
Änderung des Obligationenrechts (Auftragsrecht)

Erläuternder Bericht

September 2016

Übersicht

Ausgangslage

Die Motion Barthassat (11.3909) beauftragt den Bundesrat, dem Parlament eine Änderung von Artikel 404 des Obligationenrechts (OR) zu unterbreiten, damit dieser Artikel den wirtschaftlichen und rechtlichen Gegebenheiten unserer Zeit entspricht. Diese Änderung soll es den Parteien ermöglichen, ein dauerhaftes Auftragsverhältnis einzugehen.

Nach Artikel 404 Absatz 1 OR kann der Auftrag jederzeit beendet werden. Absatz 2 dieser Bestimmung sieht vor, dass bei einer Beendigung zur Unzeit zwar Schadenersatz geschuldet ist. Entgangener Gewinn ist jedoch nicht ersatzfähig. Gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts darf das jederzeitige Beendigungsrecht weder wegbedungen noch eingeschränkt werden. Die grosse praktische Bedeutung dieser Bestimmung rührt daher, dass das Bundesgericht diese jederzeitige Beendigungsmöglichkeit auf eine Vielzahl äusserst unterschiedlicher Vertragsverhältnisse als zwingende Regel anwendet.

Es zeigt sich insbesondere bei komplexen und vorwiegend von kommerziellen Interessen geprägten Dienstleistungsverträgen – zu denken ist etwa an IT-Dienstleistungs- oder Forschungs- und Entwicklungsverträge –, dass die zwingende Anwendung von Artikel 404 OR den Verhältnissen nicht gerecht wird. Die Parteien tätigen bei solchen Vertragsverhältnissen grosse Investitionen und haben ein Interesse an einer verbindlichen, grundsätzlich unkündbaren Vertragsdauer. Dass in diesen Fällen keine stärkere vertragliche Verbindlichkeit gültig vereinbart werden kann, schadet der Schweiz als Wirtschaftsstandort. Das jederzeitige Beendigungsrecht führt aber auch in vielen Fällen zu passenden Resultaten. Der Inhalt des Auftrags ist zu Beginn oft relativ unbestimmt und sein Verlauf entsprechend nur beschränkt vorhersehbar. Gerade in solchen Fällen ist Artikel 404 OR eine angemessene Beendigungsregel, die beibehalten werden soll.

Inhalt der Vorlage

Um diesen unterschiedlichen Interessen gerecht zu werden, wird vorgeschlagen, Artikel 404 OR in der bestehenden Fassung als Grundregel beizubehalten, jedoch nur noch als dispositives Recht. Die Parteien sollen das jederzeitige Beendigungsrecht neu wegbedingen oder mittels eigener Beendigungsregeln einschränken können. Wegen der damit möglichen stärkeren vertraglichen Bindung und mit Blick darauf, dass es Vertragsverhältnisse gibt, welche die jederzeitige Beendigungsmöglichkeit nach wie vor erfordern, sollen vom Gesetz abweichende Parteivereinbarungen unwirksam sein, wenn sie in allgemeinen Geschäftsbedingungen enthalten sind.

Inhaltsverzeichnis

<i>Übersicht</i>	2
1 Ausgangslage	4
1.1 Motion Barthassat (11.3909)	4
1.2 Der Auftrag im Schweizer Recht	4
1.3 Recht zur jederzeitigen Beendigung des Auftrags nach Artikel 404 OR	5
1.3.1 Allgemeines	5
1.3.2 Zwingende Natur des Beendigungsrechts gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts	5
1.3.3 Anwendungsbereich	6
1.4 Schadenersatz nach Artikel 404 Absatz 2 OR wegen Beendigung zur Unzeit	8
1.5 Mängel der geltenden Regelung	9
1.5.1 Kritik an der Rechtsprechung des Bundesgerichts	9
1.5.2 Anpassungsbedarf	11
2 Die vorgeschlagene Neuregelung	13
2.1 Begründung und Bewertung der vorgeschlagenen Lösung	13
2.1.1 Keine zwingende jederzeitige Beendigungsmöglichkeit	13
2.1.2 Jederzeitiges Beendigungsrecht als dispositive Grundregel – mit Einschränkungen	16
2.2 Erläuterungen der neuen Bestimmungen	17
3 Auswirkungen	20
3.1 Auswirkungen auf den Bund	20
3.2 Auswirkungen auf Kantone und Gemeinden	20
3.3 Auswirkungen auf die Volkswirtschaft	20
3.4 Auswirkungen auf die Gesellschaft	21
4 Übergangsrecht	22
5 Verfassungs- und Gesetzmässigkeit	22

1 Ausgangslage

1.1 Motion Barthassat (11.3909)

Am 29. September 2011 reichte der damalige Nationalrat Barthassat die Motion «Artikel 404 OR. Anpassung an die Erfordernisse des 21. Jahrhunderts» (11.3909) ein. Nachdem der Bundesrat am 23. November 2011 die Annahme der Motion empfohlen hatte, wurde diese vom Nationalrat am 23. Dezember 2011¹ und vom Ständerat am 27. September 2012² angenommen und an den Bundesrat überwiesen.

Die Motion lautet:

«Der Bundesrat wird beauftragt, dem Parlament eine Änderung von Artikel 404 des Obligationenrechts (OR) zu unterbreiten, damit dieser Artikel wieder den wirtschaftlichen und rechtlichen Gegebenheiten unserer Zeit entspricht. Diese Änderung soll es den Parteien ermöglichen, ein wahrhaft dauerhaftes Auftragsverhältnis einzugehen.»

Der Motionär begründete seinen Vorstoss damit, dass Artikel 404 des Obligationenrechts vom 30. März 1911 (OR)³ überholt sei. Der Auftrag sei dasjenige Rechtsverhältnis, welches bei allen Dienstleistungsverträgen zur Anwendung gelange. Artikel 404 OR sehe für sämtliche Aufträge ein jederzeitiges Beendigungsrecht beider Parteien vor, welches gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts zwingend sei und nicht wegbedungen oder eingeschränkt werden könne. Damit könnten die Vertragsparteien weder einen dauerhaften Auftrag abschliessen, noch eine Konventionalstrafe vereinbaren, welche einen allfälligen entgangenen Gewinn ausgleichen würde. Diese Rechtslage stosse in der Lehre nicht nur überwiegend auf Kritik, sondern sei innerhalb Europas auch ein Sonderfall und halte Investoren von der Schweiz und ihrer Rechtsordnung fern. Die Parteien eines Auftrages sollten die Möglichkeit haben, auf dieses Beendigungsrecht zu verzichten, indem sie die Dauer eines Auftrags sowie eine Konventionalstrafe für den vorzeitigen Rücktritt einer Partei vom Auftrag wirksam vereinbaren könnten. Dies würde es den Parteien erlauben, für die Dauer ihres Vertragsverhältnisses zu planen.

1.2 Der Auftrag im Schweizer Recht

Der Auftrag (Art. 394 ff. OR) ist die allgemeinste Form eines Dienstleistungsvertrags im Schweizer Recht. Durch ihn verpflichtet sich der Beauftragte, die ihm übertragenen Geschäfte oder Dienste vertragsgemäss zu besorgen (Art. 394 Abs. 1 OR). Der Auftrag kann entgeltlich oder unentgeltlich sein (vgl. Art. 394 Abs. 3 OR) und jedes Tun, seien es Tat- oder Rechtshandlungen, zum Gegenstand haben. Dabei kann der Auftrag die Ausführung einer einmaligen Tätigkeit umfassen oder aber als Dauerauftrag ausgestaltet sein.⁴

¹ AB 2011 N 2263

² AB 2012 S 923

³ SR 220

⁴ Vgl. zum Dauerauftrag Urteil des Bundesgerichts vom 10. April 2002, Nr. 4P.28/2002, E. 3c/bb; Urteil des Bundesgerichts vom 27. September 2002, Nr. 4C.125/2002, E. 2; Urteil des Bundesgerichts vom 7. Februar 2002, Nr. 4C.316/2001, E. 1b.

Der Auftrag ist inhaltlich oft relativ unbestimmt ausgestaltet und mehrheitlich zweckgerichtet. Der Vertragsgegenstand ist vielfach nicht zum Voraus bestimmt, sondern wird durch den vom Auftraggeber angestrebten Zweck konkretisiert. Der anzustrebende Zweck ergibt sich aus den Interessen des Auftraggebers. Der Beauftragte hat alles Mögliche zu tun, um den angestrebten Zweck zu erreichen. Er ist damit bloss zu einem sorgfältigen Tätigwerden im Interesse des Auftraggebers verpflichtet. Ein bestimmter Erfolg ist – im Gegensatz beispielsweise zum Werkvertrag – nicht geschuldet. Dementsprechend kommt beim Auftrag eine Sorgfalts- und keine Erfolgshaftung zum Tragen.⁵ In der Regel liegt insbesondere dann ein Auftrag (und kein Werkvertrag) vor, wenn das Erfolgsrisiko seiner Natur nach nicht beherrschbar ist oder wenn das Arbeitsergebnis nicht anhand objektiver Kriterien überprüft werden kann.⁶

1.3 **Recht zur jederzeitigen Beendigung des Auftrags nach Artikel 404 OR**

1.3.1 **Allgemeines**

Gemäss Artikel 404 OR kann jede Vertragspartei den Auftrag jederzeit widerrufen oder kündigen⁷ (Abs. 1). Das Beendigungsrecht besteht voraussetzungslos, d.h. es kann grundsätzlich jederzeit und ohne Grund ausgeübt werden. Bei Beendigung des Auftrags nach Artikel 404 OR wird der Vertrag mit Wirkung *ex nunc* aufgelöst.⁸ Damit endet die Pflicht zur weiteren Ausführung des Auftrags. Die zu diesem Zeitpunkt bereits getätigten Arbeiten sind zu honorieren, und der Beauftragte untersteht für seine bisherigen Tätigkeiten den auftragsrechtlichen Pflichten, beispielweise der Pflicht zur Rechenschaftsablage gegenüber dem Auftraggeber und zur Herausgabe des im Zusammenhang mit dem Auftrag Erworbenen (Art. 400 OR).

1.3.2 **Zwingende Natur des Beendigungsrechts gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts**

Gemäss konstanter Rechtsprechung des Bundesgerichts ist das Beendigungsrecht nach Artikel 404 Absatz 1 OR *zwingender Natur* und kann somit weder vertraglich wegbedungen noch eingeschränkt werden.⁹ Das Bundesgericht hat Artikel 404 OR erstmals in einem Entscheid aus dem Jahre 1933 unter Berufung auf zwei Lehrmeinungen zum damaligen Recht für zwingend erklärt.¹⁰ Der erste Entscheid mit einge-

⁵ Vgl. zu den Typenmerkmalen des Auftrags ausführlich *Fellmann*, Art. 394 N 91 ff. und *Hofstetter*, S. 35 ff.

⁶ BGE 109 II 36; 127 III 329 ff.; *Hofstetter*, S. 19 f.; *Werro*, mandat, N 102 ff.

⁷ Gemäss der Terminologie des Gesetzes *widerruft* der Auftraggeber den Auftrag, während der Beauftragte ihn *kündigt*; gemeint ist in beiden Fällen jedoch dasselbe; vgl. BSK-*Weber*, Art. 404 N 2 und CR-*Werro*, Art. 404 N 2.

⁸ BSK-*Weber*, Art. 404 N 7 und 15; CR-*Werro*, Art. 404 N 5.

⁹ Vgl. m.w.H. z.B. Urteil des Bundesgerichts vom 13. Februar 2014, Nr. 4A_284/2013, E. 3.5.1; Urteil des Bundesgerichts vom 10. Februar 2009, Nr. 4A_437/2008, E. 1.3 f.; BGE 115 II 465 ff.; 109 II 467; 106 II 159 f.

¹⁰ Vgl. BGE 59 II 261. Eine der beiden dort zitierten Meinungen, nämlich *Becker*, Art. 404 N 8, sprach sich im Übrigen gar nicht für eine vollständig zwingende Natur von Art. 404 OR aus. Nach *Becker* ist Art. 404 OR nur zwingendes Recht, soweit die freie Widerruflichkeit entsprechend der allgemeinen Regel von Art. 19 OR um der Persönlichkeit der beiden Parteien willen geboten ist.

hender Begründung erging im Jahre 1972.¹¹ In diesem Entscheid begründete das Bundesgericht die zwingende Natur des jederzeitigen Beendigungsrechts mit dem *persönlichen Vertrauensverhältnis*, welches dem Auftrag zugrunde liege. In einem späteren Leitentscheid begründete das Bundesgericht seine Rechtsprechung dann noch einmal ausführlich.¹² Darin verwies es wiederum auf das besondere Vertrauensverhältnis und argumentierte, dass es keinen Sinn habe, den Vertrag noch aufrechterhalten zu wollen, wenn das Vertrauensverhältnis zwischen den Parteien zerstört sei. Es stellte in diesem Entscheid auch klar, dass das jederzeitige Auflösungsrecht zwingend sei und sowohl reine Auftragsverhältnisse als auch gemischte Verträge betreffe, für welche hinsichtlich der zeitlichen Bindung der Parteien die Bestimmungen des Auftragsrechtes als sachgerecht erscheinen. Die bereits damals in der Lehre verlangte Beschränkung der zwingenden Natur des jederzeitigen Beendigungsrechts auf typische Aufträge, namentlich unentgeltliche oder höchstpersönliche Aufträge, lehnte das Bundesgericht ab. Nach Ansicht des Bundesgerichts liess der klare Wortlaut des Gesetzes eine Differenzierung nicht zu, und eine Abwendung von der bisherigen Praxis sei mit dem Gebot der Rechtssicherheit nicht zu vereinbaren. Eine Differenzierung nach systematisch klaren Grundsätzen sei ausserdem nicht möglich, sondern müsste sich ausgesprochen am Einzelfall orientieren. Trotz Kritik der Lehre hält das Bundesgericht seither an dieser Rechtsprechung fest.¹³

1.3.3 Anwendungsbereich

Gemäss Artikel 394 Absatz 2 OR unterstehen sämtliche Verträge über Arbeitsleistung, die keinem anderen gesetzlich geregelten Vertragstypus (beispielsweise Arbeitsvertrag oder Werkvertrag) zuzuordnen sind, den Vorschriften über den Auftrag und damit auch Artikel 404 OR. Somit würden *sämtliche* Dienstleistungsverträge, welche nicht als andere gesetzliche Vertragstypen zu qualifizieren sind, als Aufträge gelten. Allerdings kennt unsere Rechtsordnung die sogenannte Typenfreiheit, wonach auch gesetzlich nicht geregelte Verträge abgeschlossen werden können (sogenannte Innominatverträge). Nachdem die frühere Rechtsprechung des Bundesgerichts Innominatverträge im Bereich von Arbeitsleistungen mit Blick auf die erwähnte Regelung ablehnte, lässt sie diese nun seit einiger Zeit in Übereinstimmung mit der herrschenden Lehre zu.¹⁴ Dabei sollen das Auftragsrecht bzw. einzelne Normen davon insoweit Anwendung finden, als dies im konkreten Fall sachgerecht erscheint.¹⁵ Das Bundesgericht wendet insbesondere Artikel 404 OR regelmässig als zwingende Norm auf Innominatverträge über Arbeitsleistungen an, für welche ihm hinsichtlich der zeitlichen Bindung der Parteien die Bestimmungen

¹¹ BGE 98 II 308.

¹² BGE 115 II 466 ff.

¹³ Vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 10. Februar 2009, Nr. 4A_437/2008, E. 1.4 f. und aus jüngster Zeit etwa Urteil des Bundesgerichts vom 13. Februar 2014, Nr. 4A_284/2013, E. 3.5.1 und Urteil des Bundesgerichts vom 26. Mai 2014, Nr. 5A_106/2014, E. 7.3.

¹⁴ Änderung der Rechtsprechung in BGE 109 II 465 f.

¹⁵ Beispielsweise sollen auf einen Architektenvertrag, in dessen Rahmen der Architekt mit der Projektierung und Ausführung der Baute insgesamt beauftragt ist, betreffend Planfehler die entsprechenden werkvertraglichen Regeln (Art. 367 ff. OR) und betreffend eine unsorgfältige Bauaufsicht die auftragsrechtlichen Sorgfaltspflichten (Art. 398 OR) Anwendung finden (BGE 109 II 466).

des Auftragsrechts sachgerecht erscheinen. Dies ist bei gemischten Verträgen, die sich unter anderem aus Elementen des Auftrages zusammensetzen, oft der Fall.¹⁶

Unter den Anwendungsbereich von Artikel 404 OR fallen damit die verschiedensten Rechtsverhältnisse, entgeltliche wie unentgeltliche, solche im höchstpersönlichen und solche im rein kommerziellen Bereich. Unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten sind Geschäfte unterschiedlichster Bedeutung betroffen. So unterstehen einmalige Dienstleistungen von Privatpersonen, Kleinunternehmen und selbstständig Erwerbstätigen ebenso dem Auftragsrecht wie langjährige Vertragsbeziehungen zwischen international tätigen Grossunternehmen. Angesichts der Grösse und Ausdifferenzierung des heutigen Dienstleistungssektors ist eine abschliessende Aufzählung nicht möglich. Die volkswirtschaftliche Bedeutung solcher Verträge und damit auch der auftragsrechtlichen Bestimmungen kann vor diesem Hintergrund jedenfalls kaum überschätzt werden. So finden auftragsrechtliche Bestimmungen beispielsweise Anwendung auf den Vertrag über ein Girokonto, die externe Immobilienverwaltung, die Anlageberatung und Vermögensverwaltung, die ärztliche Behandlung, das Mandatsverhältnis mit einem Anwalt oder einer Anwältin, den Personentransport, oder den Vertrag mit einem Architekten, einer Architektin; Anwendung finden auftragsrechtliche Bestimmungen auch auf Management- und Beratungsverträge, Verträge zur Erstellung von Gutachten sowie auf viele mehr. Daneben stellt sich die Frage der Anwendung des Auftragsrechts auch im Zusammenhang mit neueren Erscheinungen in der Wirtschaftswelt. Betroffen sind insbesondere Zusammenarbeitsverträge zwischen Unternehmen, beispielsweise Forschungs- und Entwicklungsverträge, Outsourcingverträge, IT-Dienstleistungsverträge¹⁷ und viele andere in der Praxis oftmals als «Serviceverträge» bezeichnete Vertragsverhältnisse. Der Anwendungsbereich von Artikel 404 OR hat damit durch die neuere Entwicklung im Dienstleistungssektor und dessen starkem Wachstum im Vergleich zur Zeit seiner Entstehung stark zugenommen.¹⁸

¹⁶ *Bejaht* z.B. für: Architektengesamtvertrag: BGE **109** II 465 f. und **127** III 544 f.; Liegenschaftsverwaltungsvertrag: **106** II 159 f.; Musikmanagement-Vertrag: **104** II 108 f.; Unterrichts- und Internatsvertrag: Urteil des Bundesgerichts vom 6. Juli 2011, Nr. 4A_141/2011, E. 2.2 und Urteil des Bundesgerichts vom 29. Juli 2008, Nr. 4A_237/2008, E. 3.2; Kooperationsvertrag zwischen Depotbanken und Vermögensverwaltern: Urteil des Bundesgerichts vom 31. März 2005, Nr. 4C.447/2004, E. 3.2 und 5.2; Zusammenarbeitsvertrag über die Verwaltung von Immobilien: Urteil des Bundesgerichts vom 13. Februar 2014, Nr. 4A_284/2013, E. 3.5.2; *verneint* z.B. für: Chartervertrag: BGE **115** II 111; Vertrag über den Anschluss eines Arbeitgebers an eine Sammelstiftung: **120** V 305; Franchisingvertrag: Urteil des Bundesgerichts vom 11. Oktober 2000, Nr. 4C.228/2000, E. 3.a und 4.; Vertrag über diverse Rechte zur exklusiven und nicht-exklusiven Vermarktung von Werbeflächen und Werbemitteln: Urteil des Bundesgerichts vom 15. Januar 2010, Nr. 4A_401/2009, E. 1.1.2; Lizenz- und Alleinvertriebsvertrag: BGE **133** III 365 f.; Mietvertrag über eine (Familien-) Wohnung wobei der Mietzins durch die Verwaltung von Liegenschaften abgegolten wurde: Urteil des Bundesgerichts vom 29. Januar 2007, Nr. 4C.373/2006, E. 4.3.

¹⁷ Vgl. *Liatowitsch/Mondini*, S. 294.

¹⁸ Das heutige Auftragsrecht (Art. 394 ff. OR) entspricht in seinem Wortlaut weitestgehend dem Obligationenrecht von 1881 (AS **1874–1881** V 635 ff.).

1.4

Schadenersatz nach Artikel 404 Absatz 2 OR wegen Beendigung zur Unzeit

Ein Auftrag kann gemäss Artikel 404 Absatz 1 OR jederzeit beendet werden. Erfolgt dies jedoch zur Unzeit, so wird die beendigende Partei gemäss Absatz 2 derselben Bestimmung schadenersatzpflichtig.

Unzeitig ist eine Beendigung dann, wenn die eine Partei den Auftrag ohne sachlich vertretbaren oder wichtigen Grund beendet und durch die Beendigung der anderen Partei besondere Nachteile verursacht. Ein sachlich vertretbarer oder wichtiger Grund liegt insbesondere dann vor, wenn die Gegenseite Anlass zur Vertragsauflösung gegeben hat. Besondere Nachteile können einer Partei dann entstehen, wenn sie zum Zeitpunkt der Kündigung im Hinblick auf den Fortbestand des Auftragsverhältnisses bereits Dispositionen getätigt hat.¹⁹ Als unzeitig wird in der Praxis zum Beispiel eine Vertragsbeendigung qualifiziert, welche aus rein wirtschaftlichen Überlegungen erfolgt und nicht aus Gründen, die das Vertrauensverhältnis zwischen den Parteien betreffen.²⁰

Der Schadenersatz umfasst nur den Schaden, welcher der Gegenpartei entstanden ist, weil die Beendigung zur Unzeit erfolgte. Dies umfasst grundsätzlich nur das sogenannte *negative Interesse*.²¹ Demnach sind der Gegenpartei nutzlos gewordene Aufwendungen und Dispositionen, welche sie im Vertrauen auf den Fortbestand des Auftrags getroffen hat, sowie Unkosten, die ihr im Hinblick auf den Auftrag entstanden sind, durch die beendigende Partei zu entschädigen. Das Honorar ist anteilig nur für bereits geleistete Tätigkeiten geschuldet. Das gesamte vereinbarte Honorar kann im Rahmen des negativen Interesses dagegen nicht unter dem Titel des Schadenersatzes gefordert werden.

Entgangener Gewinn aus dem beendigten Auftrag könnte nur im Rahmen des sogenannten *positiven Interesses* verlangt werden. Bei Schadenersatz auf das positive Interesse wäre die andere Partei so zu stellen, wie wenn der Auftrag vollständig und korrekt ausgeführt worden wäre. Solches zu vereinbaren ist unter der geltenden Rechtslage jedoch nicht möglich. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts stellt die Vereinbarung von Schadenersatz für entgangenen Gewinn aus dem beendigten Auftrag (und gleichermassen auch die Vereinbarung einer bedingungslos geschuldeten Konventionalstrafe bei vorzeitiger Auftragsbeendigung) eine Einschränkung des Beendigungsrechts dar und ist deswegen unzulässig. Insoweit ist auch Absatz 2 von Artikel 404 zwingendes Recht, und es kann nicht mittels Parteivereinbarung davon abgewichen werden. Eine Konventionalstrafe ist nach der Rechtsprechung nur insoweit gültig, als sie nicht über den Rahmen hinausgeht, der sich aus Artikel 404 Absatz 2 ergibt.²² Sie kann also zulässig sein, wenn sie nur den Ersatz der besonderen Nachteile infolge der unzeitigen Beendigung umfasst.

¹⁹ Vgl. BSK-Weber, Art. 404 N 16; BGE 110 II 383; Urteil des Bundesgerichts vom 29. Juli 2008, Nr. 4A_237/2008, E. 3.2; Urteil des Bundesgerichts vom 6. Juli 2011, 4A_141/2011, E. 2.4; Urteil des Bundesgerichts vom 8. Oktober 2012, Nr. 4A_294/2012; 4A_300/2012, E. 7.2.

²⁰ BGE 109 II 469.

²¹ Vgl. BSK-Weber, Art. 404 N 17; Urteil des Bundesgerichts vom 13. Februar 2014, Nr. 4A_284/2013, E. 3.6.1.

²² M.w.H. BGE 109 II 467 f., 469 ff.; 110 II 383, 386; Urteil des Bundesgerichts vom 29. Juli 2008, Nr. 4A_237/2008, E. 3.4 f.; Urteil des Bundesgerichts vom 13. Februar 2014, Nr. 4A_284/2013, E. 3.6.1.

Im Rahmen des negativen Interesses kann jedoch derjenige Gewinn als ersatzfähiger Schaden geltend gemacht werden, welcher der Gegenpartei durch die Ablehnung eines anderen Auftrages zugunsten des nunmehr beendigten Auftrages entgangen ist, soweit sie die durch die Beendigung entstandenen freien Kapazitäten nicht anderweitig gewinnbringend einsetzen kann.²³

1.5 Mängel der geltenden Regelung

1.5.1 Kritik an der Rechtsprechung des Bundesgerichts

Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zur zwingenden Natur von Artikel 404 OR (vgl. 1.3.2) wird von grossen Teilen der neueren Lehre kritisiert.²⁴ Die Ansicht des Bundesgerichts, wonach Artikel 404 OR für alle Aufträge zwingend sei, wurde vor allem in der älteren Lehre vertreten.²⁵ Der älteren Lehre kann angesichts des erheblichen Bedeutungszuwachses des Auftragsrechts (vgl. 1.3.3) heute jedoch nicht mehr ohne Weiteres gefolgt werden. Nachfolgend wird deshalb vor allem die neuere Lehre dargestellt.

Nach Ansicht vieler Lehrmeinungen ist ein zwingendes jederzeitiges Beendigungsrecht zumindest für einen Teil der dem Auftragsrecht unterstehenden Verträge sachlich nicht gerechtfertigt und widerspricht in der überwiegenden Zahl der Fälle den tatsächlichen Parteiinteressen. Die Vertragsfreiheit würde damit ungerechtfertigterweise beschränkt und der Grundsatz *pacta sunt servanda* zu stark relativiert. Wegen der zwingenden Natur von Artikel 404 OR hätten auch viele rein kommerzielle Dienstleistungsverträge nur eine sehr beschränkte Bindungswirkung, was die schweizerische Rechtsordnung für potenzielle Vertragsparteien unattraktiv mache und somit der Schweiz als Wirtschaftsstandort schade.²⁶ Auch die Konsequenz der Rechtsprechung, wonach Schadenersatz gemäss Artikel 404 Absatz 2 OR zwingend nur für das negative Interesse zu leisten und eine darüber hinausgehende Konventionalstrafe unzulässig sei, wird kritisiert.²⁷

Ein Teil der Lehre hält dafür, dass Artikel 404 OR nur für *unentgeltliche* oder *typische* Auftragsverhältnisse zwingend, im Übrigen jedoch dispositiver Natur sein sollte²⁸ und damit je nach Art des Vertragsverhältnisses differenziert werden müsse.²⁹ Unter typischen Auftragsverhältnissen werden dabei solche Rechtsbeziehungen verstanden, die von einem *besonderen Vertrauensverhältnis* zwischen Auftraggeber und Beauftragtem geprägt sind. Gemeint sind damit beispielsweise der Vertrag mit einer Ärztin oder einem Arzt oder das Anwaltsmandat. Nur in solchen Fällen sei es gerechtfertigt und entspreche es den Parteiinteressen, dass der Auftrag jederzeit beendet werden könne. Dienstleistungen, welche nicht von einem besonderen

²³ Urteil des Bundesgerichts vom 13. Februar 2014, Nr. 4A_284/2013, E. 3.6.1.

²⁴ Vgl. die nachstehenden Ausführungen mit den entsprechenden Hinweisen in den Fussnoten 24–34.

²⁵ Vgl. z.B. *Gautschi*, Art. 404 N 10 ff.; *Oser/Schönenberger*, Art. 404 N 2 und die dort zitierten Lehrmeinungen.

²⁶ Vgl. etwa *Gauch*, S. 13 ff. und S. 20 f.; *Fellmann*, Art. 404 N 121 f.; *Liatowitsch/Mondini*, S. 294; *Reber*, S. 526; *BSK-Weber*, Art. 404 N 9; *Weber*, AJP, S. 187; *Werro/Carron/Douzals*, S. 218

²⁷ Vgl. z.B. *Gauch*, S. 15.

²⁸ Vgl. etwa *Bucher*, OR BT, S. 228; *Engel*, S. 510; *Honsell*, S. 337 ff.;

Mondini/Liatowitsch, S. 299 f.; *Peyer*, S. 183 ff.

²⁹ *Huguenin*, N 3310 f.

Vertrauensverhältnis geprägt sind, sollten demgegenüber nicht jederzeit beendet werden können. Als Beispiele werden dabei insbesondere das Verhältnis zwischen dem Architekten oder der Architektin und dem Bauherrn, der Bauherrin genannt sowie sogenannte *rein kommerzielle* Aufträge, bei welchen das persönliche Verhältnis zwischen den Parteien gegenüber ihren beiderseitigen wirtschaftlichen Interessen am Auftrag in den Hintergrund tritt. Angesichts der Tatsache, dass das Vertrauenselement gerade bei den freien Berufen oftmals schwerpunktmässig beim Auftraggeber vorhanden und überdies der Beauftragte verpflichtet ist, das Interesse des Auftraggebers über sein eigenes Fortführungsinteresse zu stellen, wird zum Teil noch weiter differenziert: So soll auch bei entgeltlichen typischen Aufträgen das Beendigungsrecht des Beauftragten grundsätzlich dispositiver Natur sein, es sei denn, das Vertrauen des Auftraggebers in den Auftraggeber sei ebenfalls stark ausgeprägt.³⁰

Dem steht eine andere Lehrmeinung gegenüber, wonach Artikel 404 OR *vollständig dispositives Recht* sein soll und es also möglich sein müsse, bei sämtlichen Aufträgen – auch bei sogenannten *typischen* Aufträgen – eine bestimmte Vertragsdauer oder eine Kündigungsfrist wirksam zu vereinbaren.³¹ Diese Lehrmeinung wird damit begründet, dass es den typischen Auftrag im Schweizer Recht nicht gebe, sondern eine Vielfalt von Verträgen als Aufträge qualifiziert würde und nur bei den wenigsten davon die jederzeitige Beendbarkeit den effektiven Parteiinteressen entspreche.³² Ausserdem könne das Vertrauensverhältnis zwischen den Parteien einer jederzeitigen Beendbarkeit gerade entgegenstehen.³³ Dieser Auffassung sei umso mehr zu folgen, als mit Artikel 27 Absatz 2 des Zivilgesetzbuches vom 10. Dezember 1907 (ZGB)³⁴ und Artikel 19 Absatz 2 OR ein entsprechendes gesetzliches Regulativ vorhanden sei. Demnach kann sich niemand seiner Freiheit entäussern oder sich in ihrem Gebrauch in einem das Recht oder die Sittlichkeit verletzenden Grade beschränken. Eine von Artikel 404 Absatz 1 OR abweichende Parteiabrede im Rahmen typischer Aufträge könne unter dem Gesichtspunkt dieser Grundsätze geprüft und gegebenenfalls als unwirksam erklärt werden. Typische Auftragsverhältnisse, beispielsweise solche mit einer Ärztin, einem Arzt oder einem Anwalt, einer Anwältin könnten demnach jederzeit gekündigt werden, da eine ärztliche Behandlung oder die Vertretung durch einen Anwalt oder eine Anwältin gegen den Willen des Auftraggebers nicht mit dessen Persönlichkeitsrechten vereinbar sei. Ebenso sei nach dieser Norm ein *jederzeitiges Kündigungsrecht aus wichtigem Grund* gewährleistet.

Die beiden Standpunkte lassen sich teilweise nicht klar voneinander abgrenzen: Gewisse Lehrmeinungen verstehen unter typischen Aufträgen solche, bei welchen der *höchstpersönliche* Bereich des Auftraggebers betroffen ist. Artikel 404 OR soll demnach nur in denjenigen Bereichen zwingender Natur sein, in denen dies die Persönlichkeitsrechte der Parteien erfordern.³⁵ Dann nähert sich diese Ansicht zumindest im Ergebnis weitgehend der zweiten Lehrmeinung an.

³⁰ Bühler, Art. 377 N 63; Leuenberger, S. 32 und 42; Gehrer/Giger, Art. 404 N 8; Terrier/Favre, N 5296 ff.; vgl. auch CR-Werro, Art. 404 N 6 f.

³¹ Vgl. insbesondere Fellmann, Art. 404 N 131 ff.; Gauch, S. 15 ff.; Schneeberger, S. 255 ff.;

³² Fellmann, Art. 394 N 87; Gauch, S. 14.

³³ Gauch, S. 19.

³⁴ SR 210

³⁵ Vgl. dazu BSK-Weber, Art. 404 N 10 und Koller-Tumler, S. 55 f.; mit weiteren Differenzierungen auch Derendinger, N 60 ff.

Eine weitere Lehrmeinung schlägt sodann vor, zwischen dem *Beendigungsrecht* und der *Beendigungsmacht* zu unterscheiden.³⁶ Beide Parteien hätten demnach ungeachtet entgegenstehender vertraglicher Abreden die *Macht*, den Auftrag jederzeit zu beenden. Das *Recht* zur Beendigung sei aber durch vertragliche Abreden einschränkbar. Einen Auftrag trotz entgegenstehender vertraglicher Abreden bzw. vor Ablauf seiner vereinbarten Dauer zu beenden sei infolge der Beendigungsmacht zwar möglich, erfolge jedoch ohne Beendigungsrecht, weswegen in einem solchen Fall Schadenersatz geschuldet sein soll.

Vereinzelte Stimmen in der Lehre *relativieren* dagegen die Problematik von Artikel 404 OR und heben insbesondere die Rechtsunsicherheit hervor, welche eine Differenzierung der Natur dieser Bestimmung je nach Auftragsstyp mit sich bringen würde.³⁷ Eine Lehrmeinung sieht die zwingende Natur von Artikel 404 OR als gerechtfertigt, weil der Auftrag an sich ein unvollständiger Vertrag sei und die besonders offene Natur der Aufträge im Einzelnen dazu führe, dass nicht vorgeschrieben werden könne, was richtige Vertragserfüllung sei. Der zwingende Charakter des jederzeitigen Beendigungsrechts müsse daher beibehalten werden. Allerdings wäre es wünschenswert, wenn der Gesetzgeber klarstellen würde, welche Abreden hinsichtlich des Investitionsschutzes zuzulassen wären.³⁸

Die *kantonalen Gerichte* umgehen die bundesgerichtliche Rechtsprechung teilweise, indem sie kommerziell geprägte Dienstleistungsverträge entweder als atypische Aufträge oder als Innominatverträge qualifizieren, auf welche die Anwendung der auftragsrechtlichen Beendigungsregeln nicht sachgerecht sei. In der Lehre wird in diesem Zusammenhang von einer «Flucht aus dem Auftragsrecht» durch die kantonalen Gerichte gesprochen.³⁹

1.5.2 Anpassungsbedarf

Problematisch ist die zwingende Anwendung von Artikel 404 OR in der Praxis insbesondere bei individuell ausgehandelten, komplexen, kommerziell geprägten Dienstleistungsverträgen, beispielsweise bei Managementverträgen, Outsourcingverträgen, gewissen IT-Dienstleistungsverträgen, Forschungs- und Entwicklungsverträgen⁴⁰, teilweise aber auch bei Immobilienverwaltungsverträgen. Solche Verträge sind zwar als Aufträge oder als Innominatverträge mit auftragsrechtlichen Elementen zu qualifizieren, doch entsprechen sie in vielerlei Hinsicht nicht dem Bild des *typischen* Auftrages.

Aufgrund der wirtschaftlichen Bedeutung solcher Verträge für die Parteien und der im Hinblick auf diese Verträge oftmals getätigten erheblichen Dispositionen besteht bei solchen Vertragsverhältnissen in der Regel ein grosses *beidseitiges* Interesse an einer verbindlichen, unkündbaren Vertragsdauer:

³⁶ *Werro*, Baurecht, S. 55 ff.; CR-*Werro*, Art. 404 N 6 ff.; *Werro*, mandat, S. 96 ff.; *Werro/Carron/Douzals*, S. 217 ff.

³⁷ Vgl. beispielsweise *Hofstetter*, S. 61 ff.; zurückhaltend auch *Bucher*, S. 288, der hauptsächlich die Anwendung von Artikel 404 OR auf gemischte Verträge kritisch sieht; bezüglich Abgrenzungsprobleme kritisch *Weber*, AJP, S. 187.

³⁸ *Buff/von der Crone*, S. 343.

³⁹ Vgl. bspw. Urteil des Bundesgerichts vom 29. Juli 2008, Nr. 4A_237/2008; Urteil des Bundesgerichts vom 6. Juli 2011, 4A_141/2011; vgl. auch die Übersicht in *Liatowitsch/Mondini*, S. 295 f.

⁴⁰ Vgl. *Liatowitsch/Mondini*, S. 294.

Einerseits ist der *Dienstleistungsnachfrager* davon abhängig, dass der Dienstleistungserbringer ihm mit seinem Spezialwissen und seinen massgeschneiderten Dienstleistungen auch tatsächlich während der gesamten vorgestellten Vertragsdauer zur Verfügung steht. Im Falle der vorzeitigen Beendigung rechtzeitig einen geeigneten Ersatz zu finden, ist oftmals nur schwer oder gar nicht möglich. Erschwerend kommt hinzu, dass selbst bei einer unzeitigen Beendigung gemäss Artikel 404 Absatz 2 OR kein Schadenersatz für das positive Interesse verlangt werden kann (vgl. vorne Ziff. 1.4). Der Dienstleistungsnachfrager hat somit keinen Anspruch, finanziell so gestellt zu werden, wie wenn der Vertrag ordentlich erfüllt worden wäre.

Andererseits ist auch der *Dienstleistungserbringer* oft in erheblichem Masse am Weiterbestand des Vertrages interessiert. Die Regel von Artikel 404 Absatz 2 OR kann im Falle der unzeitigen Vertragsbeendigung durch den Dienstleistungsnachfrager bisweilen zu stossenden Resultaten führen. Bei den eingangs erwähnten Verträgen nimmt die Vertragsanbahnung typischerweise längere Zeit in Anspruch, und das Zustandekommen ist im Voraus ungewiss. Deswegen würde bei solchen Verträgen der Nachweis, dass statt des beendigten Vertrages ein anderer Vertrag abgeschlossen worden wäre, selten gelingen, sodass diesbezüglich kein ersatzfähiger Schaden geltend gemacht werden kann (vgl. vorne Ziff. 1.4). Immerhin sind aber die im Hinblick auf den Vertrag getätigten Dispositionen zu ersetzen.

Aus diesen Gründen besteht in solchen Vertragsbeziehungen oft ein beidseitiges Interesse an einer festen und unkündbaren Vertragsdauer. Da eine solche nach geltendem Recht nicht verbindlich vereinbart werden kann, wird die effiziente Wahrnehmung von spezialisierten Dienstleistungen wie auch die Zusammenarbeit von Unternehmen in vielen Fällen unnötigerweise erschwert.

Die bisherigen Bundesgerichtsentscheide reflektieren das Ausmass dieser Problematik im Übrigen nicht in ihrem vollen Umfang. Gerade die regelmässig zwischen Unternehmen abgeschlossenen Dienstleistungs- und Zusammenarbeitsverträge haben bislang kaum Eingang in die bundesgerichtliche Rechtsprechung gefunden. Die Gründe dafür dürften einerseits sein, dass bei einer drohenden Anwendbarkeit von Artikel 404 OR nicht selten eine ausländische Rechtsordnung gewählt und oftmals eine Schiedsabrede vereinbart werden⁴¹, andererseits wird meist ein grosses Interesse vorhanden sein, allfällige Konflikte einvernehmlich zu regeln und einen gerichtlichen Entscheid zu vermeiden.

Dieser Problematik stehen die typischen Aufträge gegenüber, wie beispielsweise der Vertrag mit einem Anwalt, einer Anwältin, einer Ärztin, einem Arzt oder einem Zahnarzt, einer Zahnärztin, für welche die Regelung von Artikel 404 OR im Ergebnis in der Regel passend erscheint. Das jederzeitige Beendigungsrecht entspricht hier insbesondere den Interessen des Auftraggebers, unter Umständen jedoch auch denjenigen des Beauftragten. Die Regelung von Artikel 404 Absatz 2 OR ist bei solchen Aufträgen weniger problematisch, da diese Dienstleistungserbringer eine vorzeitige Vertragsbeendigung durch Annahme anderer Aufträge in vielen Fällen kompensieren können. Dies gilt beispielsweise für die Zahnärztin oder den Zahnarzt, für die oder den in aller Regel angenommen werden kann, dass sie oder er statt des abgemeldeten Patienten oder der abgemeldeten Patientin ohne Weiteres eine andere Person hätte behandeln können. Gleich verhält es sich bei Anwältinnen und Anwäl-

⁴¹ Vgl. dazu auch *Liatowitsch/Mondini*, S. 294; *Werro/Carron/Douzals*, S. 213 f.

ten, welche statt des entzogenen Mandates die Zeit oftmals einfach für ein anderes Mandat werden aufwenden können und so durch die Vertragsbeendigung gar nicht erst einen Schaden erleiden werden.

Zusammenfassend zeigt sich, dass Artikel 404 OR als zwingende Norm in gewissen Fällen keine angemessene Regelung bereithält. Die gegenwärtige Rechtslage führt in den genannten Fällen zu unbefriedigenden Ergebnissen.

2 Die vorgeschlagene Neuregelung

Das Bundesamt für Justiz (BJ) hat im Rahmen der Ausarbeitung des Vorentwurfs mit den folgenden Fachpersonen aus Lehre und Praxis Gespräche geführt und die damaligen Entwürfe diskutiert:

- Prof. em. Dr. Alexander Brunner, Oberrichter am Handelsgericht Zürich, Titularprofessor an der Universität St. Gallen;
- Prof. em. Dr. Dr. h.c. Peter Gauch, Universität Freiburg;
- Dr. Marlis Koller-Tumler, Vorsitzende und stv. Geschäftsleiterin Schlichtungsbehörde Bern-Mittelland, Präsidentin Eidgenössische Kommission für Konsumentenfragen EKK;
- Prof. Dr. Hubert Stöckli, Universität Freiburg.

Gemäss dem Vorentwurf soll Artikel 404 OR mit seinem bisherigen Wortlaut beibehalten werden. Allerdings sollen die Parteien inskünftig und in Abweichung von der bisherigen Rechtsprechung des Bundesgerichts die Möglichkeit erhalten, davon abweichende Beendigungsregeln zu vereinbaren. Die Bestimmung soll also nicht mehr zwingendes, sondern *dispositives Recht* darstellen. Das Auftragsrecht wird daher mit einem Artikel 404a OR ergänzt, der verdeutlicht, dass das jederzeitige Widerrufs- oder Kündigungsrecht wegbedungen oder eingeschränkt werden kann (Abs. 1). Zusätzlich wird diese Möglichkeit aber wiederum eingeschränkt und im Rahmen von *allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB)* ausgeschlossen (Abs. 2).

Auf eine unterschiedliche Regelung für entgeltliche und unentgeltliche Aufträge wird verzichtet. Ein unentgeltlicher Auftrag kommt im Gegensatz zur blossen Gefälligkeit nur dann zustande, wenn es dem Willen der Parteien entspricht, sich rechtlich zu binden.⁴² Deswegen erscheint es statthaft, dass sie in solchen Fällen auch das jederzeitige Beendigungsrecht wegbedingen oder einschränken können sollen.

2.1 Begründung und Bewertung der vorgeschlagenen Lösung

2.1.1 Keine zwingende jederzeitige Beendigungsmöglichkeit

Das Bundesgericht führt zur Begründung der zwingenden Natur von Artikel 404 OR das *besondere Vertrauensverhältnis* zwischen dem Auftraggeber und dem Beauf-

⁴² BGE 129 III 183; 116 II 696.

tragen an (vgl. 1.3.2). Ob es ein besonderes Vertrauensverhältnis zwischen dem Auftraggeber und dem Beauftragten tatsächlich gibt, kann wohl nicht generell beurteilt werden. Soweit der Beauftragte im höchstpersönlichen Bereich des Auftraggebers tätig wird oder in Geschäftsgeheimnisse Einblick erhält, wird ein gewisses Vertrauen des Auftraggebers in die persönliche Integrität des Beauftragten erforderlich sein. Bei fachlich schwierigen Tätigkeiten wird auch Vertrauen in die fachlichen Kompetenzen des Beauftragten voraussetzen sein. Dann erschweren das Informationsgefälle zwischen Auftraggeber und Beauftragtem, aber auch der Umstand, dass beim Auftrag in der Regel zumeist gar kein bestimmter Arbeitserfolg garantiert werden kann (vgl. 1.2), die objektive Beurteilung der Dienstleistungsqualität erheblich. Es liegt deshalb nahe, dem bei Vertragsschluss erzwungenen Vertrauensvorschluss des Auftraggebers als Korrektiv das Recht zur jederzeitigen Vertragsbeendigung zur Verfügung zu stellen. Das Verhältnis zwischen Auftraggeber und Beauftragtem kann eine Vertragsbeendigung im Einzelfall also durchaus rechtfertigen. Allerdings kann es auch gerade dafür sprechen, dass ein Auftrag nicht jederzeit beendet werden darf. Das Vertrauen des Patienten, der Patientin in die Ärztin oder den Arzt oder dasjenige des Gastes in den Bergführer oder die Bergführerin steht einer plötzlichen Auftragsbeendigung, beispielsweise während der Operation oder mitten auf der Bergtour, zweifellos entgegen.⁴³ Es ist somit heikel zu behaupten, dass dem Vertrauensverhältnis im Auftragsrecht generell eine derart überragende Stellung zukommt, wie dies das Bundesgericht zur Begründung der zwingenden Natur von Artikel 404 OR annimmt.

Es stellt sich allerdings die Frage, ob es zumindest Bereiche gibt, in denen auch in Zukunft ein jederzeitiges Beendigungsrecht zwingend vorgesehen sein muss. Zu denken ist dabei beispielsweise an ein Auftragsverhältnis im höchstpersönlichen Bereich wie dasjenige zwischen einem Arzt oder einer Ärztin und dem Patienten oder der Patientin oder aber auch an Aufträge, welche für eine sehr lange Dauer abgeschlossen werden. In diesem Zusammenhang ist auf die Schranken der allgemeinen Bestimmungen von Artikel 19 Absatz 2 OR und Artikel 27 ZGB zu verweisen, die für alle Parteivereinbarungen gelten:⁴⁴ Gemäss Artikel 19 Absatz 2 OR sind Vereinbarungen der Vertragsparteien unzulässig, wenn sie gegen zwingende gesetzliche Bestimmungen, gegen die öffentlich Ordnung, gegen die guten Sitten oder gegen das Persönlichkeitsrecht verstossen. Gemäss dem Persönlichkeitschutz von Artikel 27 Absatz 2 ZGB kann sich niemand seiner Freiheit entäussern oder sich in ihrem Gebrauch in einem das Recht oder die Sittlichkeit verletzenden Grade beschränken. Verträge, welche den *höchstpersönlichen Kernbereich* einer Person betreffen, sind *sittenwidrig* und damit *nichtig*.⁴⁵ Gestützt auf diese Bestimmungen könnte beispielsweise der Patient oder die Patientin den Auftrag gegenüber dem Arzt oder der Ärztin jederzeit beenden, auch wenn das jederzeitige Beendigungsrecht vertraglich wegbedungen ist.⁴⁶ Gleiches gilt auch ausserhalb des höchstpersönlichen Kernbereichs, wenn das zulässige Mass der vertraglichen Bindung überschritten wird (vgl. Art. 27 Abs. 2 ZGB).⁴⁷ Aus Artikel 27 Absatz 2 ZGB wird ausserdem die Regel abgeleitet, dass Dauerschuldverhältnisse auch ohne explizite gesetzliche Regelung aus *wichtigen Gründen*, welche die weitere Vertragserfüllung unzumutbar

⁴³ Gauch, S. 19.

⁴⁴ Vgl. dazu Gauch, S. 18 f.

⁴⁵ Vgl. Aebi-Müller, Art. 27 N 8; Kut, Art. 19–20 N 31.

⁴⁶ Gauch, S. 19.

⁴⁷ Vgl. dazu Aebi-Müller, Art. 27 N 9 ff.; Kut, Art. 19–20 N 31.

machen, vorzeitig beendet werden können.⁴⁸ Mit diesen allgemeinen Schranken ist ein ausreichender Schutz der Parteien gewährleistet. Für eine weitergehende zwingende Anwendung von Artikel 404 OR besteht vor diesem Hintergrund keine Notwendigkeit.⁴⁹

Die jederzeitige Beendbarkeit steht aber auch im Zusammenhang mit der Grundstruktur des Auftrags als zweckgerichteter Dienstleistungsvertrag ohne Erfolgshaftung, der inhaltlich oft relativ unbestimmt ist (vgl. 1.2).⁵⁰ Er konkretisiert sich in vielen Fällen erst im Laufe seiner Ausführung durch die Handlungen des Beauftragten, die ihrerseits laufend durch äussere Umstände und auch Weisungen des Auftraggebers beeinflusst werden. Es ergibt sich dann ein vielseitiges und im Vornherein kaum vorhersehbares Wechselspiel. Die eigentlichen vertraglichen Leistungen können *ex ante* nicht vollständig definiert werden. Infolgedessen fehlt regelmässig die Möglichkeit der gerichtlichen Durchsetzung insbesondere der Pflichten des Beauftragten.⁵¹ Dies gilt sowohl für eine etwaige Realvollstreckung wie auch für Schadenersatz auf das positive Interesse. Im Rahmen einer *Realvollstreckung* wäre es oft schwierig, die vom Beauftragten zu erfüllenden Pflichten im Einzelnen überhaupt zu bestimmen. Da die Realerfüllung des Auftrages regelmässig ein mehr oder weniger intensives Zusammenwirken der Parteien und meist auch Vertrauen in die Kenntnisse und Fähigkeiten des Beauftragten erfordert, dürfte an einer zwangsweisen Realvollstreckung zudem ohnehin nur selten ein Interesse bestehen. In Frage kommen dürfte zumeist nur die Ersatzvornahme. Die Feststellung des Anspruchs auf *Ersatz des positiven Interesses* kann angesichts des meist unbeherrschbaren Erfolgsrisikos ebenfalls problematisch sein. Das bei richtiger Ausführung eingetretene hypothetische Ergebnis kann selten mit hinreichender Sicherheit festgestellt werden. Ein solcher Schadenersatzanspruch wäre deswegen im Einzelfall entweder kaum durchsetzbar oder dann würde sich die Haftung des Beauftragten im Nachhinein einer Erfolgshaftung annähern.⁵² Beides erscheint unbefriedigend. Anstelle dieser problematischen Durchsetzungsbehelfe steht deshalb das Recht zur jederzeitigen Beendigung des Auftrages, gegebenenfalls unter Ersatz der bereits getätigten Dispositionen. Dies ist insbesondere bei typischen Aufträgen wie denjenigen an den Arzt, die Ärztin oder an den Anwalt, die Anwältin – bei denen vorliegend auch kein Anpassungsbedarf erkannt wurde (vgl. 1.5.2) – die geeignete Regelung. Demgegenüber bestehen aber die erwähnten zahlreichen Dienstleistungsverträge, welche zwar unter die Legaldefinition des Auftrages fallen oder als Innominatverträge mit auftragsrechtlichen Elementen zu qualifizieren sind, bei denen jedoch die zwingende Anwendung von Artikel 404 OR zu unsachgemässen Resultaten führen kann (vgl. 1.5.2). Gerade bei diesen Verträgen sind die Leistungen der Parteien oft in umfangreichen Katalogen relativ genau im Voraus umschrieben oder sie ergeben sich aus der Natur der Geschäfte.⁵³ Hier ist es den Parteien durchaus zuzumuten, das Ende eines befristeten Vertrages oder eine Kündigungsfrist abzuwarten. Die zuvor er-

⁴⁸ BGE 128 III 429 f.; 122 III 265 ff.; 92 II 300 f.

⁴⁹ Dies in Übereinstimmung mit einem Teil der Lehre; vgl. insbesondere *Fellmann*, Art. 404 N 131 ff.; *Gauch*, S. 15 ff.; *Schneeberger*, S. 255 ff.

⁵⁰ Vgl. dazu auch *Buff/von der Crone*, S. 337 f.; *Fellmann*, Art. 404 N 114; *Hofstetter*, S. 69 f.

⁵¹ So auch *Buff/von der Crone*, S. 337 f.

⁵² Diese Problematik zeigt sich ansatzweise bereits heute in den Schwierigkeiten bei der Geltendmachung von Schadenersatzersatzansprüchen gegenüber dem Beauftragten im Rahmen von typischen Aufträgen, wie zum Beispiel beim Arztvertrag; vgl. dazu auch *Hofstetter*, S. 70.

⁵³ Vgl. dazu auch *Reber*, S. 535.

wählten Gründe, welche ein jederzeitiges Kündigungsrecht rechtfertigen, treten bei diesen Verträgen gegenüber dem Interesse an der tatsächlichen Erfüllung oft in den Hintergrund.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass ein jederzeitiges Beendigungsrecht im Auftragsrecht als Grundsatz gerechtfertigt ist, ein solches jedoch nicht in allen Fällen vorgesehen sein muss. Es gibt zahlreiche Vertragskonstellationen, die ein jederzeitiges Beendigungsrecht nicht zwingend notwendig machen. Ist eine jederzeitige Beendigung aufgrund der Umstände zwingend notwendig, ergibt sich aus den allgemeinen Schranken von Artikel 19 OR und Artikel 27 Absatz 2 ZGB ausreichend Schutz.

2.1.2 Jederzeitiges Beendigungsrecht als dispositive Grundregel – mit Einschränkungen

Wie erwähnt ist das jederzeitige Beendigungsrecht nach Artikel 404 Absatz 1 OR nach wie vor in vielen Fällen eine angemessene Grundregel. Es wird daher vorgeschlagen, Artikel 404 Absätze 1 und 2 OR in der bisherigen Fassung *beizubehalten*. Da eine zwingende Anwendung jedoch nicht notwendig ist, soll das jederzeitige Beendigungsrecht mit der in Artikel 404 Absatz 2 OR vorgesehenen Schadenersatzregelung im Vorentwurf *dispositiven Charakter* erhalten. Auf eine unterschiedliche Regelung für typische und atypische Aufträge wird verzichtet. Eine solche Unterscheidung brächte erhebliche Rechtsunsicherheit mit sich, so dass gegenüber der heutigen Rechtslage nicht viel gewonnen wäre. Der neue Artikel 404a OR hält daher ausdrücklich fest, dass eine Wegbedingung oder Einschränkung des jederzeitigen Beendigungsrechts möglich ist. Damit steht es den Parteien künftig frei, eigene Beendigungsregeln zu vereinbaren.

Mit der Aufhebung der zwingenden Anwendung von Artikel 404 OR kann eine stärkere vertragliche Bindung vereinbart werden. Es gibt aber durchaus Auftragsverhältnisse, bei denen eine solche unerwünscht ist oder problematisch erscheint. Es muss daher sichergestellt werden, dass eine solche Vereinbarung in jedem Fall tatsächlich dem Willen beider Vertragsparteien entspricht. Eine Einschränkung des jederzeitigen Beendigungsrechts darf daher *nicht in AGB* erfolgen. Diese werden nicht von den Vertragsparteien im Einzelnen ausgehandelt, sondern von einer Partei oder Dritten im Voraus formuliert und in der Praxis in der Regel von der stärkeren Vertragspartei einseitig vorgegeben. Durch den Ausschluss entsprechender Regelungen in AGB werden beide Parteien gezwungen, sich mit der vertraglichen Vereinbarung auseinanderzusetzen und die beabsichtigten Rechtsfolgen zu bedenken. Dadurch soll verhindert werden, dass die schwächere Vertragspartei an einen Auftrag gebunden ist, für welchen die Anwendung von Artikel 404 OR gerechtfertigt wäre, diese jedoch durch die AGB der mächtigeren Partei ausgeschlossen wird. Geschützt werden damit nicht nur Konsumentinnen und Konsumenten, welche Grossanbietern von Massdienstleistungen gegenüber stehen, sondern auch *kleinere* und *mittlere Unternehmen*, welche marktmächtigeren Vertragspartnern gegenüberstehen.⁵⁴ Eine solche Einschränkung ist dem Schweizer Recht im Übrigen nicht fremd. So lässt beispielsweise das Mietrecht in Artikel 256 OR Abweichungen von

⁵⁴ Damit nähert sich die hier vorgeschlagene Lösung derjenigen von *Werro/Carron/Douzals* an. Die genannten Autoren schlagen vor, dass Vereinbarungen über Schadenersatz auf das positive Interesse und eine Konventionalstrafe nicht in AGB enthalten sein dürfen; vgl. *Werro/Carron/Douzals*, S. 219.

der Pflicht des Vermieters, die Mietsache im zum vorausgesetzten Gebrauch tauglichen Zustand zu übergeben und zu erhalten, unter anderem nicht zu, wenn sie in AGB enthalten sind.

2.2 Erläuterungen der neuen Bestimmungen

Art. 404 VE-OR Randtitel

Der Wortlaut der Bestimmung wird belassen, sie soll aber künftig dispositiven Charakter haben. Der dispositive Charakter ergibt sich aus dem systematischen Zusammenhang mit dem neuen Artikel 404a OR. Der Randtitel von Artikel 404 OR wird dahingehend ergänzt und verdeutlicht dies nun.

Art. 404a VE-OR Abweichende Vereinbarungen

In *Absatz 1* wird ausdrücklich festgehalten, dass die Parteien das jederzeitige Widerrufs- oder Kündigungsrecht einvernehmlich wegbedingen oder einschränken können. Dies bedeutet zum einen, dass sie das Beendigungsrecht gemäss Artikel 404 Absatz 1 OR gänzlich wegbedingen oder aber durch andere Beendigungsregeln ersetzen können (z.B. durch Einräumung von Kündigungsfristen oder Beschränkung auf bestimmte Beendigungsgründe). Zum anderen können sie auch die Rechtsfolgen einer Beendigung abweichend von Artikel 404 Absatz 2 OR vereinbaren und namentlich Schadenersatz auf das positive Interesse oder eine Konventionalstrafe vorsehen.⁵⁵

Ist das Beendigungsrecht wegbedungen, so hat der Auftraggeber einen Anspruch auf *Realerfüllung* des Auftrags. Der Anspruch auf Realerfüllung des Auftrags besteht zwar auch, wenn der Beauftragte ein jederzeitiges Beendigungsrecht hat, allerdings nur, solange der Auftrag nicht beendet worden ist.⁵⁶ Angesichts des zwingenden jederzeitigen Beendigungsrechts ist diesem Anspruch bis anhin keine grosse praktische Bedeutung zugekommen. Zwar dürfte in einer Vielzahl von Fällen der Auftraggeber im Falle der Nichterfüllung oder des Verzugs durch den Beauftragten eher Schadenersatz als Realerfüllung verlangen. Es ist allerdings denkbar, dass in gewissen Fällen dem Auftraggeber besser gedient ist, wenn er am Anspruch auf Realerfüllung festhalten kann. Als Vollstreckungsmassnahme für eine bestimmte Tätigkeit kommt naturgemäss nicht direkter, sondern nur indirekter Zwang in Betracht (vgl. Art. 343 ZPO⁵⁷). Angesichts des in solchen Fällen oft gestörten Verhältnisses zwischen den Vertragsparteien wird als Vollstreckungsmassnahme dann insbesondere die Ersatzvornahme nach Artikel 98 Absatz 1 OR bzw. Artikel 343 Absatz 1 Buchstabe e ZPO relevant werden (vgl. 2.1.1). Damit wird sich der Auftraggeber auch den unter Umständen schwierig zu erbringenden Nachweis seines positiven Interesses ersparen können.

Schliessen die Parteien das jederzeitige Beendigungsrecht aus und vereinbaren sie keine besonderen Rechtsfolgen für die Vertragsbeendigung, so gelangen diesbezüg-

⁵⁵ Absatz 2 von Artikel 404 OR ist nicht aus sich selbst heraus zwingend. Wenn Absatz 1 von Artikel 404 OR dispositiver Natur ist, sind auch Vereinbarungen möglich, welche die Rechtsfolgen der Beendigung zulasten der beendigenden Partei verschärfen; siehe *Gauch*, S. 20.

⁵⁶ Vgl. dazu *Fellmann*, Art. 394 N 229 ff.; in der älteren Lehre wurde ein Anspruch auf Realerfüllung in Dienstleistungsverträgen teilweise noch verneint, so z.B. *Gautschi*, Art. 395 N 25a ff.

⁵⁷ Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008, SR 272.

lich die *allgemeinen Regeln des Obligationenrechts* zur Anwendung. Der Vertrag endet demnach mit Erfüllung sämtlicher daraus entstandener Forderungen.⁵⁸ Im Falle der Nichterfüllung oder des Verzugs gelangen Artikel 97 ff. bzw. 102 ff. OR zur Anwendung.⁵⁹ Ist der Beauftragte mit seiner Hauptleistungspflicht in Verzug, so sind auch die Artikel 107–109 OR anwendbar, da es sich beim Auftrag um einen vollkommen zweiseitigen Vertrag handelt.⁶⁰ Diese allgemeinen Bestimmungen waren in diesem Zusammenhang bisher von eher untergeordneter Bedeutung, da der Beauftragte den Vertrag beenden konnte, wenn er sich zur Erfüllung ausserstande sah. Im Falle der Nichterfüllung durch den Beauftragten kann der Auftraggeber – wenn die Leistung nachträglich unmöglich bzw. zwecklos geworden ist – gemäss Artikel 97 Absatz 1 OR Schadenersatz im Umfang des *positiven Interesses* verlangen. Dies gilt auch im Falle des Verzugs bei entsprechender Ausübung seiner Wahlrechte nach Artikel 107 Absatz 2 OR.

Umgekehrt wird bei einer Wegbedingung des jederzeitigen Beendigungsrechts auch die Frage aktuell, wie es sich verhält, wenn der Auftraggeber den Auftrag als beendet betrachtet und die Annahme jeglicher weiterer Leistungen seitens des Beauftragten verweigert, beispielsweise indem er diesem die zur Erfüllung des Auftrages erforderlichen Informationen nicht weitergibt. Dies würde einen *Gläubigerverzug* des Auftraggebers darstellen. Gemäss Artikel 95 OR kann der Beauftragte nach den Bestimmungen über den Schuldnerverzug vom Vertrag zurücktreten.⁶¹ Diese Regeln sind jedoch dispositiv⁶², weswegen die Parteien für diesen Fall andere Rechtsfolgen, insbesondere Schadenersatz im Umfang des positiven Interesses, vereinbaren könnten. Auch dieser Fall war bisher nicht von grosser Bedeutung, da der Auftraggeber den Auftrag gestützt auf Artikel 404 Absatz 1 OR jederzeit beenden konnte. Wenn das Beendigungsrecht nunmehr eingeschränkt oder wegbedungen werden kann, wird einer solchen Parteivereinbarung aber erheblich grössere Bedeutung zukommen. Die wirtschaftlichen Interessen des Beauftragten am Auftrag könnten damit durch eine entsprechende Vereinbarung geschützt werden.

Im Übrigen können die Parteien das Beendigungsrecht nach dem Vorentwurf auch beibehalten, jedoch – wie eingangs erwähnt – die *Rechtsfolgen von Artikel 404 Absatz 2 OR abändern*. Praktisch im Vordergrund stehen dürfte die Vereinbarung des Ersatzes des positiven Interesses im Falle der vorzeitigen Beendigung. Damit werden die Parteien wirtschaftlich so gestellt, wie wenn der Auftrag ausgeführt worden wäre. In der Praxis wird damit insbesondere auch die Vereinbarung einer Konventionalstrafe relevant werden. Die Zulässigkeit der Konventionalstrafe richtet sich gemäss dem Vorentwurf nunmehr nach den allgemeinen Regeln von Artikel 160 ff. OR. Die Parteien können eine Konventionalstrafe für den Fall der unzeitigen oder vorzeitigen Beendigung des Auftrags bzw. – wenn das Beendigungsrecht wegbedungen worden ist – für den Fall der Nichterfüllung und des Verzugs vereinbaren. Angesichts der inhaltlichen Unbestimmtheit mancher Aufträge kann es im Einzelfall allerdings Streitig sein, was überhaupt den vereinbarten Vertragsinhalt bildet und ob die Voraussetzungen für die Konventionalstrafe gegeben sind.

⁵⁸ *Schwenzer*, Rz 4.04 und 73.11

⁵⁹ *Gehrer/Giger*, Art. 398 N 22 und 25.

⁶⁰ *Gehrer/Giger*, Art. 398 N 26.

⁶¹ Fraglich ist, ob er daneben auch Schadenersatz im Umfang des *negativen Interesses* entsprechend Artikel 109 OR verlangen kann; vgl. zum Ganzen

Gauch/Schluep/Emmenegger, Rz. 2462 ff.; *Bernet*, Art. 95 N 2.

⁶² *Bernet*, Vor Art. 91–96 N 9.

Gemäss *Absatz 2* sind sämtliche Parteivereinbarungen, welche eine Einschränkung des jederzeitigen Rechts zur Beendigung des Auftrags darstellen, nur wirksam, wenn sie *nicht in AGB enthalten* sind. Dies betrifft zunächst die Wegbedingung und jegliche Einschränkungen des Beendigungsrechts selbst, wie beispielsweise die Vereinbarung von Beendigungsfristen oder bestimmten Beendigungsgründen. Sodann sind aber auch sämtliche Vereinbarungen, welche die Rechtsfolgen der Beendigung zulasten der beendigenden Partei verschärfen, von dieser Einschränkung erfasst. Dies betrifft insbesondere die Vereinbarung von Schadenersatz auf das positive Interesse oder einer Konventionalstrafe. Der Begriff der AGB ist in Lehre und Rechtsprechung insbesondere im Zusammenhang mit dem Zustandekommen, dem Inhalt und der Auslegung von Verträgen bekannt⁶³ und wird vom Gesetzgeber beispielsweise auch in Artikel 256 OR oder in Artikel 8 UWG⁶⁴ ausdrücklich verwendet. Der Vorentwurf stützt sich auf diesen allgemeinen Begriff der AGB nach Schweizer Recht. Als AGB gelten demnach auch im vorliegenden Kontext vorformulierte Vertragsbedingungen, die von einer Vertragspartei einseitig im Voraus zum Zweck aufgestellt werden, eine unbestimmte Vielzahl zukünftiger Verträge mit einer unbestimmten Anzahl von Vertragspartnern zu regeln. Massgeblich ist, ob es ohne Verhandlungen über den Vertragsinhalt im Wesentlichen bei der vom Urheber geschaffenen Fassung geblieben ist oder ob der Urheber mit dem Vertragspartner zumindest in einer Weise über den Inhalt verhandelt hat, dass das Verhandlungsergebnis einem individuell ausgehandelten Einzelvertrag gleichgestellt werden kann.⁶⁵ Unerheblich für die Qualifikation als AGB ist, ob die Bestimmungen im Vertragstext selbst enthalten sind oder einen äusserlich gesonderten Teil des Vertrages bilden. Unter den Begriff der AGB fallen damit insbesondere auch *Formularverträge*.⁶⁶

Daneben sind für sämtliche Parteivereinbarungen, wie bereits erwähnt (vgl. 2.1.1), die zwingenden Schranken der allgemeinen Bestimmungen von Artikel 19 Absatz 2 OR und Artikel 27 ZGB zu beachten.⁶⁷ Verträge, welche den *höchstpersönlichen Kernbereich* einer Person betreffen, sind sittenwidrig und damit nichtig.⁶⁸ Ein Anspruch des Beauftragten, im höchstpersönlichen Bereich des Auftraggebers tätig zu werden, kann vor dem Hintergrund dieser Bestimmungen deshalb nicht bestehen. Gestützt auf diese Bestimmungen könnte beispielsweise die Patientin oder der Patient den Auftrag gegenüber der Ärztin oder dem Arzt jederzeit beenden, auch wenn das jederzeitige Beendigungsrecht wegbedungen worden ist.⁶⁹ Andererseits kann eine vertragliche Bindung ausserhalb des höchstpersönlichen Bereiches das nach Artikel 27 Absatz 2 ZGB *zulässige Mass der Bindung überschreiten*.⁷⁰ Diesem Prinzip entsprechend sieht das Gesetz für gewisse gesetzliche Dauerschuldverhältnisse ausdrücklich die vorzeitige Beendigung aus wichtigen Gründen vor.⁷¹ Aus Artikel 27 Absatz 2 ZGB wird aber überdies die Regel abgeleitet, dass Dauerschuldverhältnisse auch ohne explizite gesetzliche Regelung aus *wichtigen Gründen*,

⁶³ Vgl. z.B. *Gauch/Schluep/Schmid*, 1116 ff. und 1240 ff.

⁶⁴ Bundesgesetz vom 19. Dezember 1986 über den unlauteren Wettbewerb, SR **241**.

⁶⁵ Urteil des Bundesgerichts vom 28. November 2002, Nr. 4P.135/2002, E.3.1 und 3.3.

⁶⁶ Vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 28. November 2002, Nr. 4P.135/2002, E.3.1.

⁶⁷ Vgl. dazu die entsprechenden oben unter 2.1.1 zitierten Lehrmeinungen, insbesondere *Gauch*, S. 18 f.

⁶⁸ Vgl. *Aebi-Müller*, Art. 27 N 8; *Kut*, Art. 19–20 N 31.

⁶⁹ *Gauch*, S. 19.

⁷⁰ Vgl. dazu *Aebi-Müller*, Art. 27 N 9 ff.; *Kut*, Art. 19–20 N 31.

⁷¹ Vgl. z.B. Art. 337 OR für den Arbeitsvertrag, Art. 266g OR für den Mietvertrag, Art. 418r OR für den Agenturvertrag und Art. 527 OR für die einfache Gesellschaft.

welche die weitere Vertragserfüllung unzumutbar machen, vorzeitig beendet werden können.⁷² Da der Auftrag nicht zwangsläufig ein Dauerschuldverhältnis ist, wird im Vorentwurf angesichts dieser Grundsätze auf eine spezielle Regelung für Daueraufträge verzichtet.

Ergänzend ist festzuhalten, dass die Wegbedingung oder Einschränkung des jederzeitigen Widerrufs- oder Kündigungsrechts auch unter dem Vorbehalt des zwingenden Rechts in anderen Rechtsgebieten steht (vgl. beispielsweise die Amtsdauer der Revisionsstelle und der jederzeitige Rücktritt vom Revisionsverhältnis, Art. 730a OR).

Ausserdem wird der Klarheit halber an der bisherigen Formulierung des «Widerrufs» oder der «Kündigung» festgehalten (vgl. Anmerkung in Fussnote 7).

3 Auswirkungen

3.1 Auswirkungen auf den Bund

Die Vorlage hat keine besonderen Auswirkungen auf den Bund.

3.2 Auswirkungen auf Kantone und Gemeinden

Die Vorlage hat keine Auswirkungen auf Kantone und Gemeinden.

3.3 Auswirkungen auf die Volkswirtschaft

Die Vorlage hat positive Auswirkungen auf die Volkswirtschaft. Sie erlaubt den Vertragsparteien von Aufträgen (und Innominatverträgen mit auftragsrechtlichen Elementen), den im schweizerischen Recht geltenden Grundsatz, dass einmal abgeschlossene Verträge zu halten sind (*pacta sunt servanda*), durch entsprechende Parteivereinbarung erheblich zu stärken. Eine möglicherweise grundlose jederzeitige Kündigung muss nicht mehr zwingend hingenommen werden. Damit können die Parteien die im Hinblick auf die Vertragserfüllung vorzunehmenden Dispositionen schützen. Davon profitieren insbesondere die Anbieter und Nachfrager von spezialisierten Dienstleistungen. Die davon betroffenen Vertragsverhältnisse spielen in der modernen Wirtschaft eine grosse Rolle. Zu denken ist beispielsweise an die IT-Branche oder auch an Outsourcing-Dienstleistungen. Akteure in diesen Branchen wird damit erlaubt, ihre Rechtsgeschäfte auf ein solides Fundament zu stellen. Die Attraktivität der Schweiz als Wirtschaftsstandort wird damit aufgewertet. Gleichzeitig werden mit dieser Vorlage kleine und mittlere Unternehmen davor geschützt, eine in AGB eines stärkeren Vertragspartners enthaltene Wegbedingung des jederzeitigen Beendigungsrechts ohne weitere Verhandlungen akzeptieren zu müssen. Dies ist insbesondere deswegen von Bedeutung, weil das Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb nur Konsumentinnen und Konsumenten, nicht aber Unternehmen, vor missbräuchlichen AGB schützt (vgl. Art. 8 UWG). Kleine und mittlere Unternehmen können sich unter Umständen aber gegenüber Grossanbietern in einer

⁷² BGE 128 III 429 f.; 122 III 265 ff.; 92 II 300 f.

vergleichbar schwächeren Position befinden.⁷³ Schliesslich wird mit dieser Vorlage das Schweizer Recht als Wahlrecht für internationale Dienstleistungsverträge attraktiver, was auch für die Schweiz als Schiedsstandort positive Auswirkungen haben dürfte.

3.4 Auswirkungen auf die Gesellschaft

Abgesehen von den positiven volkswirtschaftlichen Auswirkungen dürften die Auswirkungen auf die Gesellschaft klein sein. Privatpersonen bzw. Konsumentinnen und Konsumenten werden von der geänderten Rechtslage in der Regel nicht oder jedenfalls nicht negativ betroffen sein. Das jederzeitige Beendigungsrecht kann wohl als insgesamt im Interesse der Konsumentinnen und Konsumenten betrachtet werden. Typischerweise sind Konsumentinnen und Konsumenten in der Rolle des Auftraggebers, und ihre Beauftragten sind oft Anbieter von Massendienstleistungen. Gerade bei Verträgen mit Konsumentinnen und Konsumenten ist eine abschliessende Bewertung der Dienstleistungsqualität wegen des Informationsgefälles zwischen ihnen und dem Anbieter aber oft nicht möglich. Die Tätigkeit des Anbieters kann insbesondere bei Verträgen über fachspezifische oder technische Dienstleistungen selten effektiv überprüft und beurteilt werden. Umso grösser ist dann der Vertrauensvorschuss, den der Konsument bei Vertragsabschluss gibt, und umso wichtiger und gerechtfertigter ist dann das jederzeitige Beendigungsrecht (vgl. 2.1.1). Konsumentinnen und Konsumenten werden in den meisten Fällen ihr jederzeitiges Kündigungsrecht gegenüber Anbietern von Massendienstleistungen beibehalten, da solche Rechtsgeschäfte in aller Regel über Formularverträge abgeschlossen werden, welche als AGB gelten. Das Missbrauchspotenzial ist damit sehr klein. Diese Vorlage steht somit im Einklang mit dem verfassungsmässigen Auftrag des Bundes, die Konsumentinnen und Konsumenten zu schützen (vgl. Art. 97 Abs. 1 BV⁷⁴). Im Übrigen ist die Beibehaltung des jederzeitigen Beendigungsrechts als Grundregel für Privatpersonen insoweit vorteilhaft, als dass sie verhältnismässig oft Auftraggeber von typischen Aufträgen, wie insbesondere an Ärzte, Zahnärzte oder auch Anwälte, sind. Dann ist das jederzeitige Beendigungsrecht die passende Regelung, und es bleibt den Privatpersonen erspart, sich beim Wunsch nach einer vorzeitigen Beendigung des Vertrags auf die Regeln über den Schutz der Persönlichkeit berufen zu müssen (vgl. 2.1.1 u. 2.2). Eine Wegbedingung des jederzeitigen Beendigungsrechts unter und gegenüber Privatpersonen und Konsumentinnen und Konsumenten ist nur in einer Individualabrede zulässig, was bedeutet, dass sich zwangsläufig beide Vertragsparteien damit auseinandersetzen müssen. Eine Übernahme einer solchen Abrede ohne tatsächliche Kenntnisnahme (sog. Globalübernahme) ist ausgeschlossen.

⁷³ Mit dieser Begründung verlangt die parlamentarische Initiative Flach (14.440) die Aufhebung der Beschränkung des Geltungsbereichs von Art. 8 UWG auf Verträge mit Konsumentinnen und Konsumenten. Die Kommissionen für Rechtsfragen beider Räte haben der parlamentarischen Initiative Folge gegeben.

⁷⁴ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999, SR 101.

4

Übergangsrecht

Es stellt sich die Frage, wie sich die Änderung des Auftragsrechts auf bestehende Vertragsverhältnisse auswirkt. Wird keine besondere übergangsrechtliche Regelung getroffen, so gelten im Bereich des Privatrechts die Artikel 1–4 SchIT ZGB. Artikel 1 SchIT ZGB enthält die Grundregel der Nichtrückwirkung einer Gesetzesänderung. Sie schützt das Vertrauen in den Bestand einmal rechtsgeschäftlich gesetzeskonform begründeter Rechte.⁷⁵ Demgegenüber ist in den Artikeln 2–3 SchIT ZGB festgehalten, in welchen Fällen abweichend von der Grundregel trotzdem eine Rückwirkung stattfinden soll. Vorliegend ist jedoch kein Anwendungsfall dieser Bestimmungen gegeben, womit sich die Frage nach dem anwendbaren Recht nach Artikel 1 SchIT ZGB beurteilt.

Damit ist das Vertrauen der Vertragsparteien in die bisher zwingende Anwendung von Artikel 404 OR zu schützen. Kam es vor Inkrafttreten des neuen Rechts zum Vertragsschluss, so gilt diese uneingeschränkt. Es steht den Parteien jedoch frei, bei bestehenden Vertragsverhältnissen *nach* Inkrafttreten des neuen Rechts eine abweichende Vereinbarung zu treffen oder eine bereits unter altem Recht getroffene abweichende Vereinbarung zu erneuern, damit dieser Verbindlichkeit zukommt.

5

Verfassungs- und Gesetzmässigkeit

Die Vorlage stützt sich auf Artikel 122 Absatz 1 der Bundesverfassung, der dem Bund die Kompetenz zur Gesetzgebung auf dem Gebiet des Zivilrechts- und Zivilprozessrechts gibt.

⁷⁵ BGE 140 III 406; BGE 138 III 662.

Literaturverzeichnis

Aebi-Müller Regina E., Kommentar zu Art. 27–30a ZGB, in: Breitschmid Peter et al. (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personen- und Familienrecht inkl. Kindes- und Erwachsenenschutzrecht, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016.

Becker Hermann, Berner Kommentar, Band VI: Obligationenrecht, 2. Abteilung: Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Bern 1934.

Bernet Martin, Kommentar zu Art. 91–96, in: Honsell Heinrich et al. (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, OR I, Art. 1–529 OR, 6. Aufl., Basel 2015 (zit. *Bernet*).

Bucher Eugen, Obligationenrecht: Besonderer Teil, 3. Aufl., Zürich 1988.

Buff Felix/von der Crone Hans Caspar, Zwingende Natur von Art. 404 OR – Bundesgerichtsurteil 4A_284/2013 vom 13. Februar 2014, SZW 2014, S. 332 ff.

Bühler Theodor, Zürcher Kommentar, Band V: Obligationenrecht, Teilband 2d: Der Werkvertrag, Art. 363–379 OR, 3. Aufl., Zürich 1998.

Derendinger Peter, Die Nicht- und die nichtrichtige Erfüllung des einfachen Auftrages, Diss., Freiburg 1988.

Engel Pierre, Contrats de droit suisse, Bern 2000.

Fellmann Walter, Berner Kommentar, Band VI: Obligationenrecht, 2. Abteilung: Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 4. Teilband: Der einfache Auftrag, Art. 394–406 OR, Bern 1992.

Gauch Peter, Art. 404 OR – Sein Inhalt, seine Rechtfertigung und die Frage seines zwingenden Charakters, recht 1992, S. 9 ff.

Gauch Peter/Schluep Walter R./Schmid Jörg, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band I, 10. Aufl., Zürich 2014.

Gauch Peter/Schluep Walter R./Emmenegger Susan, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band II, 10. Aufl., Zürich 2014.

Gautschi Georg, Berner Kommentar, Band VI: Das Obligationenrecht, 2. Abteilung: Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 4. Teilband: Der einfache Auftrag, Art. 394–406, Bern 1960.

Gehrer Carole/Giger Gion, Kommentar zu Art. 394–406 OR, in: Huguenin Claire et al. (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Vertragsverhältnisse Teil 2: Arbeitsvertrag, Werkvertrag, Auftrag, GoA, Bürgschaft, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016.

Hofstetter Josef, Der Auftrag und die Geschäftsführung ohne Auftrag, in: Grossen Jacques-Michel et al. (Hrsg.), Schweizerisches Privatrecht, 7. Band: Obligationenrecht – Besondere Rechtsverhältnisse, 6. Teilband, (Hrsg. Wolfgang Wiegand), Basel 2000.

Honsell Heinrich, Schweizerisches Obligationenrecht – Besonderer Teil, 9. Aufl., Bern 2010.

Huguenin Claire, Obligationenrecht: Allgemeiner und Besonderer Teil, 2. Aufl., Zürich 2014.

Koller-Tumler Marlis, Jederzeitiger Widerruf im Auftragsrecht?, recht 1984, S. 49 ff.

Kut Ahmet, Kommentar zu Art. 1–40g OR, in: Andreas Furrer et al. (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016.

Leuenberger Christoph, Dienstleistungsverträge, ZSR 106 (1987) II, S. 1 ff.

Liatowitsch Manuel/Mondini Andrea, Jederzeitige Kündbarkeit von Aufträgen schadet dem Dienstleistungsstandort Schweiz, AJP 2009, S. 294 ff.

Oser Hugo/Schönenberger Wilhelm, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band: Das Obligationenrecht, 2. Teil: Art. 184–418, 2. Aufl., Zürich 1936.

Peyer Jürg, Der Widerruf im Schweizerischen Auftragsrecht, Diss., Zürich 1974.

Reber Markus, Art. 404 OR – ein erraticus Block aus dem römischen Recht im heutigen Auftragsrecht, in: Pichonnaz Pascal et al. (Hrsg.), Spuren des römischen Rechts, Festschrift für Bruno Huwiler zum 65. Geburtstag, Bern 2007, S. 499 ff.

Schneeberger Thomas René, Der Einfluss des Entgelts auf die rechtliche Stellung des Beauftragten: im Bereich der Verschuldenshaftung, der Substitutenhaftung und der jederzeitigen Beendigung des Auftrages im schweizerischen Obligationenrecht verglichen mit dem römischen Recht und dem BGB, Diss., Bern 1992.

Schwenzer Ingeborg, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl., Bern 2012.

Tercier Pierre/Favre Pascal G., Les contrats spéciaux, 4. Aufl., Genf/Zürich/Basel 2009.

Weber Rolf H., Aktuelle Probleme im Recht des einfachen Auftrags, AJP 1992, S. 177 ff. (zit. *Weber*, AJP)

Weber Rolf H., Kommentar zu Art. 394–406 OR, in: Honsell Heinrich et al. (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, OR I, Art. 1–529 OR, 6. Aufl., Basel 2015 (zit. *BSK-Weber*).

Werro Franz, Baurecht 1991, S. 55 ff. (zit. *Werro*, Baurecht).

Werro Franz, Kommentar zu Art. 394–406 OR, in: Thévenoz Luc et al. (Hrsg.), Commentaire romand, Code des obligations, Art. 1–529 CO, 2. Aufl., Basel 2012 (zit. *CR-Werro*).

Werro Franz, Le mandat et ses effets: une étude sur le contrat d'activité indépendante selon le Code suisse des obligations: analyse critique et comparative, Freiburg 1993 (zit. *Werro*, mandat).

Werro Franz/Carron Maxence/Douzals Jacques, Les enjeux et la concrétisation de la réforme de l'art. 404 CO, AJP 2013, S. 213 ff.