

## **Art. 404 OR - Sein Inhalt, seine Rechtfertigung und die Frage seines zwingenden Charakters**

### **Urteilsanmerkung zu BGE 115 II 464 ff.**

**Prof. Dr. iur. Peter Gauch**  
Universität Freiburg/Schweiz

Publiziert in: *recht* 1992, S. 7 ff. Die Seitenzahlen dieser Publikation sind im nachfolgenden Text in eckiger Klammer eingefügt.

### **I. Einleitung**

1. [9] Zu den bekanntesten Vorschriften des Schweizerischen Obligationenrechts gehört die Bestimmung des Art. 404 OR, die den einfachen Auftrag und dessen Beendigung betrifft. Mit ihr hat das Bundesgericht sich schon mehrfach befasst, neuerdings wieder in *BGE 115 II 464 ff.* Die einschlägigen Kernsätze dieses Entscheides lauten:

„Art. 404 Abs. 1 OR bestimmt, dass der Auftrag von jedem Teil jederzeit widerrufen oder gekündigt werden kann. Die Rechtfertigung dieser Regel ist darin zu erblicken, dass der Beauftragte regelmässig eine ausgesprochene Vertrauensstellung einnimmt, es aber keinen Sinn hat, den Vertrag noch aufrechterhalten zu wollen, wenn das Vertrauensverhältnis zwischen den Parteien zerstört ist“ (BGE 104 II 115 f. E. 4).

„Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist das jederzeitige Auflösungsrecht zwingend und beschlägt sowohl reine Auftragsverhältnisse als auch gemischte Verträge, für welche hinsichtlich der zeitlichen Bindung der Parteien die Bestimmungen des Auftragsrechtes als sachgerecht erscheinen (BGE 110 II 382 E. 2; 106 II 159 E. b; 104 II 115 f. E. 4 mit Hinweisen). In BGE 109 II 467 E. 3e hat das Bundesgericht allerdings die Frage offengelassen, ob der zwingende Charakter von Art. 404 Abs. 1 OR sämtliche Auftragsverhältnisse schlechthin erfasse oder auf typische, namentlich unentgeltliche oder höchstpersönliche Aufträge zu beschränken sei ... Dies entspricht zwar einer weitverbreiteten Auffassung in der Literatur (vgl. z.B. JÄGGI, *SJZ* 69, 1973, S. 304 f.; BUCHER, *ZSR* 102, 1983 II, S. 322 ff.; GAUCH, *Baurecht* 1984, S. 51; DERS., *Der Werkvertrag*, 3. Aufl. 1985, Nr. 58), wird von anderen Autoren aber weiterhin und ... mit Recht abgelehnt (GAUTSCHI, N 10 zu Art. 404 OR; HOFSTETTER, *SPR* VII/2, S. 52 ff.; MERZ, *ZBJV* 121, 1985, S. 216; DERS., *Die Qualifikation des Architektenvertrages*, in: *Innominatverträge*, Festschrift SCHLUEP, S. 213)“ (BGE 115 II 466).

2. Die soeben zitierten Literaturstellen bilden nur einen Ausschnitt aus der *reichhaltigen Lehre zu Art. 404 OR*. Schon viel gelehrter Eifer wurde darauf verwendet, Art. 404 OR zu erklären und auszulegen<sup>1</sup>. Durch den jetzt veröffentlichten Entscheid des Bundesgerichts (BGE 115 II 464 ff.) wird die Diskussion erneut [10] angeregt. Unlängst hat ERIC HOMBURGER eine kritische Urteilsbesprechung in der Schweizerischen Zeitschrift für Wirtschaftsrecht veröffentlicht<sup>2</sup>. Eine Besprechung von FRANZ WERRO, von der ich im Zeitpunkt der

---

<sup>1</sup> Auf eine vollständige Verarbeitung der Literatur wird nachstehend verzichtet.

<sup>2</sup> HOMBURGER, *Zwingende Natur des jederzeitigen Widerrufsrechts nach Art. 404 Abs. 1 OR*, *SZW* 63, 1991, S. 35 f.

Abfassung meines Artikels nur wusste, dass sie ebenfalls kritisch sein werde<sup>3</sup>, ist im Baurecht 1991/3 publiziert worden. Und schliesslich regt sich auch in mir der Widerspruch.

Jedenfalls glaube ich, dass es sich lohnt, auf den Entscheid einzutreten und dabei sogar etwas weiter auszuholen. Deshalb setze ich beim Wortlaut des Art. 404 OR ein, um dann zunächst seinen Inhalt zu erläutern. Darauf handle ich von der Rechtfertigung des Art. 404 OR. Dann erst komme ich zur Frage, ob Art. 404 Abs. 1 OR zwingendes oder dispositives Recht enthält. Und am Ende runde ich das Ganze mit einigen Schlussbemerkungen ab.

## II. Wortlaut und Inhalt des Art. 404 OR

3. Art. 404 OR enthält zwei Absätze. *Sie lauten*: "Der Auftrag kann von jedem Teile jederzeit widerrufen oder gekündigt werden" (Abs. 1). "Erfolgt dies jedoch zur Unzeit, so ist der zurücktretende Teil zum Ersatze des dem anderen verursachten Schadens verpflichtet" (Abs. 2).

Diese Bestimmung, die sich mit der Beendigung des einfachen Auftrages befasst, wurde mit leicht geändertem Wortlaut aus dem alten Obligationenrecht übernommen. In Art. 402 aOR hiess es: "Der Auftrag kann von jedem Teile jederzeit gekündigt werden" (Abs. 1). "Erfolgt jedoch die Kündigung zur Unzeit, so ist der zurücktretende Teil zum Ersatze des dem anderen verursachten Schadens verpflichtet" (Abs. 2).

4. Nach Art. 404 Abs. 1 OR hat jede Partei des einfachen Auftrages ein *jederzeitiges Auflösungsrecht*. Dieses Auflösungsrecht kann durch einseitige (empfangsbedürftige) Willenserklärung ausgeübt werden. Es ist an keine besondere Voraussetzung gebunden, setzt also nicht voraus, dass ein bestimmt-gearteter Auflösungsgrund (etwa ein "wichtiger Grund") vorliegt<sup>4</sup>. Hervorzuheben sind die folgenden Einzelpunkte:

a. Macht der Auftraggeber oder der Beauftragte vom Auflösungsrecht des Art. 404 Abs. 1 OR Gebrauch, so wird der Vertrag "*ex nunc*" beendet<sup>5</sup>, womit die Leistungspflichten der Parteien für die Zukunft erlöschen. Der Beauftragte aber bleibt zur Rechenschaftsablegung verpflichtet (Art. 400 OR). Umgekehrt muss der Auftraggeber die Auslagen und Verwendungen ersetzen, die für die richtige Ausführung des Auftrages bis zum Zeitpunkt der Vertragsauflösung erforderlich waren (Art. 402 OR)<sup>6</sup>. Bei entgeltlichem Auftrag (Art. 394 Abs. 3 OR) ist der Auftraggeber ausserdem verpflichtet, die bis zur Vertragsauflösung erbrachten Vertragsleistungen des Beauftragten im Umfang der "bereits geleisteten Arbeit"<sup>7</sup>

<sup>3</sup> WERRO, La distinction entre le pouvoir et le droit de résilier: La clé de l'interprétation de l'art. 404 CO, BR 1991/3, S. 55 ff. Bei der Abfassung meines Beitrages war mir also der Text dieser Urteilsbesprechung noch unbekannt. Ein Austausch der Manuskripte hat bewusst nicht stattgefunden, um eine gegenseitige Beeinflussung zu verhindern.

<sup>4</sup> TERCIER, La partie spéciale du Code des obligations, Zürich 1988, S. 398; WEBER, Praxis zum Auftragsrecht und zu den besondern Auftragsarten, Zürich 1990, S. 127.

<sup>5</sup> Statt vieler: GAUTSCHI, N 9a zu Art. 404 OR; HOFSTETTER, Der Auftrag und die Geschäftsführung ohne Auftrag, in: Schweizerisches Privatrecht VII/2, S. 48; PEYER, Der Widerruf im Schweizerischen Auftragsrecht, Diss. Zürich 1974, S. 127.

<sup>6</sup> Vorbehalten bleibt eine andere Vereinbarung, worin die Verpflichtung des Art. 402 OR wegbedungen wurde.

<sup>7</sup> Vgl. Art. 377 OR, sinngemäss.

zu honorieren. Hat der Auftraggeber schon mehr geleistet, als er bis zum Zeitpunkt der Vertragsauflösung schuldet, so ist er berechtigt, das Zuvielgeleistete herauszuverlangen.

b. Das Auflösungsrecht des Art. 404 Abs. 1 OR kann "jederzeit" ausgeübt werden. *Das Wort "jederzeit" bringt zum Ausdruck, dass sowohl der Auftraggeber als auch der Beauftragte in jedem beliebigen Zeitpunkt berechtigt ist, den Vertrag mit sofortiger Wirkung (ohne Bindung an vorgegebene Auflösungsfristen oder -termine) zu beenden. Ob mit der Erfüllung des Auftrages bereits begonnen wurde oder nicht, macht dabei keinen Unterschied. Mit vollständiger Auftragsdurchführung allerdings erlischt das Auflösungsrecht jeder Partei.*

c. Das Auflösungsrecht des Art. 404 Abs. 1 OR ist der Sache nach ein *Kündigungsrecht*. Die Kündigung durch den Auftraggeber wird in der Praxis häufig als „Widerruf“ bezeichnet und wurde schon in der Lehre zum altrechtlichen Art. 402 aOR so genannt<sup>8</sup>. Das mag ein Grund dafür sein, dass der Ausdruck „Widerruf“ Eingang auch in die Formulierung des geltenden [11] Art. 404 Abs. 1 OR gefunden hat, wonach der Auftrag "widerrufen oder gekündigt" werden kann<sup>9</sup>. Am einheitlichen Kündigungscharakter des Auflösungsrechts vermag diese Formulierung jedoch so wenig zu ändern wie der Umstand, dass Art. 404 Abs. 2 OR zum Ausdruck "Rücktritt" überwechselt, indem er nur noch vom „zurücktretenden“ Teile spricht<sup>10</sup>.

**5. Art. 404 Abs. 2 OR** befasst sich mit den *Schadenersatzfolgen* der nach Art. 404 Abs. 1 OR erklärten Vertragsauflösung. Wer den Auftrag „zur Unzeit“ auflöst, ist nach Art. 404 Abs. 2 OR „zum Ersatze des dem anderen verursachten Schadens verpflichtet“. Das bedeutet:

a. Art. 404 Abs. 2 OR ändert zwar nichts am Recht der Parteien, den Vertrag „jederzeit“ durch einseitige Willenserklärung aufzulösen (Art. 404 Abs. 1 OR). *Auch eine Vertragsauflösung „zur Unzeit“ ist wirksam*; sie ist vertraglich erlaubt<sup>11</sup>, stellt also keine Vertragsverletzung dar<sup>12</sup>. Doch hat sie zur Folge, dass der Kündigende (Auftraggeber oder Beauftragter) zur Leistung von Schadenersatz verpflichtet wird.

b. Die Ersatzpflicht des Art. 404 Abs. 2 OR ist somit keine Unrechtsfolge, sondern die Folge einer erlaubten Kündigung<sup>13</sup>. Inhaltlich richtet sie sich auf *Ersatz des Vertrauens-*

<sup>8</sup> Vgl. HAFNER, Das Schweizerische Obligationenrecht, Zürich 1905, N 1 zu Art. 402 aOR.

<sup>9</sup> Vgl. BGE 98 II 308, worin das Auflösungsrecht des Auftraggebers als Widerrufsrecht, das Auflösungsrecht des Beauftragten als Kündigungsrecht bezeichnet wird.

<sup>10</sup> BUCHER, Obligationenrecht, Besonderer Teil, 3. Aufl., Zürich 1988, S. 227; FRIEDRICH, ZBJV 91, 1955, S. 475; DESSEMONTET, Les contrats de service, ZSR 106, 1987 II, S. 170.

<sup>11</sup> Vgl. TERCIER, a.a.O., S. 398; GUHL/MERZ/KUMMER, S. 466. Hätte der Gesetzgeber eine Kündigung "zur Unzeit" als vertragswidrig verbieten wollen, so wäre es ein leichtes gewesen, die entsprechende Einschränkung in Art. 404 Abs. 1 OR einzubauen. Die Regel hätte dann gelautet: "Der Auftrag kann von jedem Teile jederzeit *ausser zur Unzeit* widerrufen oder gekündigt werden".

<sup>12</sup> Vgl. BGE 106 II 160; 109 II 468. Anders z.B. GAUTSCHI, N 19a und zu Art. 404 OR. Missverständlich BGE 104 II 116, wonach das Auflösungsrecht durch Art. 404 Abs. 2 OR, "insofern eingeschränkt" wird, "als es nicht zur Unzeit ausgeübt werden darf".

<sup>13</sup> Vgl. z.B. PEYER, a.a.O., S. 129 f. Gleich verhält es sich auch mit der Ersatzpflicht des Art. 377 und Art. 475 Abs. 2 OR. Zu Art. 377 OR vgl. GAUCH, Der Werkvertrag, 3. Aufl., Zürich 1985, Nr. 402.

*schadens*, der dem Kündigungsgegner durch die vorzeitige Vertragsauflösung erwächst<sup>14</sup>. Dieser Schaden („reliance damage“) besteht in der Vermögenseinbusse, die der Geschädigte deshalb erleidet, weil er bei seinen Dispositionen nicht mit der vorzeitigen Auflösung des Vertrages (jedenfalls nicht im betreffenden Zeitpunkt) gerechnet, sondern auf den Fortbestand des Vertrages vertraut hat und darauf vertrauen durfte<sup>15</sup>. Dem ist beizufügen:

- Ob der Kündigungsgegner infolge der vorzeitigen Vertragsauflösung einen Vertrauensschaden erlitten hat, lässt sich nur für den *Einzelfall* entscheiden. Kündigt der Auftraggeber, so kann der Vertrauensschaden des Beauftragten vor allem darin bestehen, dass dieser bestimmte Aufwendungen (Auslagen oder Verwendungen) im Hinblick auf die künftige Erfüllung des Auftrages getätigt hat, die jetzt nutzlos geworden sind, auf deren Bezahlung er jedoch Anspruch gehabt hätte, wenn der Vertrag fortgesetzt worden wäre (Art. 475 Abs. 2 OR, sinngemäss)<sup>16</sup>. Zum Vertrauensschaden gehört aber auch der Verlust, den ein Beauftragter deshalb erleidet, weil er im gerechtfertigten Vertrauen auf die Fortsetzung des Auftrages gewinnbringende Geschäfte ausgeschlagen hat und ausschlagen musste<sup>17</sup>.
- Die Auffassung, wonach Art. 404 Abs. 2 OR zum Ersatz des Vertrauensschadens verpflichtet, steht *nicht in Widerspruch zum jederzeitigen Auflösungsrecht* des Art. 404 Abs. 1 OR<sup>18</sup>. Denn dieses Auflösungsrecht vermag die Tatsache, dass ein verbindlicher Vertrag abgeschlossen wurde, nicht zu beseitigen.

Auf die Abwicklung des abgeschlossenen Vertrages aber darf jede Partei so lange vertrauen, als ihr die Gegenpartei nicht zu erkennen gibt, dass sie von ihrem Auflösungsrecht Gebrauch machen will<sup>19</sup>. Andernfalls wäre eine Partei, die sich zu ihrem Nachteil auf die weitere Abwicklung des vorzeitig aufgelösten Vertrages verlassen hat, schlechter gestellt, als wenn sie den betreffenden Vertrag nicht abgeschlossen und deshalb auch nicht auf dessen Abwicklung vertraut hätte. Das kann jedoch nicht der Sinn eines Vertragsabschlusses sein, um so [12] weniger, als namentlich der Beauftragte sich in aller Regel auf die Zukunft einrichten muss, um den Auftrag überhaupt richtig erfüllen zu können.

c. Erstreckt sich die Ersatzpflicht des Kündigenden auf den Ersatz des Vertrauensschadens, so ist zugleich klargestellt, dass der Kündigungsgegner *keinen Anspruch auf Ersatz des Erfüllungsinteresses* hat<sup>20</sup>. Das letztere entspricht auch der Auffassung des Bundesgerichtes (BGE 109 II 470) und bestätigt den Satz, „dass die Hoffnungen und Inter-

<sup>14</sup> Vgl. z.B. HOFSTETTER, a.a.O., S. 51; PEYER, a.a.O., S. 129. In der Lehre wird auch vom "negativen Vertragsinteresse" gesprochen, das zu ersetzen sei (z.B. LEUENBERGER, Dienstleistungsverträge, ZSR 106, 1987 II, S. 31, mit Zitaten). Da der Ausdruck im vorliegenden Zusammenhang zu unnötigen Kontroversen Anlass gibt (vgl. DESSEMONTET, a.a.O., S. 188 ff.), verzichte ich auf seine Verwendung.

<sup>15</sup> Zum Integritätsschaden siehe im Text, Ziff. 12 lit. b.

<sup>16</sup> Statt vieler: GAUTSCHI, N 20a zu Art. 404 OR; HOFSTETTER, a.a.O., S. 50 und 51; WEBER, a.a.O., S. 131. Soweit der Beauftragte für seine Aufwendungen einen "Ersatzanspruch" schon aus Art. 402 Abs. 1 OR hat, liegt selbstverständlich kein Vertrauensschaden im Sinne des Art. 404 Abs. 2 OR vor.

<sup>17</sup> BGE 109 II 470; HOFSTETTER, a.a.O., S. 51; LEUENBERGER, a.a.O., S. 32; WEBER, a.a.O., S. 131.

<sup>18</sup> Vgl. demgegenüber DESSEMONTET, a.a.O., S. 192.

<sup>19</sup> Vgl. sinngemäss auch Art. 8 Abs. 2 OR, wo sogar das Vertrauen desjenigen geschützt wird, der auf Grund einer jederzeit "widerrufbaren" Auslobung Aufwendungen gemacht hat.

<sup>20</sup> Vgl. HOFSTETTER, a.a.O., S. 50 f.; gleicher Ansicht bereits FICK/MORLOT, Das Schweizerische Obligationenrecht, Zürich 1915, N 41 zu Art. 404 OR. Zum Integritätsinteresse siehe im Text, Ziff. 12 lit. b.

essen der einen oder andern Partei durch das einseitige Auflösungsrecht beeinträchtigt werden können“ (BGE 98 II 308)<sup>21</sup>. Seit BGE 106 II 160 verwendet das Bundesgericht jedoch einen Sprachgebrauch, der äusserst unbestimmt ist, indem das Gericht nur den Ersatz „besonderer Nachteile“ zuspricht, die der Kündigungsgegner infolge der Vertragsauflösung erlitten hat<sup>22</sup>.

Die höchstrichterliche *Formel von den „besondern Nachteilen“*<sup>23</sup> lässt offen, worin die "Besonderheit" der Nachteile bestehen muss, damit der Schaden nach der Ansicht des Bundesgerichtes ersatzfähig ist. Falls die "Besonderheit" darin besteht, dass es sich um Vertrauensschaden (im Unterschied zum "Nichterfüllungsschaden") handelt, ist lediglich die Formulierung zu kritisieren. Soll die Formel aber den ersatzfähigen Vertrauensschaden auf bestimmte (besonders geartete) Schadensposten einschränken, so ist sie auch inhaltlich abzulehnen. Denn eine derartige Einschränkung der Ersatzpflicht lässt sich weder aus dem Wortlaut des Art. 404 Abs. 2 OR herleiten, noch ist sie erforderlich, damit das Auflösungsrecht des Art. 404 Abs. 1 OR seinen Sinn behält<sup>24</sup>. Dass ein jederzeitiges Auflösungsrecht sogar dann sinnvoll sein kann, wenn der Kündigende das Erfüllungsinteresse der Gegenpartei ersetzen muss, beweist Art. 377 OR. Zu merken ist jedoch das Folgende:

Bisweilen kommt es vor, dass der Vertrauensschaden, den der Kündigungsgegner erleidet, das Erfüllungsinteresse des Geschädigten betragsmässig übersteigt. In diesem Fall bildet das Erfüllungsinteresse ("expectation interest") die oberste Grenze des Schadenersatzanspruches<sup>25</sup>. Auch diese Regel lässt sich zwar nicht mit dem Wortlaut des Art. 404 Abs. 2 OR begründen, wohl aber mit der Überlegung, dass es nicht dem Zweckgedanken des Art. 404 Abs. 2 OR entspricht, den Kündigungsgegner bei vorzeitiger Vertragsauflösung besser zu stellen, als er ohne diese Auflösung stände<sup>26</sup>.

d. Nach dem Wortlaut des Art. 404 Abs. 2 OR setzt der Schadenersatzanspruch des Kündigungsgegners voraus, dass die Vertragsauflösung „zur Unzeit“ („en temps inopportun“) geschieht. Die Frage, wann dies zutrifft, hat in Rechtsprechung und Lehre zu Diskussionen Anlass gegeben<sup>27</sup>. Richtigerweise ist die Frage so zu beantworten, dass eine Kündigung nach Art. 404 Abs. 1 OR immer (und nur dann) „zur Unzeit“ erfolgt (Art. 404 Abs. 2 OR), wenn dem andern Teil ein Vertrauensschaden erwächst<sup>28</sup>. Die „Unzeitigkeit“ der Vertragsauflösung bildet somit kein zusätzliches Erfordernis, das erfüllt sein muss, damit der Kündigungsgegner Anspruch auf Ersatz eines erlittenen Vertrauensschadens hat. Ausserdem ist beizufügen:

21 Dies ergibt sich allerdings nur aus der positivrechtlichen Regelung des Auftrages, nicht aus seinem "Wesen", wie der zitierte BGE 98 II 308 annimmt.

22 Das Bundesgericht formuliert wie folgt: "La Cour cantonale relève pertinemment que le mandataire ne peut faire valoir une prétention en dommages-intérêts du fait d'une révocation sans motif que s'il a subi un préjudice particulier ('besondere Nachteile'). Puisqu'il est de l'essence même du mandat d'être librement révocable, les parties, et notamment le mandataire, doivent compter avec ce risque, sinon la règle serait pratiquement vidée de sa substance" (BGE 106 II 160, bestätigt durch BGE 109 II 470 und 110 II 386).

23 Sie wurde aus der Kommentarliteratur (von GAUTSCHI, N 17d zu Art. 404 OR) übernommen.

24 Vgl. den letzten Halbsatz im Zitat der Anm. 22.

25 DESSEMONTET, a.a.O., S. 190.

26 Vgl. DESSEMONTET, a.a.O., S. 190.

27 Vgl. z.B. BGE 106 II 160; 109 II 469; 110 II 383; DESSEMONTET, a.a.O., S. 183 ff.; GAUTSCHI, N 17a ff. und N 18a zu Art. 404 OR; LEUENBERGER, a.a.O., S. 35 f.; PEYER, a.a.O., S. 128; TERCIER, a.a.O., S. 399.

28 Vgl. FICK/MORLOT, Das Schweizerische Obligationenrecht, Zürich 1915, N 30 zu Art. 404 OR.

e. Die Schadenersatzpflicht, die den „zurücktretenden Teil“ nach Massgabe des Art. 404 Abs. 2 OR trifft, hat ihren Grund in der erklärten Vertragsauflösung. Da diese Vertragsauflösung jedoch *zu Recht* erfolgt, liegt der Ersatzpflicht keine Vertragsverletzung zugrunde, weshalb sie auch nicht vom Verschulden des Kündigenden abhängt<sup>29</sup>. Das aber hindert den Richter nicht, die Grösse des Ersatzes nach den "Umständen" zu bemessen<sup>30</sup> (Art. 43 Abs. 1 OR) und die Schadenersatzpflicht herabzusetzen oder gänzlich von ihr zu entbinden (Art. 44 Abs. 1 OR [13])<sup>31</sup>, wenn z.B. der Kündigungsgegner durch sein eigenes Verhalten berechtigten Anlass zur Vertragsauflösung gegeben hat.

Ob und inwieweit die Schadenersatzpflicht des Kündigenden im Einzelfall herabzusetzen ist, hängt vom Ermessen des Richters ab, den das Gesetz diesbezüglich an keine starren Regeln bindet. Das ist zu betonen gegenüber der Meinung, wonach der Schadenersatzanspruch des Kündigungsgegners von vorneherein und gänzlich entfällt, wenn er seine Vertragspflichten verletzt oder sonstwie einen "sachlich vertretbaren Grund" zur Vertragsauflösung geliefert hat<sup>32</sup>. Richtig ist nur, dass es dem Richter obliegt, ein derartiges Verhalten im Rahmen des sinngemäss anwendbaren Art. 44 Abs. 1 OR zu berücksichtigen, was zur Ermässigung oder zum Ausschluss der Schadenersatzpflicht führen kann<sup>33</sup>. Namentlich bei einer "geringen Nachlässigkeit"<sup>34</sup> des Kündigungsgegners dürfte es sich rechtfertigen, die Ersatzpflicht bloss zu ermässigen, statt den Kündigenden von der Pflicht zur Schadenersatzleistung völlig zu befreien.

---

<sup>29</sup> Offengelassen in BGE 55 II 183 f.

<sup>30</sup> Zu den "Umständen", die der Richter nach seinem Ermessen berücksichtigen kann, gehört etwa das Vorliegen eines "wichtigen" Auflösungsgrundes. Beruht der "wichtige Grund" auf dem Verhalten des Kündigungsgegners, so kommt Art. 44 Abs. 1 OR zur Anwendung (vgl. Anm. 31). – Weit über das Ziel hinaus schießt aber die Ansicht, dass jeder "wichtige Grund", ja sogar jeder vertretbare Auflösungsgrund die Schadenersatzfolge ohne weiteres beseitigt (so jedoch GAUTSCHI, N 17b f. zu Art. 404 OR). Dass z.B. der Auftraggeber für die vereinbarten Dienste keine Verwendung mehr hat, ist durchaus ein "vertretbarer Auflösungsgrund", rechtfertigt es im Normalfall aber nicht, an der Ersatzpflicht des Art. 404 Abs. 2 OR etwas zu ändern (vgl. sinngemäss GAUCH, Der Rücktritt des Bestellers vom Werkvertrag, in: Festschrift LOCHER, Düsseldorf 1990, S. 42 f.).

<sup>31</sup> Die Art. 43 Abs. 1 und 44 Abs. 1 OR kommen sinngemäss zur Anwendung. Diese sinngemässe Anwendung lässt sich zwar nicht auf Art. 99 Abs. 3 OR abstützen, weil Art. 404 Abs. 2 OR keine Haftung aus "vertragswidrigem Verhalten" (Art. 99 Abs. 3 OR) regelt. Umgekehrt bildet Art. 99 Abs. 3 OR aber auch kein Hindernis, im Anwendungsbereich des Art. 404 Abs. 2 OR auf die erwähnten Bestimmungen sinngemäss zurückzugreifen, da er keineswegs bezweckt, die analoge Anwendbarkeit deliktsrechtlicher Regeln auf Fälle "vertragswidrigen Verhaltens" zu beschränken.

<sup>32</sup> Vgl. BGE 104 II 320; 109 II 469; 110 II 383. In den zwei zuletzt genannten Entscheiden vertritt das Bundesgericht die Ansicht, dass es sogar an der "Unzeitigkeit" der Kündigung (Art. 404 Abs. 2 OR) fehle, wenn der Kündigungsgegner dafür einen "sachlich vertretbaren Grund" ("einen begründeten Anlass") geliefert habe (so bereits FICK/MORLOT, a.a.O., N 34 - 36 zu Art. 404 OR; gleicher Meinung z.B. auch TERCIER, a.a.O., S. 399; WEBER, a.a.O., S. 131; ablehnend aber schon GAUCH, BR 1985, S. 56 f., Anm. zu Nr. 42, Ziff. 5).

<sup>33</sup> Vgl. schon GAUCH, BR 1985, S. 56 f., Anm. zu Nr. 42, Ziff. 6; beachte auch BGE 110 II 282 zu Art. 418u Abs. 3 OR. Ausserdem ist beizufügen:

Steht einer Auftragspartei im konkreten Einzelfall die Möglichkeit offen, den Vertrag nach den Regeln über den Schuldnerverzug (Art. 102 ff. OR) aufzulösen (Art. 107 - 109 OR), so hat dies zwar keinen Einfluss auf das jederzeitige Kündigungsrecht des Art. 404 Abs. 1 OR. Macht die betreffende Partei aber von diesem Kündigungsrecht Gebrauch, statt nach den Regeln über den Schuldnerverzug (unter Ansetzung einer verlangten Nachfrist) vorzugehen, so wird sie von der Schadenersatzpflicht des Art. 404 Abs. 2 OR weder ganz noch teilweise befreit. Diesbezüglich verhält es sich gleich wie für den Werkbesteller, der den Werkvertrag nach Art. 377 OR auflöst, statt nach einer einschlägigen Sonderregel vorzugehen (vgl. GAUCH, Der Rücktritt des Bestellers vom Werkvertrag, a.a.O., S. 43).

<sup>34</sup> BGE 110 II 383.

### III. Die Rechtfertigung des Art. 404 OR

6. Mit dem umschriebenen Inhalt ist *Art. 404 OR eine vertragsrechtliche Sonderregel*. Sie schwächt den Grundsatz, wonach Verträge zu halten sind, in zweifacher Weise ab:

- Erstens kann jede Partei den abgeschlossenen Vertrag jederzeit und nach Belieben wieder auflösen (Art. 404 Abs. 1 OR). Somit ist sie jederzeit berechtigt, sich durch Auflösung des Vertrages von der Pflicht zur Einhaltung ihres vertraglichen Leistungsversprechens zu befreien.
- Zweitens schuldet, wer den Vertrag nach Art. 404 Abs. 1 OR auflöst, nicht Ersatz des Erfüllungsinteresses. Vielmehr wird er verpflichtet, den Vertrauensschaden zu ersetzen, den der andere Teil durch die vorzeitige Vertragsauflösung erleidet (Art. 404 Abs. 2 OR).

Dass im System des schweizerischen Vertragsrechts eine derartige Regel aussergewöhnlich ist, braucht nicht näher erläutert zu werden. Umso mehr stellt sich die Frage nach der inneren Rechtfertigung des Art. 404 OR. Bei der Beantwortung dieser Frage ist zu unterscheiden zwischen der Bestimmung des Art. 404 Abs. 1 und jener des Art. 404 Abs. 2 OR.

7. Ich beginne mit der *Bestimmung des Art. 404 Abs. 1 OR*, die den Parteien des Auftragsverhältnisses ein jederzeitiges (voraussetzungsloses) Recht zur einseitigen Auflösung des Vertrages einräumt.

a. Vom *Bundesgericht* wird diese Bestimmung auch in BGE 115 II 464 ff. mit dem Vertrauensverhältnis der Parteien begründet. Art. 404 Abs. 1 OR rechtfertige sich deshalb, weil „der Beauftragte regelmässig eine ausgesprochene Vertrauensstellung“ einnehme, „es aber keinen Sinn“ habe, „den Vertrag noch aufrechterhalten zu wollen, wenn das Vertrauensverhältnis zwischen den Parteien zerstört“ sei (BGE 115 II 466). Diese Begründung vermag jedoch nicht zu überzeugen, obwohl sie bereits in der Lehre zum alten Obligationenrecht angerufen wurde<sup>35</sup>. Denn:

- [14] Erstens erfasst die Begründung des Bundesgerichts *nur Fälle, in denen der Beauftragte tatsächlich eine „ausgesprochene Vertrauensstellung“ einnimmt*, weil er z.B. im höchstpersönlichen Bereich des Auftraggebers tätig ist. Daneben aber gibt es viele Auftragsverhältnisse, bei denen das Vertrauen des Auftraggebers nicht über ein allgemeines Vertrauen hinausgeht, wie es zwischen Vertragsparteien üblich ist<sup>36</sup>. Stellt man nun auf die Gesamtheit der im heutigen Rechtsalltag vereinbarten Auftragsverhältnisse ab, so ist zumindest zweifelhaft, ob die Aufträge mit „ausgesprochener Vertrauensstellung“ des Beauftragten den Regelfall bilden, wie das Bundesgericht annimmt. Einschlägige Rechtstatsachenforschungen fehlen. Und das Bundesgericht verschweigt, auf welche Erkenntnisquelle es seine Annahme abstützt.
- Zweitens ist die „ausgesprochene Vertrauensstellung“ des Beauftragten ein Argument, das höchstens für ein jederzeitiges Auflösungsrecht des *Auftraggebers* spricht. Was

<sup>35</sup> Vgl. HAFNER, a.a.O., N 1 zu Art. 402 aOR.

<sup>36</sup> KOLLER-TUMLER, *recht* 1984, S. 55.

dagegen den *Beaufragten* betrifft, so ist nicht einzusehen, weshalb seine besondere Vertrauensstellung es rechtfertigen soll, dass er den abgeschlossenen Vertrag wieder auflösen und den Auftraggeber im Stich lassen darf, wenn und wann es ihm gerade beliebt. Das „ausgesprochene Vertrauen“, das ihm der Auftraggeber entgegenbringt, wäre eher ein Grund, die Vertragsauflösung der puren Willkür des Beaufragten zu entziehen<sup>37</sup>. Keineswegs aber rechtfertigt es die Annahme, dass die versprochene Leistung für den Beaufragten in jedem Falle unzumutbar wird, wenn die innere Bereitschaft, sie zu verrichten, aufhört<sup>38</sup>.

- Drittens argumentiert das Bundesgericht mit der Überlegung, dass es mit Rücksicht auf die „ausgesprochene Vertrauensstellung“ des Beaufragten „*keinen Sinn*“ habe, „*den Vertrag noch aufrechterhalten zu wollen, wenn das Vertrauensverhältnis zwischen den Parteien zerstört*“ sei. Mit diesem Argument aber lässt sich nicht erklären, weshalb das jederzeitige Auflösungsrecht des Art. 404 Abs. 1 OR an keine Voraussetzung geknüpft ist, also nicht einmal voraussetzt, dass das Vertrauensverhältnis zerstört ist. Der Gedanke spräche eher für ein Kündigungsrecht aus „wichtigem Grund“.

b. Da die Argumente des Bundesgerichts nicht stichhaltig sind, ist *nach andern Gründen zu suchen*, die für das jederzeitige Auflösungsrecht des Art. 404 Abs. 1 OR sprechen.

- Das jederzeitige *Auflösungsrecht des Auftraggebers* rechtfertigt sich aus dem Umstand, dass der Beauftragte im Interesse des Auftraggebers tätig ist und im Normalfall kein eigenes Interesse an der tatsächlichen Leistung der versprochenen Dienste hat<sup>39</sup>. Aus dieser Sachlage heraus versteht sich, weshalb das Gesetz (unbekümmert darum, ob der Beauftragte eine "besondere Vertrauensstellung" einnimmt oder nicht!) dem Auftraggeber jederzeit gestattet, auf die vereinbarten Dienste zu verzichten, indem er den Vertrag durch einseitige Erklärung auflöst. Auf dem gleichen Gedanken beruht auch das jederzeitige Auflösungsrecht des Werkbestellers (Art. 377 OR) und des Hinterlegers (Art. 475 Abs. 1 OR).

- Grössere Schwierigkeiten bereitet die Frage nach dem Grund, der das jederzeitige *Auflösungsrecht des Beaufragten* rechtfertigt<sup>40</sup>. Warum soll der Beauftragte berechtigt sein, die dem Auftraggeber (und in dessen Interesse) versprochene Leistung jederzeit zu verweigern oder abzubrechen, indem er den Vertrag auflöst?

Dass die „ausgesprochene Vertrauensstellung“, die der Beauftragte häufig einnimmt, zur Begründung seines jederzeitigen Auflösungsrechts nicht ausreicht, sondern eher für das Gegenteil spricht, wurde bereits gesagt. Aber auch andere Gründe für ein freies Kündigungsrecht des Beaufragten sind nicht ersichtlich<sup>41</sup>, wenn man vom unentgeltlichen Auftrag absieht.

---

37 Vgl. dazu auch unten im Text, Ziff. 12 lit. b.

38 So aber JÄGGI, Bemerkungen zu einem Urteil über den Architektenvertrag, *SJZ* 69, 1973, S. 304.

39 Vgl. VON BÜREN, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, Zürich 1972, S. 140.

40 Vgl. HOFSTETTER, a.a.O., S. 54.

41 Vgl. VON BÜREN, a.a.O., S. 142. In Lehre und Rechtsprechung werden zwar solche Gründe konstruiert. Zu überzeugen vermögen sie aber nicht. Das gilt etwa für die Behauptung, dass die Weisungsgebundenheit des Beaufragten (Art. 397 OR) nach einem freien Kündigungsrecht verlange (so: HOFSTETTER, a.a.O., S. 54); oder für das Argument, "dass das Kündigungsrecht des Beaufragten das logische Gegenstück zum Widerrufsrecht des Auftraggebers" bilde (BGE 98 II 308). Dass eine "Logik" im soeben erwähnten Sinne keineswegs zwingend ist (richtig z.B.: HOFSTETTER, a.a.O., S. 49; WEBER, a.a.O., S.



[15] Für den unentgeltlichen Auftrag ist das jederzeitige Kündigungsrecht des Beauftragten eine gesetzliche Regel, die im Sinne einer allgemeinen Regel als billig und gerecht erscheint<sup>42</sup>. Geradezu „selbstverständlich“ ist die Regel zwar auch für diesen Auftrag nicht. Doch vermag sie als eine *mögliche* Lösung zu überzeugen, wenn man grundsätzlich anerkennt, dass die Unentgeltlichkeit der versprochenen Leistung eine Abschwächung der vertraglichen Bindung und damit eine Privilegierung des Verpflichteten rechtfertigen kann. Damit ist aber zugleich gesagt, dass das freie Kündigungsrecht des unentgeltlich Beauftragten nicht die *einzig* „richtige“ Lösung darstellt, weshalb es unter Wertungsgesichtspunkten nicht weiter zu stören braucht, dass der Gesetzgeber für andere unentgeltliche Geschäfte andere Lösungen gewählt hat. Im Interesse einer einheitlichen Rechtsordnung wäre es allerdings zu begrüßen, wenn die gesetzliche Regelung unentgeltlicher Verträge systematisiert und vereinheitlicht würde.

**8.** Dem Gesagten zufolge ist die Bestimmung des Art. 404 Abs. 1 OR, falls man nach „inneren“ Gründen sucht, nur zum Teil gerechtfertigt. Wie aber verhält es sich mit der *Regel des Art. 404 Abs. 2 OR*, wonach der Kündigungsgegner keinen Anspruch auf Ersatz des Nichterfüllungsschadens hat, sondern nur Ersatz eines erlittenen Vertrauensschadens verlangen kann?

Für *unentgeltliche* Aufträge lässt sich die Regel des Art. 404 Abs. 2 OR durchaus begründen. Sie bringt, wenn der Beauftragte vorzeitig kündigt, eine natürliche Fortsetzung des Gedankens, dass sich für den unentgeltlich Verpflichteten eine privilegierende Abschwächung der vertraglichen Bindung rechtfertigen kann. Kündigt jedoch der Auftraggeber, so erleidet der unentgeltlich Beauftragte von vornherein keinen Gewinnausfall, weshalb ihm mit dem Ersatz des Vertrauensschadens im allgemeinen gedient ist<sup>43</sup>.

Für *entgeltliche* Aufträge hingegen ist die Frage, weshalb der Kündigungsgegner auf den Ersatz des Vertrauensschadens verwiesen wird, nur schwer zu beantworten. Dass das Gesetz die jederzeitige Vertragsauflösung erlaubt (Art. 404 Abs. 1 OR), bildet jedenfalls keinen Grund, noch einen Schritt weiterzugehen und dem Kündigungsgegner auch den Anspruch auf Ersatz des Erfüllungsinteresses zu nehmen. Hiefür bräuhete es eine zusätzliche Rechtfertigung, an der es bei entgeltlichen Aufträgen aber fehlt.

---

127), zeigen schon die Bestimmungen der Art. 475 Abs. 1 OR (Hinterlegungsvertrag) und Art. 377 OR (Werkvertrag), die ein jederzeitiges Auflösungsrecht nur für die eine der beiden Parteien (den Hinterleger und den Besteller) vorsehen.

42 Vgl. z.B. von BÜREN, a.a.O., S. 140. Siehe aber unten im Text, Ziff. 12 lit. b.

43 Vorbehalten bleibt der atypische Fall, da der Beauftragte ein Eigeninteresse an der Ausführung des Auftrages hat. Was den Integritätsschaden anbelangt, siehe im Text, Ziff. 12 lit. b.

#### IV. Zwingender oder dispositiver Charakter des Art. 404 Abs. 1 OR?

9. Nach konstanter *Rechtsprechung des Bundesgerichts*<sup>44</sup> enthält Art. 404 Abs. 1 OR zwingendes Recht. Diese Rechtsprechung wird jetzt in BGE 115 II 464 ff. erneut bestätigt. Das Bundesgericht sieht zwar davon ab, seine Ansicht vom zwingenden Charakter des Art. 404 Abs. 1 OR explizit zu begründen. Doch verweist es auf seine „bisherige Rechtsprechung“. Davon „abzuweichen und den zwingenden Charakter des Art. 404 Abs. 1 OR in Zweifel zu ziehen“, bestehe „keine Veranlassung“ (S. 467). Deshalb bleibe es dabei, „dass das freie Widerrufsrecht im Auftragsverhältnis vertraglich weder wegbedungen noch beschränkt werden“ dürfe (S. 467 f.).

10. Der höchstrichterliche *Verweis auf die „bisherige Rechtsprechung“* entbindet die Lehre nicht von der Aufgabe, diese Rechtsprechung zu hinterfragen. Demzufolge stellt sich die Frage nach den Erwägungen, von denen sich das Bundesgericht bisher leiten liess. Die Antwort ergibt sich aus BGE 104 II 115 f. Danach stützt das Bundesgericht sich auf die *Prämisse*, wonach das Auflösungsrecht des Art. 404 Abs. 1 OR durch die „ausgesprochene Vertrauensstellung“ gerechtfertigt sei, die der Beauftragte „meistens“ einnehme. Damit würde sich (so die Folgerung des Bundesgerichts) „ein Verzicht auf das freie Widerrufsrecht ... nicht vertragen“.

a. Die Prämisse vermag, wie bereits gesagt wurde, nicht zu überzeugen. Selbst wenn sie aber zutreffen würde, vermöchte sie den zwingenden Charakter des Art. 404 Abs. 1 OR *nicht* [16] *für alle Auftragsverhältnisse* zu erklären, sondern bestenfalls für höchstpersönliche oder andere Aufträge, bei denen der Beauftragte tatsächlich eine „ausgesprochene Vertrauensstellung“ einnimmt<sup>45</sup>. Diesen Einwand allerdings will das Bundesgericht in BGE 115 II 466 f. nicht gelten lassen. Vielmehr hält es dagegen:

- Erstens sei Art. 404 OR „in die Gesamtordnung des Auftragsrechtes integriert“, die alle Auftragsverhältnisse „einem einheitlichen Beendigungssystem“ unterstelle. „Der klare Wortlaut des Gesetzes“ lasse „eine Differenzierung nicht zu“<sup>46</sup>.
- Zweitens sei „der Begriff der Höchstpersönlichkeit kein taugliches Abgrenzungskriterium“. Denn einerseits sei er „nicht Ausdruck eines besonderen Vertrauensverhältnisses, indem ein solches durchaus auch bei befugter Auftragserfüllung durch Hilfspersonen oder Substituten gegeben sein“ könne; und andererseits erlaube er „keine Abgrenzung nach systematisch klaren Grundsätzen“, sondern sei „ausgesprochen am Einzelfall orientiert“. Das letztere aber biete „Auslegungsschwierigkeiten, die sich mit der bisherigen, dem klaren Gesetzeswortlaut folgenden Rechtsprechung vermeiden“ liessen.

b. Vermögen diese *Gegenargumente des Bundesgerichts* einer Überprüfung standzuhalten? Ich glaube nicht. Denn:

- Das Bundesgericht beruft sich (gleich zweimal) auf den „klaren Wortlaut des Gesetzes“, dem die bisherige Rechtsprechung folge. In Wirklichkeit aber ist klar, dass der

<sup>44</sup> BGE 110 II 382 ff.; 109 II 467; 106 II 159; 104 II 115 f.; 98 II 307; 59 II 261.

<sup>45</sup> So auch HOMBURGER, SZW 63, 1991, S. 35.

<sup>46</sup> So z.B. auch MERZ, in: *Innominatverträge*, Festschrift SCHLUEP, Zürich 1988, S. 213.

(angeblich) zwingende Charakter des Art. 404 Abs. 1 OR in keinem Wort des Gesetzes auch nur angedeutet, sondern durch eine richterliche Auslegung des Art. 404 Abs. 1 OR ermittelt wird, die über den Wortlaut des Gesetzes hinausgeht<sup>47</sup>. Der Gesetzeswortlaut wäre demzufolge kein Hindernis, den zwingenden Charakter des Art. 404 Abs. 1 OR nur für Auftragsverhältnisse mit „ausgesprochener Vertrauensstellung“ des Beauftragten zu bejahen, für andere dagegen nicht.

- Sodann lehnt das Bundesgericht eine Differenzierung im soeben erwähnten Sinne ab, weil die „*Gesamtordnung des Auftragsrechtes*“, dem Art. 404 Abs. 1 OR integriert ist, alle Auftragsverhältnisse "einem einheitlichen Beendigungssystem (Art. 404 ff. OR)" unterstelle. Gesetzt den Fall, dieses systematische Argument wäre überzeugend, so würde es nur bedeuten, dass Art. 404 Abs. 1 OR für alle Auftragsverhältnisse *entweder* zwingend *oder* durchwegs dispositiv wäre. Das Argument könnte also ebensogut verwendet werden, um den zwingenden Charakter des Art. 404 Abs. 1 OR überhaupt zu verneinen. Da die gesetzlichen Bestimmungen unseres Vertragsrechts grundsätzlich dispositiver Natur sind, würde diese Konsequenz sogar näher liegen. Das gilt umso mehr, als zumindest zweifelhaft ist, ob die Aufträge mit „ausgesprochener Vertrauensstellung“ des Beauftragten den Regelfall bilden (vgl. oben, Ziff. 7 lit. a).
- Des weitern meint das Bundesgericht, dass der „*Begriff der Höchstpersönlichkeit*“ nicht „Ausdruck eines besonderen Vertrauensverhältnisses“ sei. Für den Begriff (!) der Höchstpersönlichkeit trifft diese Behauptung selbstverständlich zu, nicht aber für den Umstand, dass ein Beauftragter beigezogen wird, um im höchstpersönlichen Bereich des Auftraggebers tätig zu sein. In einem solchen Fall bringt der Auftraggeber seinem Beauftragten ein besonders hohes Vertrauen entgegen. Das ist denn auch gemeint, wenn wir von einem "höchstpersönlichen" Auftrag sprechen. Demgegenüber scheint jetzt das Bundesgericht den Ausdruck "höchstpersönlich" auf Vertragsverhältnisse zu beziehen, in denen der Beauftragte den übernommenen Auftrag in eigener Person zu erfüllen hat<sup>48</sup>.
- Schliesslich wendet sich das Bundesgericht gegen eine *am „Einzelfall“ orientierte Rechtsprechung*, weil sie zu „Auslegungsschwierigkeiten“ führe, die sich mit der bisherigen Rechtsprechung vermeiden liessen<sup>49</sup>. Die Vereinfachung der Rechtsprechung kann nun aber kein Grund sein, der eine undifferenzierte Rechtsanwendung rechtfertigt, falls die tatsächlichen [17] Lebensverhältnisse nach einer Differenzierung verlangen<sup>50</sup>. Das gilt namentlich dann, wenn das Gericht sich anschickt, eine gesetzliche Normbestimmung (über den Wortlaut hinaus) als zwingend auszulegen, da schon das Grundprinzip der Inhaltsfreiheit (Art. 19 Abs. 1 OR) verlangt, dass eine solche Auslegung restriktiv erfolgt. Ausserdem wäre die Rechtsprechung durchaus in der Lage, sinnvolle Fallgruppen zu bilden, womit sich die befürchteten Schwierigkeiten weitgehend vermeiden liessen.

---

47 Vgl. demgegenüber LEUENBERGER, a.a.O., S. 43. Nach seinem Textverständnis spricht "der Wortlaut des Art. 404 Abs. 1 OR ... deutlich für eine zwingende Natur", was ernsthaft aber kaum behauptet werden kann.

48 Wohl anders aber noch BGE 104 II 116, wo das Bundesgericht auf die "persönlich bedingten Beziehungen zwischen den Parteien" Bezug nahm.

49 Ähnlich schon BGE 98 II 309, wo das Bundesgericht sich auf das "Gebot der Rechtssicherheit" berief.

50 Ähnlich schon FRIEDRICH, *ZBJV* 91, 1955, S. 479.

11. Die vorstehende Kritik der bundesgerichtlichen Erwägungen (Ziff. 10 lit. a und b) hielt sich an die Vorgabe des Gerichts. Im Sinne einer Arbeitshypothese ging sie davon aus, dass die Prämisse, aus der das Bundesgericht den zwingenden Charakter des Art. 404 Abs. 1 OR herleitet (Ziff. 10), zu überzeugen vermöge. Nachdem dies aber nicht zutrifft (vgl. oben, Ziff. 7 lit. a), stellt sich *die weitergehende Frage*, ob der vom Bundesgericht verfochtene Grundsatz, dass Art. 404 Abs. 1 OR zwingendes Recht enthalte, nicht überhaupt in Zweifel zu ziehen sei.

a. Die *Lehre* ist hinsichtlich der aufgeworfenen Frage zurückhaltend, indem sie weniger den Grundsatz des zwingenden Charakters kritisiert als seine Anwendung auf Fälle, für die er nicht passt<sup>51</sup>. Ich selber hatte mich bislang auf den Boden der "beschränkt kritischen" Lehre gestellt<sup>52</sup>. Dennoch glaube ich bei erneuter Prüfung, dass schon der Grundsatz zu überdenken wäre. Jedenfalls gibt es gute Argumente, die gegen den zwingenden Charakter des Art. 404 Abs. 1 OR sprechen. Zu unterscheiden ist zwischen dem Auflösungsrecht des Auftraggebers und jenem des Beauftragten:

b. Das *jederzeitige Auflösungsrecht des Auftraggebers* trägt dem Umstand Rechnung, dass der Beauftragte im Interesse des Auftraggebers tätig ist und im Normalfall kein "eigenes Interesse" an der tatsächlichen Leistung der versprochenen Dienste hat (vgl. oben, Ziff. 7 lit. b). Mit Rücksicht darauf rechtfertigt sich zwar die Regel des Art. 404 Abs. 1 OR, soweit die freie Kündigung durch den Auftraggeber in Frage steht. Das heisst aber noch nicht, dass die gesetzliche Regel deswegen auch zwingend ist. Andernfalls wäre jede gerechtfertigte Gesetzesbestimmung notwendigerweise zwingend, was wohl niemand behaupten dürfte.

Ebensowenig lässt sich aber auch behaupten, der Beauftragte sei von vornherein und in jedem Falle gewillt, sich mit dem jederzeitigen Auflösungsrecht des Auftraggebers abzufinden. Die Vertragspraxis zeigt das Gegenteil, wofür es verständliche Gründe gibt. Denn im Einzelfall ist durchaus möglich, dass der Beauftragte eben doch (vielleicht sogar „primär“) ein Eigeninteresse an der tatsächlichen Auftragsbefriedigung hat<sup>53</sup> oder beim entgeltlichen Auftrag seine Verdienstinteressen sichern möchte<sup>54</sup>. Warum nun eine entsprechende Vereinbarung, welche das jederzeitige (voraussetzungslose) Auflösungsrecht des Auftraggebers (z.B. bei Dauerverträgen<sup>55</sup>) ausschliesst oder einschränkt, *ganz generell* unzulässig sein soll, ist nicht einzusehen<sup>56</sup>, auch nicht im Dienstbereich der „liberalen Berufe“<sup>57</sup>. Für die „Unzulässigkeit“ einer derartigen Abrede sprechen weder der Wortlaut des

51 Vgl. BGE 109 II 467 mit Zitaten; BUCHER, OR Besonderer Teil, a.a.O., S. 228.

52 Vgl. z.B. GAUCH, *recht* 1983, S. 136; BR 1984, S. 51; BR 1985, S. 15, Anm. zu Nr. 3; Der Werkvertrag, 3. Aufl., Zürich 1985, Nr. 58.

53 HOFSTETTER, a.a.O., S. 50. Die möglichen Gründe für ein derartiges "Eigeninteresse" sind mannigfaltig. Zum Beispiel ist möglich, dass es dem Beauftragten darauf ankommt, Arbeitsplätze für seinen Geschäftsbetrieb zu sichern, Erfahrungen zu sammeln, in einen bestimmten Markt einzudringen, sich bekannt zu machen, die Basis für Folgeaufträge zu schaffen u.s.w.

54 Dieser Zweck liesse sich allerdings auch durch eine von Art. 404 Abs. 2 OR abweichende Vereinbarung erreichen, die den Schadenersatzanspruch des Beauftragten infolge vorzeitiger Vertragsauflösung auf das Erfüllungsinteresse ausdehnen würde.

55 Zum Begriff der Dauerverträge: GAUCH, System der Beendigung von Dauerverträgen, Diss. Freiburg 1968, S. 1 ff.

56 Vgl. auch FRIEDRICH, *ZBJV* 91, 1955, S. 482. Siehe aber unten im Text, Ziff. 12 lit. a.

57 Vgl. demgegenüber HOFSTETTER, a.a.O., S. 52 f., der besonders Wert darauf legt, dass "bei den traditionell im Auftragsverhältnis ausgeübten liberalen Berufen der freie Widerruf dem Auftraggeber" zwingend zusteht.

Art. 404 Abs. 1 OR<sup>58</sup> noch die Tatsache, dass der Beauftragte für den Auftraggeber tätig ist. Das letztere trifft z.B. auch für den Agenten zu, ohne dass der Gesetzgeber es für nötig fand, dessen Auftraggeber mit einem freien Kündigungsrecht auszustatten (vgl. Art. 418p ff. OR).

Was die liberalen Berufe angeht, so muss daran erinnert werden, dass die „freien Dienste“ im alten Obligationenrecht noch den Regeln über den damaligen Dienstvertrag (Art. 338 ff. aOR) unterworfen und damit der jederzeitigen Kündbarkeit des Auftragsrechts [18] (Art. 402 aOR<sup>59</sup>) entzogen waren (Art. 348 aOR<sup>60</sup>). Umso mehr überrascht, wenn jetzt der zwingende Charakter des Art. 404 Abs. 1 OR deswegen befürwortet wird, weil damit „wenigstens Gewähr geboten“ sei, „dass bei den traditionell im Auftragsverhältnis ausgeübten liberalen Berufen der freie Widerruf dem Auftraggeber“ zustehe<sup>61</sup>. Weder ist die angerufene Tradition (wonach liberale Berufe im Auftragsverhältnis ausgeübt werden) so alt, dass sie in das alte Obligationenrecht zurückreicht, noch ergibt sich ein zwingendes (jederzeitiges) Widerrufsrecht des Auftraggebers aus der „Natur“ der freien Dienste<sup>62</sup>. Schon der ursprüngliche Gesetzgeber war diesbezüglich anderer Ansicht, mag er auch das auftragsrechtliche Kündigungsrecht des Art. 402 aOR, dem die freien Dienste entzogen waren (!), als zwingendes Recht aufgefasst haben, was sich aber nicht mit Sicherheit belegen lässt<sup>63</sup>.

c. Das *jederzeitige Auflösungsrecht des Beauftragten* vermag nur bei unentgeltlichen Aufträgen zu überzeugen (vgl. oben, Ziff. 7 lit. b). Das allein schon verbietet eine richterliche Gesetzesauslegung, die dem erwähnten Auflösungsrecht des Beauftragten sogar bei *entgeltlichen* Aufträgen zwingenden Charakter zuspricht, obwohl der Wortlaut des Art. 404 Abs. 1 OR dies nicht verlangt<sup>64</sup>.

Aber auch bei *unentgeltlichen* Aufträgen besteht kein zwingender Grund, eine von Art. 404 Abs. 1 OR abweichende Vereinbarung auszuschliessen, falls der Beauftragte in seiner „Liberalität“ so weit gehen möchte, dass er auf das jederzeitige (voraussetzungslose) Auflösungsrecht vertraglich verzichten will. Das zeigt schon das Gesetz, das für das Hauptbeispiel eines unentgeltlichen Geschäftes, den Schenkungsvertrag, nicht einmal eine dispositive Bestimmung enthält, die es dem Verpflichteten gestatten würde, den Vertrag jederzeit und voraussetzungslos (also ganz nach Belieben) aufzulösen (vgl. Art. 249 f. OR). Das gleiche gilt für die Gebrauchsleihe (Art. 309 OR) und für das unentgeltliche Darlehen (Art. 318 OR).

Das Merkmal der Unentgeltlichkeit steht also dem vereinbarten Verzicht des Beauftragten auf sein jederzeitiges Kündigungsrecht (Art. 404 Abs. 1 OR) nicht entgegen. Vielmehr wäre es Ausdruck einer „paternalistischen“ Bevormundung, wenn man dem unentgeltlich Beauftragten verbieten wollte, sein jederzeitiges Kündigungsrecht vertraglich

58 Vgl. dazu im Text, Ziff. 10 lit. b.

59 Vgl. dazu im Text, Ziff. 3.

60 Unter dem Randtitel "freie Dienste" hielt Art. 348 aOR fest: "Die Vorschriften dieses Titels (gemeint: des Titels über den Dienstvertrag!) finden auch Anwendung auf Dienstverhältnisse, in welchen gegen ein verabredetes oder vorausgesetztes Honorar solche Arbeiten zu leisten sind, welche eine besondere Fachkenntnis, eine Kunstfertigkeit oder wissenschaftliche Bildung voraussetzen (freie Dienste)". Darunter fielen nach der Rechtsprechung z.B. die Dienste des Architekten und des Arztes (vgl. HAFNER, a.a.O., N 2 zu Art. 348 aOR; FICK/MORLOT, a.a.O., N 64 und N 70 vor Art. 319 OR).

61 So: HOFSTETTER, a.a.O., S. 52 f.

62 Vgl. demgegenüber DESSEMONTET, a.a.O., S. 179.

63 Die Beweisführung von PEYER, a.a.O., S. 138, ist jedenfalls nicht stringent.

64 Vgl. dazu im Text, Ziff. 10 lit. b.

aufzugeben oder zu beschränken, nur um ihn vor allzugrosser „Freigebigkeit“ zu schützen<sup>65</sup>.

12. Aus dem Gesagten folgt, dass sich die freie Kündbarkeit jedenfalls nicht als „strukturelles“ und deshalb unverzichtbares Merkmal des Auftrages hinstellen lässt<sup>66</sup>, was im übrigen auch ein Vergleich mit ausländischen Rechtsordnungen zeigt<sup>67</sup>. Im Gegenteil drängt sich *die These* auf, dass Art. 404 Abs. 1 OR eine nur *dispositive Bestimmung* enthält, von der die Parteien grundsätzlich abweichen können<sup>68</sup>. Diese These bedarf einer weiteren Erläuterung, indem zwei wichtige Punkte hervorgehoben werden:

a. Die dispositive Natur des Art. 404 Abs. 1 OR erlaubt den Parteien nicht, von der Regel des Art. 404 Abs. 1 OR unbeschränkt abzuweichen. Vielmehr sind Vereinbarungen, die dem dispositiven Art. 404 Abs. 1 OR widersprechen, nach der allgemeinen *Bestimmung des Art. 19 Abs. 2 OR* „unzulässig“, wenn sie „gegen die öffentliche Ordnung, gegen die guten Sitten oder gegen das Recht der Persönlichkeit“ verstossen.

- Von praktischer Bedeutung ist namentlich der *persönlichkeitsrechtliche Schutz vor übermässiger Bindung*, der nachstehend allein noch berücksichtigt wird. Danach gilt der Grundsatz, dass kein Vertragspartner „sich seiner Freiheit entäussern oder sich in ihrem Gebrauch in einem das Recht oder die Sittlichkeit verletzenden Grade beschränken“ kann (Art. 27 Abs. 2 ZGB). Dieser Grundsatz erlaubt eine angemessene (aber auch genügende) Gültigkeitskontrolle der [19] vom dispositiven Art. 404 Abs. 1 OR abweichenden Parteiabreden.
- Der erwähnte Grundsatz (Art. 27 Abs. 2 ZGB) verlangt insbesondere, dass die Parteien des einfachen Auftrages (Auftraggeber und Beauftragter) immer und uneingeschränkt berechtigt bleiben, den Vertrag aus einem „wichtigen Grunde“ aufzulösen<sup>69</sup>. Abreden, die dieses Recht aufheben oder beeinträchtigen, sind unwirksam<sup>70</sup>. Hat der Beauftragte nach dem Inhalt des konkreten Vertrages „eine ausgesprochene Vertrauensstellung“, so kann das Persönlichkeitsrecht des Auftraggebers sogar jede vertragliche Einschränkung seines freien Kündigungsrechts verbieten<sup>71</sup>. Das gilt namentlich für das Kündigungsrecht des Patienten gegenüber seinem behandelnden Arzt, um nur ein einziges Beispiel zu nennen.
- Nachdem eine Kündigung aus „wichtigem Grunde“ unter allen Umständen vorbehalten bleibt, erledigt sich auch das Problem, dass Beauftragte in vielen Fällen als bevollmächtigte Vertreter des Auftraggebers tätig sind, auf den *Widerruf der Vollmacht*

65 Vgl. aber unten im Text, Ziff. 12 lit. a.

66 So aber GAUTSCHI, N 10a zu Art. 404 OR; LEUENBERGER, a.a.O., S. 43; vgl. demgegenüber noch FICK/MORLOT, a.a.O., N 27 - 29 zu Art. 404 OR.

67 Vgl. dazu BGE 98 II 309 und DESSEMONTET, a.a.O., S. 176.

68 Vgl. FRIEDRICH, ZBJV 91, 1955, S. 475 ff.

69 Vgl. auch FRIEDRICH, ZBJV 91, 1955, S. 480.

70 HOFSTETTER, a.a.O., S. 55, zieht hieraus den Schluss, dass die freie Kündbarkeit des Auftrages überhaupt unabdingbar sein müsse, weil sonst die Gefahr bestehe, dass es zu "fruchtlosen Streitereien" über das Vorliegen eines wichtigen Grundes komme (S. 54). Dem ist zu entgegen, dass das Gesetz in vielen Fällen eine Kündigung aus "wichtigem Grunde" vorsieht, was sich durchaus bewährt und die Gerichte auch nicht mit überaus vielen Streitigkeiten belastet hat.

71 FRIEDRICH, ZBJV 91, 1955, S. 478.

aber nicht verzichtet werden kann (Art. 34 Abs. 2 OR)<sup>72</sup>. Widerruft der Auftraggeber die Vertretungsvollmacht des Beauftragten, so ist er unbekümmert um getroffene Vereinbarungen befugt, das zugrundeliegende Auftragsverhältnis aufzukündigen, falls sich aus dem Widerruf ein „wichtiger Grund“ zur Vertragsauflösung ergibt<sup>73</sup>. Möglich ist allerdings auch, dass der Auftrag ohne weiteres (ipso iure) erlischt, weil der Vertrag ohne Vollmacht des Beauftragten gegenstandslos wird<sup>74</sup>. Alsdann kommt Art. 404 Abs. 2 OR nur (aber immerhin) sinngemäss zur Anwendung<sup>75</sup>.

b. Als dispositive Bestimmung hat Art. 404 Abs. 1 OR nicht nur einer wirksam (in den Schranken des Gesetzes) getroffenen Parteiabrede zu weichen. Vielmehr hat sie auch *hinter die richterliche Vertragsergänzung* zurückzutreten, soweit sie nicht zum vereinbarten Vertragsinhalt passt, sondern zu Ergebnissen führt, die mit der „Natur des Geschäftes“ (Art. 405 OR) unvereinbar sind<sup>76</sup>. Für Beauftragte mit „ausgesprochener Vertrauensstellung“ kann dies im Einzelfall bedeuten, dass sie gerade *kein* jederzeitiges (voraussetzungsloses) Auflösungsrecht haben, was der Auffassung vom zwingenden Charakter des Art. 404 Abs. 1 OR direkt zuwiderläuft.

Das soeben Gesagte wird einsichtig, wenn wir etwa an Bergführer, Chirurgen oder Psychiater denken. Mit dem Inhalt ihres Vertrages ist es unvereinbar, dass sie *zu jeder Zeit* (z.B. auch mitten in einer Bergtour, kurz vor einer Operation oder in einer schwierigen Behandlungsphase) berechtigt sind, den Auftrag nach *freiem Belieben* niederzulegen. Art. 404 Abs. 1 OR findet deshalb keine Anwendung und ist zu ersetzen durch eine vertragsergänzende Regel des Richters, die eine freie Kündigung des Auftrages nur (aber immerhin) zu einer Zeit gestattet, da die Integritätsinteressen<sup>77</sup> des Auftraggebers durch die Niederlegung des Mandats nicht gefährdet werden. Die gleiche Lösung drängt sich für alle Auftragsverhältnisse auf, deren vorzeitige Kündigung zu einem Integritätsschaden<sup>78</sup> des Auftraggebers führen kann<sup>79</sup>.

---

72 BGE 98 II 309.

73 Ob dies zutrifft, beurteilt sich nach den Verhältnissen des Einzelfalles, namentlich "nach der Bedeutung der Vollmacht im Rahmen des Grundverhältnisses" (ZÄCH, N 12 zu Art. 34 OR).

74 Vgl. dazu ZÄCH, N 10 ff. zu Art. 34 OR.

75 Zur Bedeutung eines "wichtigen Grundes" für die Schadenersatzpflicht des Art. 404 Abs. 2 OR vgl. Anm. 30.

76 Vgl. JÄGGI/GAUCH, N 514 ff. zu Art. 18 OR.

77 Das sind die Interessen einer Partei an der Unversehrtheit ihrer Rechtsgüter. Diese Integritätsinteressen werden im vertraglichen Schadenersatzrecht der Schweiz meistens (wenn auch ungenau) zum Erfüllungsinteresse gezählt.

78 Namentlich Körper- oder Sachschaden.

79 Wollte man hier anders entscheiden, die jederzeitige Kündigung also unbekümmert um die Integritätsinteressen des Auftraggebers zulassen, so müsste unter dem Gesichtspunkt des Art. 404 Abs. 2 OR auch der durch die vorzeitige Vertragsauflösung verursachte Integritätsschaden (nicht nur der Vertrauensschaden) ersetzt werden. – Ist eine vorzeitige Kündigung unter Gefährdung der gegnerischen Integritätsinteressen aber nicht erlaubt (wie ich annehme), so haftet der Beauftragte für den verursachten Integritätsschaden aus Vertragsverletzung, wenn er seine Dienste dennoch einstellt. Allein vom vertraglichen Schadenersatz her betrachtet, mag dies weitgehend auf das gleiche hinauslaufen. Schwierigkeiten ergeben sich jedoch mit Bezug auf die Frage der konkurrierenden Deliktshaftung, ganz abgesehen davon, dass es wertungsmässig einen Unterschied macht, ob eine Partei zur Einhaltung des Vertrages oder nur zur Leistung von Schadenersatz bei vorzeitiger Kündigung verpflichtet ist. Wenn es um den Schutz von Integritätsinteressen (namentlich um den Schutz hochrangiger Rechtsgüter wie Leib und Leben) geht, kann das Vertragsrecht sich nicht mit dem Verweis auf Schadenersatz begnügen, sondern muss die Verletzung durch vorzeitige Vertragsauflösung verbieten.

[20] Diesen Überlegungen wird man entgegenhalten, dass Art. 404 Abs. 2 OR eine Kündigung „zur Unzeit“ ohnehin verbiete, weshalb sie gegenstandslos seien. Der Einwand geht jedoch fehl. Denn in Wirklichkeit enthält Art. 404 Abs. 2 OR keinen Rechtssatz, der eine Kündigung „zur Unzeit“ vertragswidrig macht. Vielmehr statuiert er eine Schadenersatzpflicht für erlaubte Kündigung, die sich auf den Ersatz des Vertrauensschadens beschränkt. Darauf wurde in Ziff. 5 lit. a und b hingewiesen.

**13.** Enthält Art. 404 Abs. 1 OR dispositives Recht, so steht es den Parteien in den Schranken des Gesetzes (Art. 19 Abs. 1 OR) frei, das jederzeitige Auflösungsrecht des Auftraggebers oder/und Beauftragten wegzubedingen, an bestimmte Voraussetzungen zu knüpfen oder dessen Ausübung zu erschweren. Eine „*Erschwerung*“ des *Auflösungsrechts* kann gültig auch in der Weise erfolgen, dass der kündigende Teil vertraglich verpflichtet wird, dem Kündigungsgegner eine (unechte<sup>80</sup>) Konventionalstrafe zu bezahlen<sup>81</sup> oder ihn durch Ersatz des Erfüllungsinteresses vermögensmässig so zu stellen, wie wenn der Vertrag vollständig abgewickelt worden wäre.

Die vertragliche Verpflichtung zum Ersatz des Erfüllungsinteresses weicht zwar ab von der *Regel des Art. 404 Abs. 2 OR*, wonach die kündigende Partei nur den Vertrauensschaden ersetzen muss. Aus sich heraus ist diese Regel jedoch nicht zwingender Natur. Bei dispositivem Charakter des Art. 404 Abs. 1 OR sind daher auch Vereinbarungen wirksam, welche die Schadenersatzfolge zu Ungunsten des Kündigenden verschärfen, solange die dadurch bewirkte (indirekte) Erschwerung des jederzeitigen Auflösungsrechts nicht gegen Art. 27 Abs. 2 ZGB verstösst.

**14.** Gegen die These von der dispositiven Natur des Art. 404 Abs. 1 OR wird man vielleicht einwenden, dass die freie Kündbarkeit des unentgeltlichen (!) Auftrages der *romanistischen Tradition* entspreche<sup>82</sup>. Doch reicht diese Tradition (soweit sie überhaupt bestand<sup>83</sup>) in keinem Falle aus, um die sachlichen Bedenken auszuräumen, die sich heutzutage gegen die *zwingende* Natur des Art. 404 Abs. 1 OR erheben.

Eine kritiklose Anknüpfung an das Vorbild des römischen Rechts verbietet sich schon deshalb, weil das moderne Auftragsrecht einem gewandelten Vertragsverständnis in einer gewandelten Gesellschaft Rechnung zu tragen und andersartige Aufträge zu regeln hat, als dies früher der Fall war. Im schweizerischen Auftragsrecht zeigt dies unter anderem schon die Tatsache, dass das Recht des einfachen Auftrages (im Unterschied zur romanistischen Tradition) auch entgeltliche Verträge kennt, die im praktischen Alltag sogar ganz im Vordergrund stehen<sup>84</sup>.

---

<sup>80</sup> Um eine "unechte" Konventionalstrafe handelt es sich deshalb, weil die Vertragsauflösung nach Art. 404 Abs. 1 OR keine Vertragsverletzung darstellt, auch wenn sie im Sinne des Art. 404 Abs. 2 OR "zur Unzeit" erfolgt (vgl. im Text, Ziff. 5 lit. a).

<sup>81</sup> Das Bundesgericht vertrat demgegenüber die Meinung, dass das jederzeitige Auflösungsrecht nicht durch die Vereinbarung einer Konventionalstrafe erschwert werden dürfe (BGE 103 II 130; 104 II 116). Das erklärt sich jedoch aus der höchstrichterlichen Annahme, dass Art. 404 Abs. 1 OR zwingend sei, und wurde in BGE 109 II 468 eingeschränkt.

<sup>82</sup> BUCHER, OR Besonderer Teil, a.a.O., S. 228.

<sup>83</sup> Kritisch, was das jederzeitige Kündigungsrecht des Beauftragten betrifft: FRIEDRICH, *ZBJV* 91, 1955, S. 481, unter Hinweis auf einschlägige Quellen.

<sup>84</sup> Vgl. VON BÜREN, a.a.O., S. 140, der kurz und bündig festhält: "Das unentgeltliche Mandat ist bedeutungslos geworden, im Vordergrund steht der Auftrag gegen Entgelt".



## V. Schluss

**15.** In BGE 115 II 464 ff. hat *das Bundesgericht* seine Auffassung vom zwingenden Charakter des Art. 404 Abs. 1 OR bekräftigt, ja geradezu zementiert. Dennoch gibt es, wie aufgezeigt wurde, ernsthafte Gründe, die gegen diese Auffassung sprechen.

Insbesondere führt die *Gegenmeinung zu besseren Ergebnissen*. Denn ein dispositiver Art. 404 Abs. 1 OR, verbunden mit der Kontrolle des Persönlichkeitsschutzes (Art. 19 Abs. 2 OR / Art. 27 Abs. 2 ZGB), eröffnet die Möglichkeit, den verschiedenartigen Auftragsverhältnissen in differenzierter Weise gerecht zu werden und die Vertragsfreiheit der Parteien (Art. 19 Abs. 1 OR) nur insoweit zu beschränken, als dies zum Schutz des jeweiligen Auftraggebers oder Beauftragten erforderlich ist. Die dadurch gewonnene Sicherheit der Parteien, dass das richtige (angemessene) Recht zur Anwendung kommt, überwiegt das Interesse an einer Einheitslösung, die mit Sicherheit nicht auf alle Auftragsverhältnisse passt, soweit man von der unabdingbaren Kündbarkeit des Auftrages aus „wichtigem Grunde“ absieht.

**16.** Eine Rechtsprechung hingegen, welche die *Vertragsfreiheit übermässig und unnötig beschränkt*, verträgt sich weder mit den [21] Grundprinzipien des Vertragsrechts noch mit den Bedürfnissen des modernen Wirtschaftslebens. Selbst wenn man am Grundsatz des zwingenden Art. 404 Abs. 1 OR festhalten möchte, so dürfte dieser Grundsatz in seiner konkreten Anwendung nicht so überdehnt werden, wie es jetzt das Bundesgericht in BGE 115 II 464 ff. erneut getan hat.

a. Der *höchstrichterliche Wille, sachlich gebotene Differenzierungen zu vermeiden*, ist erstaunlich, aber eindeutig. So gibt das Bundesgericht zu erkennen, dass es auch nicht (mehr) gewillt ist, die Strenge seiner Rechtsprechung dadurch zu mildern, dass es einen Ausweg über die Qualifizierung der Verträge offen lässt. Vielmehr hält es unmissverständlich fest, dass für die Frage, *welche* Verträge dem Auftragsrecht unterstehen, es nicht auf „die dispositive oder zwingende Natur einzelner auftragsrechtlicher Bestimmungen, insbesondere von Art. 404 Abs. 1 OR“, ankomme (BGE 115 II 467)<sup>85</sup>. Damit ist der Kreis geschlossen: Ob die (angeblich) zwingende Natur des Art. 404 Abs. 1 OR auf einen konkreten Vertrag passt oder nicht, wird vom Bundesgericht weder auf der Stufe der Qualifikation noch bei der rechtlichen Behandlung des als Auftrag qualifizierten Vertrages berücksichtigt!

b. Auf diesem Hintergrund erlangt die *Frage, nach was für Kriterien die auftragsrechtliche Qualifikation zu erfolgen hat*, erneute Bedeutung<sup>86</sup>. Der zitierte Bundesgerichtsentcheid enthält keine positive Anleitung. Und die Legaldefinition des einfachen Auftrages (Art. 394 OR) ist so gefasst, dass sie einen weiten Spielraum offenlässt, falls man Art. 394 Abs. 2 OR nicht „wörtlich“ verstehen will<sup>87</sup>. Schon deshalb gibt es zahlreiche Verträge, deren auftragsrechtliche Behandlung zweifelhaft ist.

---

<sup>85</sup> Dieser Satz verträgt sich (in seiner Absolutheit) zwar nur schwer mit dem berechtigten Postulat, dass die Qualifikation eines Vertrages immer auch unter "Wertgesichtspunkten" vorzunehmen sei (SCHLUEP, *SPR VII/2*, S. 790), was eine Gesamtbetrachtung erforderlich macht. Darauf aber möchte ich hier nicht weiter eintreten.

<sup>86</sup> Zahlreiche Fallbeispiele aus der Rechtsprechung des Bundesgerichts bei GAUCH/AEPLI/CASANOVA, OR Besonderer Teil, 2. Aufl., Zürich 1990, S. 272 ff.

<sup>87</sup> Vgl. darüber HOFSTETTER, a.a.O., S. 24 ff. Zur Rechtsprechung des Bundesgerichts: GAUCH/AEPLI/CASANOVA, a.a.O., S. 276.

Könnte es z.B. sein, dass Dauerverträge<sup>88</sup> überhaupt nicht unter das Recht des einfachen Auftrages fallen? Dann allerdings wäre der „Beratungsvertrag“, um den es im hier besprochenen Entscheid (BGE 115 II 464 ff.) ging, von vorneherein kein einfacher Auftrag gewesen<sup>89</sup>. Oder erfasst das Recht des einfachen Auftrages auch Dauerschuldverhältnisse? Dann müsste das Bundesgericht, um seine jetzige Rechtsprechung durchzuhalten, auf eine Erkenntnis zurückkommen, die es in BGE 98 II 308 noch für richtig hielt: Dass nämlich Dauerverträge „um ihres Bestandes willen nicht jederzeit durch einseitige Willenserklärung aufgelöst, sondern grundsätzlich nur aus wichtigen Gründen vorzeitig“ beendet werden können!

17. Nachdem das Bundesgericht den Entscheid 115 II 464 ff. publiziert hat, ist *kaum anzunehmen, dass es den zwingenden Charakter des Art. 404 Abs. 1 OR demnächst doch noch „in Zweifel ziehen“* wird. Das Bundesgericht gibt an einer Stelle seines Entscheides sogar zu bedenken, dass ein Abgehen von seiner konstanten Praxis „mit dem Gebot der Rechtssicherheit nicht zu vereinbaren wäre“ (BGE 115 II 467). Solche Bedenken tragen dazu bei, eine eingelebte Rechtsprechung zu perpetuieren. In der Sache allerdings sind sie unberechtigt. Denn:

Der Begriff „*Rechtssicherheit*“ hat verschiedene Inhalte. Gemeint ist im vorliegenden Zusammenhang die „Sicherheit des Rechts“, und zwar dergestalt, dass die höchstrichterliche Rechtsprechung verlässlich bleibt. Diese Sicherheit wäre gewiss gefährdet, wenn das Bundesgericht (in einer unentwegt schwankenden Praxis) die gleiche Frage bald so und bald anders entscheiden würde. Davon kann indes keine Rede sein, wenn das Gericht eine zwar eingelebte, aber unbefriedigende Praxis ändert, um sich in der Folge an die geänderte Praxis zu halten. Widersprüche dies dem "Gebot der Rechtssicherheit", so müsste das Bundesgericht überhaupt darauf verzichten, eine einmal "gefestigte Praxis" je wieder in Zweifel zu ziehen. Das Gericht wäre an die eigene Praxis gebunden, selbst wenn sich herausstellen würde, dass sie sachlich nicht zu befriedigen vermag. Das aber widerspricht schon dem Willen des Gesetzgebers, der den Richter lediglich anweist, sich an die „bewährte“ und damit „richtige“<sup>90</sup> Überlieferung zu halten (Art. 1 Abs. 3 ZGB).

18. Zu beantworten bleibt also *die Frage, ob die überlieferte Rechtsprechung zum zwingenden Charakter des Art. 404 Abs. 1 OR „richtig“ ist*. Viele werden dies bejahen, andere nicht. Meine Bedenken habe ich angemeldet. Sie werden noch verstärkt durch die Tatsache, dass sich der höchstrichterlichen Rechtsprechung keine vertiefte Begründung für die Richtigkeit der von ihr entwickelten Praxis entnehmen lässt<sup>91</sup>. Das gilt schon für den ersten (publizierten) Entscheid des Bundesgerichts, der sich für die zwingende Natur der jederzeitigen Kündbarkeit ausgesprochen hat.

<sup>88</sup> Zum Begriff der Dauerverträge: GAUCH, System der Beendigung von Dauerverträgen, Diss. Freiburg 1968, S. 1 ff.

<sup>89</sup> Die Vorinstanz (das Luzerner Obergericht) hatte die Rechtsnatur des streitigen "Beratungsvertrages" unter verschiedenen Qualifikationen geprüft und war zum Ergebnis gelangt, er sei entweder den Bestimmungen über den einfachen Auftrag oder denjenigen über den Arbeitsvertrag zu unterstellen. Da im Berufungsverfahren vor Bundesgericht auch die Parteien übereinstimmend von dieser Alternative ausgingen, beschränkte das Bundesgericht seine Rechtskontrolle (unter Anrufung von Art. 55 Abs. 1 lit. b OG) "auf diese beiden Vertragstypen" (BGE 115 II 465 f.), ohne sich nach Massgabe der Aktenlage für den einen oder andern entscheiden zu können (BGE 115 II 468).

<sup>90</sup> MEIER-HAYOZ, N 472 zu Art. 1 ZGB.

<sup>91</sup> In BGE 98 II 307 ff. holt das Bundesgericht in gewissen Einzelpunkten zwar etwas weiter aus, ohne dass aber von einem "réexamen approfondi" (BGE 106 II 160) gesprochen werden könnte.

Dieser erste Entscheid ist in BGE 59 II 261 enthalten<sup>92</sup>. Er wurde im Jahre 1933 gefällt, also ein halbes Jahrhundert nach dem Inkrafttreten des alten Obligationenrechts. Und was brachte er vor, um die zwingende Natur des Art. 404 Abs. 1 OR zu begründen? *Nichts* ausser einem Verweis auf zwei Kommentarstellen (BECKER, N 8 zu Art. 404 OR; OSER, N 1 zu Art. 404 OR), von denen die *eine* Stelle (BECKER) sogar zu Unrecht angerufen wurde! BECKER nämlich vertrat keineswegs die Ansicht, Art. 404 Abs. 1 OR sei schlechterdings zwingend. Vielmehr hat er den zwingenden Charakter des Art. 404 Abs. 1 OR nur insoweit bejaht, als „die Widerruflichkeit“ des Auftrages „*um der Persönlichkeit der beiden Parteien willen*“ bestehe. Damit stand BECKER, auf den das Bundesgericht sich auch später wieder berief (BGE 98 II 307), ganz in der Nähe der hier vorgetragenen These, wonach Art. 404 Abs. 1 OR dispositives Recht enthält, davon abweichende Abreden aber unzulässig sind, soweit sie gegen das Persönlichkeitsrecht einer Partei verstossen (Art. 19 Abs. 2 OR/Art. 27 Abs. 2 ZGB).

Korr.: sf 5.7.2007

---

<sup>92</sup> DESSEMONTET, a.a.O., S. 176; FRIEDRICH, *ZBJV* 91, 1955, S. 476. DESSEMONTET hält zu Recht fest, dass der in BGE 98 II 307 zitierte BGE 57 II 190 "ne précise pas que l'art. 404 CO est impératif".