

Schweizerischer Gewerbeverband
Herr Dieter Kläy
Schwarztorstrasse 26
Postfach
3001 Bern

Zürich, 5. Dezember 2016

Stellungnahme: Änderung des Obligationenrechts (Auftragsrecht)

Sehr geehrter Herr Kläy, sehr geehrte Damen und Herren

Mit Schreiben vom 16. September 2016 laden Sie ein, zum Zirkular Nr. 167 / 2016 betreffend Änderung des Obligationenrechts (Auftragsrecht) Stellung zu nehmen. Gerne nutzen wir die Gelegenheit uns an der Vernehmlassung zu beteiligen, mit folgender Stellungnahme:

Der Schweizerische Baumeisterverband (SBV) begrüsst die Anliegen der Revision, namentlich die Beendigung des Auftragsrechts und deren Rechtsfolgen an die heutigen Erfordernisse anzupassen. Die Verhältnisse insbesondere bezüglich dauerhaften Auftragsverhältnissen, wie komplexen und vorwiegend von kommerziellen Interessen geprägten Dienstleistungsverträgen haben sich verändert. Ein gesetzgeberischer Handlungsbedarf besteht insbesondere bezüglich flexibler Ausgestaltung von Verträgen im Auftragsbereich (v.a. Dienstleistungsbereich) und in der Möglichkeit einer abweichenden Vereinbarung zum Grundsatz der jederzeitigen Widerrufs- oder Kündigungsmöglichkeit, die mit dem neuen Art. 404a OR geschaffen werden möchte. Deshalb befürworten wir insbesondere:

- die Freiheit der Parteien die Beendigungsmöglichkeiten und deren Rechtsfolgen nach den eigenen Bedürfnissen und Parteiwillen zu vereinbaren.
- die Beibehaltung der Grundregel, wonach Auftragsverhältnisse jederzeit widerrufen werden können, jedoch mit dispositivem Charakter.

1. Grundsätzliches

Die Änderung von Art. 404 OR geht auf eine Motion aus dem Jahre 2011 von Luc Barthassat (CVP) zurück, welche hauptsächlich verlangt, den Artikel an die wirtschaftlichen und rechtlichen Gegebenheiten der aktuellen Zeit anzupassen. Im Vordergrund steht deshalb die Ermöglichung ein dauerhaftes Auftragsverhältnis einzugehen und dieses entsprechend rechtlich zu regeln.

Dabei steht insbesondere die bundesgerichtliche Rechtsprechung seit langem beim überwiegenden Teil der Lehre stark unter Kritik. Kritisiert wird das zwingende Widerrufs- und Kündigungsrecht nach Art. 404 OR für sämtliche Auftragsverhältnisse und zwar nicht nur für typische, namentlich unentgeltliche und höchstpersönliche Aufträge, sondern auch in Bezug auf gemischte Verträge, „für welche hinsichtlich der zeitlichen Bindung der Parteien die Bestimmungen des Auftragsrechts als sachgerecht

erscheinen“. Infolgedessen können Parteien auf rechtsgültige Weise weder einen dauerhaften Auftrag abschliessen noch eine Konventionalstrafe vorsehen, deren Höhe einen allfälligen entgangenen Gewinn ausgleichen würde.

- Diese breite zwingende Anwendung des jederzeitigen Widerrufsrechts kann als Fremdkörper des ansonsten sehr liberalen schweizerischen Vertragsrechts angesehen werden. Damit wird es für Dienstleistungsverträge unattraktiv und stellt innerhalb Europas ein Sonderfall dar, weshalb es sich als Standortnachteil auswirkt.
- Auch ist das zwingende Widerrufsrecht in vielen Fällen weder sachlich gerechtfertigt noch entspricht es dem tatsächlichen Parteiwillen. Denn viele Dienstleistungsverträge sind nicht durch ein besonderes Vertrauensverhältnis geprägt, das laut bundesgerichtlicher Rechtsprechung jederzeit müsste beendet werden können, sondern vielmehr als Dauerschuldverhältnisse mit auftragsrechtlichen Merkmalen zu qualifizieren. Folglich ist es sachgerecht, eine Revision vorzunehmen.

Die Anpassung des Auftragsrechtes an die heutigen Verhältnisse wird begrüsst. Auch die Ausgestaltung der neu dispositiven Natur des jederzeitigen Beendigungs- und Widerrufsrecht, bei Beibehaltung dieses Grundsatzes, wird zugestimmt. Zudem wird auch dem wirklichen Parteiwille und Schutz der schwächeren Partei (Dienstleistungsempfänger) Rechnung getragen, indem Vereinbarungen über Beendigungsmöglichkeiten und –folgen in AGB's keine Wirkung haben.

2. Einzelne Punkte aus Sicht der Baubetriebe als Auftraggeber sowie Auftragnehmer

Unternehmer in der Baubranche sind typischerweise mit Werkverträgen konfrontiert. Im Bereich Auftragsrecht sind Baubetriebe wohl regelmässiger als Auftraggeber, d.h. Dienstleistungsempfänger unterwegs. Insbesondere mit der vermehrt dienstleistungsorientierten Gesellschaft gibt es indessen auch Konstellationen, in denen selbst ein Baubetrieb Dienstleistungen anbietet, die auf dem Auftragsrecht basieren.

Denkbare Verträge, die ein Bauunternehmer als Auftraggeber (als Dienstleistungsempfänger) abschliessen könnte, wären beispielsweise Outsourcingverträge, IT-Verträge, Verträge mit Treuhändern, Liegenschaftsverwaltungen. Bei langfristigen Dienstleistungsverträgen kann heute eine Partei überrascht werden, dass ihr ein Vertragspartner ohne Konsequenzen den Vertrag mit sofortiger Wirkung kündigen kann. Daraus kann die Situation für den Dienstleisternachfrager entstehen, dass er nur schwer einen geeigneten Ersatz findet. *Die heutige Regelung der sofortigen Auflösung* gibt vor, dass für die Geltendmachung von Schadenersatz neben dem Beweis der „Unzeit“ auch noch der Schaden und der adäquate Kausalzusammenhang bewiesen werden muss, was erfahrungsgemäss ein schwieriges Unterfangen ist. Ausserdem kann aktuell unter dem Titel Schadenersatz (Art. 402 Abs. 2 OR) lediglich das negative Interesse geltend gemacht werden, also nur der Schaden, welcher der Gegenpartei entstanden ist, weil die Beendigung zu Unzeit erfolgte, hingegen nicht der entgangene Gewinn (das sog. positive Interesse, das die Partei so stellt, wie wenn der Auftrag vollständig und korrekt ausgeführt worden wäre).

Ein Auftraggeber, d.h. ein Dienstleistungsempfänger vertraut heutzutage darauf, dass er die bestellte Dienstleistung auch erhält. *Mit der Revision* hat der Auftraggeber, sofern das Beendigungsrecht wegbedingt wurde, einen Anspruch auf Realerfüllung. Diese besteht zwar auch bei Konstellationen mit einem jederzeitigen Beendigungsrecht, aber nur solange der Auftrag nicht beendet worden ist, was in gewissen Fällen für den Auftraggeber besser ist, weil dadurch beispielsweise der Nachweis des positiven Interesses nicht erbracht werden muss. Relevant wird in diesem Zusammenhang aber v.a. die Ersatzvornahme (Art. 98 Abs. 1 OR bzw. 343 Abs. 1 lit. e ZPO). Somit besteht bei Dauerdienstleistungen vermehrte Sicherheit, die Leistung auch zu erhalten. Für die weiteren Rechtsfolgen, wenn keine Parteiabrede getroffen wurde, gelten die allgemeinen Regeln des Obligationenrechts. So hat ein Auftraggeber im Fall der Nichterfüllung oder des Verzuges die Möglichkeit nach Art. 97 ff. bzw. Art. 102 ff. OR vorzugehen. Bei Verzug der Hauptleistung kommen die Regeln nach Art. 107 bis 109 OR zur Anwendung.

Bis anhin konnte der Beauftragte, wenn er sich zur Erfüllung ausserstande sah, den Vertrag beenden und lief lediglich Gefahr das negative Interesse zu schulden. **Mit der Revision kann Realerfüllung,**

mithin das positive Interesse oder sonstige vereinbarte Rechtsfolgen (z.B. Konventionalstrafen) eingefordert werden. Als Konsument einer Massendienstleistung wird aber das jederzeitige Kündigungsrecht gegenüber dem Anbieter beibehalten bleiben, weil die Revision entsprechende Bestimmungen in AGB's als unwirksam vorsieht.

Bietet eine Bauunternehmung beispielsweise Beratungstätigkeiten an, welche als Aufträge zu qualifizieren sind (Hauptkriterium: Tätigwerden, Arbeitserfolg, nicht aber Werk), werden die Bestimmungen auch als Auftragnehmer, d.h. als Dienstleistungsanbieter relevant. Als Auftragnehmer, d.h. als Dienstleistungserbringer ist die Ergänzung mit Art. 404a OR auch vorteilhaft, weil künftig dauerhafte Dienstleistungsverträge abgeschlossen werden können. Die Parteien wären künftig frei, eine bindende Vertragsdauer oder Kündigungsfrist zu vereinbaren. Insbesondere wenn grosse Investitionen (typischerweise IT-Dienstleistungsverträge, Forschungs- und Entwicklungsverträgen) getätigt werden, besteht ein erhebliches Interesse einer verbindlichen und unkündbaren Vertragsdauer. In diesem Zusammenhang wird im Vordergrund stehen, dass auch die Rechtsfolgen abgeändert werden dürfen, d.h. insbesondere die Möglichkeit eine Konventionalstrafe auszumachen. Auch wird die **Geltendmachung des entgangenen Gewinnes, sog. positives Interesse möglich** werden. Zudem gerät bspw. der Auftraggeber in Gläubigerverzug, wenn er den Auftrag als beendet betrachtet und jegliche weitere Leistungen des Beauftragten verweigert. Damit wird die Position des Dienstleistungserbringers gestärkt. Nicht ausser Acht zu lassen ist dabei aber, dass es bei inhaltlich unbestimmten Aufträgen im Einzelfall schon streitig sein kann, was überhaupt den vereinbarten Vertragsinhalt bildet und ob sodann die Voraussetzungen für die Konventionalstrafe gegeben sind.

3. Revisionsvorschlag schafft Rechtssicherheit

Heute hat die zwingende Anwendung von Art. 404 OR erhebliches Missbrauchspotential, wenn ein Auftrag aufgelöst wird, etwa dann wenn ein Auftrag für die kündigende Partei wirtschaftlich uninteressant wird. Die vorliegende Änderung ermöglicht beiden Vertragsparteien Dauervertragsverhältnisse im Dienstleistungsbereich mit stärkeren Verbindlichkeiten auszugestalten, sie sind zudem planbarer. Der Grundsatz pacta sunt servanda (Verträge sind einzuhalten) wird auch im Auftragsrecht anwendbar.

Die freie Ausgestaltung der Beendigungsmöglichkeit und die entsprechenden Rechtsfolgen sind für beide Parteien eines Auftragsverhältnisses vorteilhaft. Bei Wegbedingung des jederzeitigen Widerrufs- oder Kündigungsrecht kann der Auftraggeber Realerfüllung verlangen und auf der anderen Seite der Auftragnehmer das positive Interesse oder auch, sofern vereinbart, eine Konventionalstrafe bei Vertragsbruch. **Damit wird in Bezug auf dauerhafte Dienstleistungsverträge Rechtssicherheit geschaffen.**

Darüber hinaus wird auch begrüsst, dass keine unterschiedliche Regelung für typische und atypische Aufträge vorgeschlagen wird. Dies brächte erhebliche Rechtsunsicherheiten mit sich.

Auch wenn vertraglich das jederzeitige Beendigungsrecht wegbedungen wurde, so kann ein Dauerschuldverhältnis dennoch jederzeit beendet werden gestützt auf Art. 19 Abs. 2 OR (bei Verstoss gegen die guten Sitten und/oder gegen das Recht der Persönlichkeit mit der Rechtsfolge der Nichtigkeit) und gestützt auf Art. 27 ZGB (Schutz vor übermässiger Bindung, die eine weitere Vertragserfüllung unzumutbar machen). Damit besteht auch bezüglich vertraglicher Bindungswirkung ausreichender Schutz beider Parteien.

4. Revision unterstützt eine liberalere, freie Ausgestaltung des Vertrages

Damit sichergestellt wird, dass die stärkere vertragliche Bindung auch tatsächlich dem Willen beider Vertragsparteien entspricht, sind nach der Revision solche Abreden in allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) nichtig, d.h. sie sind unwirksam. Dies ist wichtig, weil für gewisse Verhältnisse eine stärkere vertragliche Bindung gar nicht erwünscht ist. Indem das jederzeitige Widerrufs- und Beendigungsrecht nach wie vor als Grundregel bestehen bleibt, aber dispositiv wird, wird berücksichtigt, dass ein solches z.B. bei höchstpersönlichen Aufträgen mit besonderen Vertrauensverhältnissen wie mit einem Anwalt oder Arzt nach wie vor angemessen ist. Auch werden damit kleinere und mittlere Unternehmen, welche marktmächtigeren Vertragsparteien gegenüberstehen, geschützt. Damit einhergehend sind auch Vereinbarungen in den AGB, welche die Rechtsfolgen zulasten der beendigenden Partei verschärfen, nichtig.

In diesem Zusammenhang ist wichtig, dass es sich um verhandelte Vertragsinhalte handelt, ansonsten man Gefahr läuft, dass zum Beispiel Formularverträge, die für eine unbestimmte Vielzahl künftiger Verträge mit einer unbestimmten Anzahl von Vertragspartnern als AGB gewertet werden und in der Folge nichtig sind. Deshalb wird bei Massendienstleistungen nach wie vor ein jederzeitiges Widerrufs- und Kündigungsrecht bestehen, welches als Rechtsfolge wie bis anhin nur das negative Interesse verlangen kann. Vorteil dieser Regelung ist jedoch, dass solche Abreden dem Parteiwillen entsprechen müssen und so eine gewisse Freiheit bezüglich Vertragsausgestaltung besteht. Insbesondere wird damit komplexen Dauerdienstleistungsverträgen Rechnung getragen.

Zudem wird es möglich sein lediglich die Rechtsfolgen abzuändern, d.h. die Vereinbarung des Ersatzes des positiven Interesses im Falle der vorzeitigen Beendigung und damit insbesondere auch die Vereinbarung einer Konventionalstrafe. Dadurch wird auch in diesem Bereich eine liberalere bzw. freie Ausgestaltung des Vertrages möglich gemacht.

5. Fazit

Der SBV begrüsst die Bestrebungen, das Auftragsrecht an die heutigen Gegebenheiten anzupassen und insbesondere die freie Möglichkeit der Parteien Beendigungsmöglichkeiten und deren Rechtsfolgen zu vereinbaren. Insbesondere im stark wachsenden Dienstleistungssektor und damit einhergehenden stark zunehmender Anwendungsbereich des Auftragsrechts ist es an der Zeit sich von der zwingenden Natur des Widerrufs- und Kündigungsrecht zu verabschieden und eine zeitgemässe Regelung einzuführen.

Wir danken Ihnen, dass Sie unsere Anträge, Bemerkungen und Begründungen berücksichtigen. Für weitere Fragen und Konsultationen stehen wir Ihnen gerne zur Verfügung.

Freundliche Grüsse

Schweizerischer Baumeisterverband



Patrick Hauser
Vizedirektor SBV



Romina Harast
Leiterin Rechtsdienst SBV