

Bundesamt für Justiz
Bundesrain 20
3003 Bern

Per E-Mail an: zz@bj.admin.ch

Zürich, 15. Dezember 2016

Vernehmlassung zur Änderung des Obligationenrechts: Auftragsrecht

Sehr geehrte Damen und Herren

Namens des Swico bedanken wir uns für die Möglichkeit, unsere Position zum Vorentwurf betreffend Änderung von Artikel 404 des Obligationenrechts (OR) darzulegen und reichen Ihnen hiermit unsere Stellungnahme ein.

1. Legitimation und Betroffenheit

Swico ist der Verband der ICT-Anbieter der Schweiz. Swico vertritt die Interessen von 450 ICT-Anbieterfirmen, welche 56'000 Mitarbeitende beschäftigen und einen Umsatz von jährlich CHF 40 Milliarden erwirtschaften.

Das Auftragsrecht ist in den Branchen, deren Interessen Swico vertritt, stark verbreitet. Zudem sind die seit Jahren über die Branche hinaus bewährten IT-Modellverträge, insbesondere im Bereich der cloud Services und der Beratung, Teil des Swico Dienstleistungsangebots. Die Swico Mitglieder sind von dieser Vernehmlassungsvorlage unmittelbar und besonders betroffen und Swico daher zu vorliegender Stellungnahme legitimiert.

2. Vernehmlassung

2.1 Grundsätzliches

Im erläuternden Bericht wird der gesetzliche Anpassungsbedarf mit der Problematik der zwingenden Anwendung von Artikel 404 OR in der Praxis begründet, was insbesondere bei individuell ausgehandelten, komplexen, kommerziell geprägten Dienstleistungsverträgen der Fall sei. Als Beispiel werden Managementverträge, Outsourcingverträge oder auch IT-Dienstleistungsverträge aufgeführt. Bei solchen Verträgen bestehe aufgrund der wirtschaftlichen Bedeutung in der Regel ein grosses beidseitiges Interesse an einer verbindlichen, unkündbaren Vertragsdauer. Deshalb sollen die Parteien das jederzeitige Beendigungsrecht wegbedingen oder einschränken können.

Geplant ist, den bestehenden Artikel 404 OR als Grundsatz explizit mit dispositivem Charakter auszugestalten und mit einem neuen Artikel 404a OR zu ergänzen.

2.2 Art. 404a OR, Abs. 1 (neu)

Wir begrüßen, dass die Parteien mit dieser Bestimmung das Beendigungsrecht ganz wegbedingen oder auch andere Beendigungsregeln vorsehen können. Zudem haben die Parteien neu die Möglichkeit, Schadenersatz auf das positive Interesse oder eine Konventionalstrafe zu vereinbaren, was zu befürworten ist.

2.3 Art. 404a OR, Abs. 2 (neu)

Gemäss Abs. 2 sollen Parteivereinbarungen, welche eine Einschränkung des jederzeitigen Rechts zur Beendigung des Auftrags vorsehen, nichtig sein, wenn sie in allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) enthalten sind. Unter den Begriff der AGB fallen insbesondere auch Formularverträge. Darüber hinaus legt das Bundesgericht den Begriff der allgemeinen Geschäftsbedingungen weit aus.

Diese Bestimmung ist abzulehnen: Einerseits ist der Konsumentenschutz in Art. 8 UWG schon angemessen berücksichtigt. Andererseits gilt der Grundsatz der Vertragsfreiheit namentlich auch im Auftragsrecht. Es kann nicht sein, dass eine Einschränkung oder Wegbedingung des jederzeitigen Widerrufs- oder Kündigungsrechts nichtig sein soll, wenn sie in AGB enthalten ist. Damit wird der Grundsatz der Vertragsfreiheit ausgehebelt. Wir beantragen daher die Streichung von Absatz 2.

Antrag:

Absatz 2 der vorgesehenen neuen Bestimmung von Art. 404a OR ist zu streichen.

Wir danken Ihnen namens unserer Mitglieder im Voraus dafür, dass Sie unsere Anregungen in geeigneter Weise bei der definitiven Formulierung der neuen Gesetzesbestimmung berücksichtigen.

Freundliche Grüsse
Swico



Dr. Peter K. Neuenschwander
Präsident Kommission IT-Recht



Christa Hofmann
Head Legal & Public Affairs