

Eidgenössisches Justiz- und
Polizeidepartement
Frau Bundesrätin Simonetta Sommaruga
Bundesrain 20
3003 Bern

per E-Mail: zz@bj.admin.ch

Bern, 23. Dezember 2016

Stellungnahme zum Vorentwurf zur Änderung des Obligationenrechts (Auftragsrechts), Art. 404 OR

Sehr geehrte Frau Bundesrätin

asut, der Schweizerische Verband der Telekommunikation, wurde im September 2016 zur Vernehmlassung über die Änderung des Obligationenrechts (Auftragsrecht) eingeladen. Wir bedanken uns für die Möglichkeit zur Stellungnahme und nehmen diese hiermit fristgerecht war.

Einleitende Bemerkungen

asut begrüsst die vorgeschlagenen Änderungen im Vorentwurf des Art. 404a OR (Auftragsrecht), welcher der Bundesrat in Umsetzung der Motion Barthassat (11.3909) im Rahmen des Vernehmlassungsverfahrens den interessierten Kreisen unterbreitet.

Der bisherige Art. 404 OR beinhaltet ein beidseitiges, jederzeitiges Kündigungsrecht des Auftrages und das Bundesgericht erachtet diese Regelung gemäss seiner langjährigen Rechtsprechung als zwingend. Für viele Auftragsverhältnisse oder Innominatverträge mit auftragsrechtlichem Charakter ist das Recht zur jederzeitigen Beendigung indes problematisch. Der Schadenersatz wegen Beendigung zur Unzeit nach Art. 404 Abs. 2 OR ist nicht klar umschrieben und umfasst grundsätzlich nur das negative Interesse. Entgangener Gewinn wird hingegen vom positiven Interesse umfasst – die aktuelle Gesetzessystematik lässt aber nicht zu, dass vertraglich statt des negativen das positive Interesse bei Beendigung zur Unzeit vereinbart werden kann.

Eine Folge dieser Rechtsprechung ist, dass gerade in der ICT-Branche umfangreiche und investitionsintensive Dienstleistungsverträge für die Parteien mit grossen Risiken verbunden sind, da das jederzeitige Kündigungsrecht keinen angemessenen Investitionsschutz bietet. Andere Mechanismen zum Schutz der Investitionen werden von der Rechtsprechung des Bundesgerichts aufgehoben, insofern beispielsweise Konventionalstrafen als rechtswidrig erachtet werden, wenn sie den Rahmen überschreiten, der sich aus Art. 404 Abs. 2 OR ergibt. Ebenso sind Vertragskonstellationen ungünstig, in welchen die Vertragsparteien versuchen, ihre Dienstleistungen als Werkverträge oder werkvertragsähnliche Innominatverträge zu umschreiben: Das Werkvertragsrecht ist nur schwer auf Dauerschuldverhältnisse anwendbar, womit neue Abhängigkeiten und Unsicherheiten in der Vertragsauslegung geschaffen werden. Die Begründung des Bundesgerichts, wonach das jederzeitige Beendigungsrecht dem besonderen Vertrauensverhältnis gerecht werde, das dem Auftrag zugrunde liege, vermag für viele Vertragskonstellationen im Bereich der ICT-Dienstleistungen oder gar komplexer Outsourcing-Verträge nicht zu überzeugen.

Der Entwurf nimmt die Bedürfnisse der Wirtschaftsakteure besser wahr

Der Vorentwurf des Bundesrates sieht vor, dass der bisherige Wortlaut des Art. 404 OR bestehen bleibt und durch den neuen Art. 404a VE-OR ergänzt wird. Dadurch soll das jederzeitige Beendigungsrecht neuerdings dispositiver Natur sein. Mit dieser Änderung befriedigt der Gesetzgeber ein wichtiges Bedürfnis der Wirtschaft in der Vertragsgestaltung.

Diese Änderung ermöglicht es den Parteien, künftig wahlweise das jederzeitige Beendigungsrecht beizubehalten oder individuell einzuschränken resp. wegzubedingen. Selbst wenn sie das Beendigungsrecht beibehalten, können sie wohl die Rechtsfolgen von Art. 404 Abs. 2 OR bezüglich Schadenersatz neu individuell abändern und damit die Folgen der Vertragsbeendigung verbindlich regeln. Die Parteien können neuerdings folgendes vorsehen: Ersatzvornahme, Konventionalstrafen, die weiter gehen als der heute geltende Rahmen des negativen Interesses, und den verstärkten Rückgriff auf die bekannten und bewährten Grundsätze des allgemeinen Teils des Obligationenrechts.

Der Gesetzgeber korrigiert damit ein bekanntes Hemmnis moderner Vertragsgestaltung. Gleichzeitig verzichtet er darauf, das Obligationenrecht mit tiefgreifenden Änderungen zu verkomplizieren.

Einschränkung von Art. 404a OR greift in die Vertragsfreiheit ein

Die vorgeschlagene Änderung des jederzeitigen Beendigungsrechts als dispositive Grundregel ist hingegen insofern eingeschränkt, als das Beendigungsrecht nicht im Rahmen allgemeiner Geschäftsbedingungen (AGB) wegbedungen werden darf. Diese Einschränkung mag für den Konsumentenschutz verständlich sein. Im Geschäftsverkehr hingegen ist er unangebracht und greift in die Vertragsfreiheit der Unternehmen ein. Diese Einschränkung soll daher – jedenfalls im Geschäftsverkehr (Business-to-Business) – entfernt oder zumindest auf die Anwendbarkeit von Art. 8 UWG beschränkt werden.

asut fordert den Bundesrat daher auf, die Einschränkung in Bezug auf die Wegbedingung des Beendigungsrechts im Rahmen von Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) zumindest für Verträge, die nicht als Konsumentenverträge qualifiziert werden, zu entfernen oder mindestens auf die Anwendbarkeit von Art. 8 UWG zu beschränken.

asut begrüsst den Vorentwurf zum neuen Auftragsrecht

Die im Vorentwurf vorgeschlagene Lösung bestärkt den Grundsatz «pacta sunt servanda». Dadurch werden Investitionen und Kooperationen unter komplexen Dienstleistungsverträgen für die Parteien berechenbarer, da sie selber die vorzeitige Vertragsbeendigung regeln können. Dies dient letztlich dem Wirtschaftsstandort Schweiz und insbesondere der ICT-Branche, weil durch die gestärkte Bestandssicherheit eingegangener Verträge die Schweiz für inländische und ausländische Unternehmen und Investoren attraktiver wird.

asut unterstützt aus den genannten Gründen den Vorentwurf zur Änderung des Obligationenrechts und begrüsst die vorgenommenen Anpassungen.

Wir bitten um eine wohlwollende Prüfung unserer Anliegen.

asut – Schweizerischer Verband
der Telekommunikation



Peter Grütter
Präsident