit suisse, Berne 1992
- FEHR KONRAD, Das neue Bundesgesetz über den Agenturvertrag, ZSR 1950 S. 1 ff.
- GASSER CATHERINE ANTOINETTE, Philipp Lotmar, 1850 - 1922, Professor der Universität Bern, Sein Engagement für das Schweizerische Arbeitsrecht, Diss. Bern 1996 (veröffentlicht als Band 168 der Rechtshistorischen Reihe des Verlags Peter Lang GmbH, Frankfurt a. M. 1997)
- GAUCH PETER, Der Werkvertrag, 4. Auflage Zürich 1996
- GUHL THEO, Das Schweizerische Obligationenrecht, 8. Auflage Zürich 1991, aufgrund der Ausgabe von Hans Merz und Max Kummer bearbeitet von Alfred Koller und Jean Nicolas Druey (zitiert: GUHL/MERZ/KOLLER)
- GIOVANOLI SILVIO, Ausgewählte Fragen aus der Revision des schweizerischen Bürgerschaftsrechts, ZSR 1941 S. 205 ff.
- KOLLER THOMAS, Die Haftung des Arbeitgebers und das Sozialversicherungsrecht, AJP 1997 S. 428 ff. (zitiert: TH. KOLLER, Die Haftung des Arbeitgebers)
- KOLLER THOMAS, Ordentliche, fristlose und missbräuchliche Kündigung des Arbeitsvertrages, AJP 1995 S. 1251 ff. (zitiert: TH. KOLLER, Kündigung)
- KOLLER THOMAS, Das Wohn- und Gewerberaummietrecht in der Schweiz, ZMR 1996 S. 165 ff. (zitiert: TH. KOLLER, Wohn- und Gewerberaummietrecht)
- LACHAT DAVID / STOLL DANIEL, Das neue Mietrecht für die Praxis, 3. Auflage Zürich 1992
- LANZ RAPHAEL, Die Abgrenzung der selbständigen von der unselbständigen Erwerbstätigkeit im Sozialversicherungs-, Steuer- und Zivilrecht, AJP 1997 S. 1463 ff.
- LIVER PETER, Berner Kommentar Band I (Einleitung [vor Art. 1-10 ZGB]), Bern 1966 (zitiert: BK-LIVER, Einleitung)
- MERZ HANS, Berner Kommentar Band I (Kommentar zu Art. 2 ZGB), Bern 1966 (zitiert: BK-MERZ)
- PESTALOZZI CHRISTOPH, M. Kommentierung des 20. Titels des OR (Art. 492-512), in: Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I (Art. 1-529 OR), hrsg. von Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand, 2. Auflage Basel 1996 (zitiert: OR-PESTALOZZI)
- REHBINDER MANFRED, Berner Kommentar Band VI/2/2/1 (Einleitung und Kommentar zu den Art. 319-330a OR), Bern 1985 (zitiert: BK-REHBINDER)
- REHBINDER MANFRED, Berner Kommentar Band VI/2/2/2 (Kommentar zu den Art. 331-355 OR), Bern 1992 (zitiert BK-REHBINDER)
- SCHMID EMIL, Zürcher Kommentar Band V/2b/1 (Kommentar zu Art. 253-260 OR), Zürich 1974 (zitiert: ZK-SCHMID)
- SCHÖNENBERGER WILHELM/STAEHELIN ADRIAN, Zürcher Kommentar Band 2c (Kommentar zu den Art. 319-330a OR), Zürich 1984 (zitiert: ZK-SCHÖNENBERGER/STAEHELIN)
- SCHWEINGRUBER EDWIN, Das Arbeitsrecht der Schweiz, Seine Gestalt und seine Gliederung, 2. Auflage Zürich 1951

- SCHWEIZERISCHES MIETRECHT, Kommentar, herausgegeben vom Schweizerischen Verband der Immobilientreuhänder SVIT, Zürich 1991 (zitiert: SVIT-KOMMENTAR)
- STAEHELIN ADRIAN, Zürcher Kommentar Band V/2c (Kommentar zu Art. 331-355 OR), Zürich 1996 (zitiert: ZK-STAEHELIN)
- STREIFF ULLIN/VON KAENEL ADRIAN, Arbeitsvertrag, Leitfaden zum Arbeitsvertragsrecht, 5. Auflage Zürich 1993
- TERCIER PIERRE, Les contrats spéciaux, 2. Auflage Zürich 1995
- TSCHUDI HANS PETER, Geschichte des schweizerischen Arbeitsrechts, Basel und Frankfurt a. M. 1987 (zitiert: TSCHUDI, Geschichte)
- TSCHUDI HANS PETER, Privates und öffentliches Arbeitsrecht (Gesetz und Gesamtarbeitsvertrag), in: Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1985, Basel 1985, S. 431 ff., ebenfalls veröffentlicht (und hier zitiert) in: Sozialstaat, Arbeits- und Sozialversicherungsrecht, Schriften von Hans Peter Tschudi aus den Jahren 1983-1995, Zürich 1996 (zitiert: TSCHUDI, Privates und öffentliches Arbeitsrecht)
- TSCHUDI HANS PETER, Neue Entwicklungen im schweizerischen Arbeitsrecht, Ein Überblick, SJZ 1947 S. 33 ff. (zitiert: TSCHUDI, Entwicklungen)
- VISCHER FRANK, Der Arbeitsvertrag, Schweizerisches Privatrecht Band VII/1/III, Basel 1994 (zitiert: SPR-VISCHER)
- WALTER HANS PETER, Splitterndes Privatrecht, recht 1997 S. 1 ff.
- WETTENSCHWILER SUZANNE, Kommentierung des 4. Abschnitts des 13. Titels des OR (Art. 418a-418v), in: Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I (Art. 1-529 OR) hrsg. von Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand, 2. Auflage Basel 1996 (zitiert: OR-WETTENSCHWILER)
- ZIHLMANN PETER, Das Mietrecht, 2. Auflage Zürich 1995

Sociálně citlivé oblasti smluvního práva ve švýcarské kodifikaci civilního práva

SOUHRN

1. Při uzákonění švýcarského obligačního práva z 30. 3. 1911 vycházel zákonodárce z modelové představy formálně navzájem rovných subjektů soukromého práva, které se na vlastní odpovědnost a jsouce si plně vědomy toho, co činí, účastní v soukromoprávních vztazích a v nich optimálně uplatňují své zájmy. Materiální ochranné předpisy ve prospěch slabších účastníků trhu upravoval zákonodárce jen v mimořádně omezené míře - tak zejména v pracovním smluvním právu. V krizových a válečných obdobích následujících desetiletí a stejně i v období vysoké konjunktury po druhé světové válce čím dále tím víc vycházelo najevo, že v sociálně citlivých oblastech smluvního práva nemohly úpravy v kodifikaci závazkového práva, které spočívalo na představě člověka zdaleka neodpovídající realitě, vést k věcně uspokojivým řešením. „Zákon pro krásné počasí“ z prvního desetiletí to-