Zeitschrift: Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV

Herausgeber: Schweizerischer Juristenverein

Band: 106 (1987)

Artikel: Dienstleistungsverträge

Autor: Leuenberger, Christoph

DOI: https://doi.org/10.5169/seals-896091

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Mehr erfahren

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. En savoir plus

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. Find out more

Download PDF: 10.12.2025

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, https://www.e-periodica.ch

Dienstleistungsverträge

Referat von CHRISTOPH LEUENBERGER

Dr. iur., LL. M.
Kantonsrichter, St. Gallen

Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis 7

I. Dienstleistungsverträge: Verträge über Arbeitsleistungen mit unterschiedlichem Inhalt 13
A. Arbeit als typisches Merkmal der Dienstleistungsverträge 13
B. Zur Arbeit hinzukommende Elemente 13
1. Weisungsgebundenheit – Unabhängigkeit 14
2. Dienstleistungen, die mit einem besonderen Vertrauensverhältnis verbunden sind 14
3. Bestimmtheit der Dienstleistung, Möglichkeit der objektiven Prüfung 14
4. Planen der Dienstleistung, Bedeutung des Zeitfaktors 15
5. Persönliche Dienstleistung – Leistung durch eine Arbeitsorganisation 16
6. Mit Sachleistungen verbundene Dienstleistungen 16
7. Entgeltliche und unentgeltliche Dienstleistungen 17
C. Wachsende Bedeutung der Dienstleistungsverträge 18

II. System der Dienstleistungsverträge des Obligationenrechts 19
A. Funktion und Bedeutung der gesetzlichen Vertragstypen 19
B. Die Typen von Dienstleistungsverträgen im Obligationenrecht . . . 19
1. Modell des Arbeitsvertrags 20
2. Modell des Werkvertrags 20
3. Modell des Verlagsvertrags 21
4. Modell des Auftrags 21
a) Geschäftsbesorgungen, Dienstleistungen – Haftung für sorgfältige Ausführung, Rechenschaftsablegung 21
b) Persönliche Leistungspflicht 22
c) Vertrauensverhältnis – Widerrufsmöglichkeit 23
d) Schadenersatzpflicht des Auftraggebers 24
e) Keine größere zeitliche Bindung 24
5. Qualifizierte Auftragsverhältnisse 24

III. Numerus clausus für Dienstleistungsverträge? 26
A. Die Rechtsprechung betreffend den numerus clausus und die Subsidiarität des Auftrags 26
1. Die ältere Rechtsprechung 26
2. Die neuere, von GAUTSCHI beeinflußte Rechtsprechung 27
3. Ankündigung einer Praxisänderung? 29
B. Konsequenzen des numerus clausus für das Modell des Auftrags . . 29
1. Negative Umschreibung des Auftrags 29
2. Auftrag ohne Konturen 30
C. Konsequenzen des numerus clausus in der Rechtsprechung 31

3. Schadenersatz als Ausgleich der Folgen der Vertragsauflösung . 69
a) Abwägung der Interessen 69
b) Schadenersatz bei Vertragsauflösung ohne Grundangabe . . 70
c) Schadenersatz bei Vertragsauflösung aus wichtigen Gründen 70
4. Zwingende oder dispositive Auflösungsregel? 71
5. Zulässigkeit von Konventionalstrafen und Schadenspauschalen 72
6. Einseitiges oder zweiseitiges Auflösungsrecht 72
7. Fallgruppen von vorzeitigen Kündigungen 73
a) «Managementvertrag» 73
b) Internatsvertrag 74
c) Architektenvertrag, Reiseveranstaltungsvertrag 75
aa) Richterliche Auflösungsregel 75
bb) Zwingender Charakter 76
d) Franchise-, Factoring-, Veranstaltungs-, Liegenschaftsverwaltungsvertrag 77
e) Abkürzen einer vertraglichen Kündigungsfrist? 78
B. Mangelhafte Erfüllung von gesetzlich nicht geregelten Dienstleistungsverträgen 78
1. Maßstab der richtigen Erfüllung 78
2. Notwendigkeit einer Mängelrüge? 79
3. Nachbesserung und Honorarminderung 80
4. Baukostenüberschreitung 80

VI. Richterrecht und Gesetzgebung bei neuen Dienstleistungsverträgen 83
A. Nebeneinander von Richterrecht und gesetzlichen Vertragstypen nach der Konzeption des Obligationenrechts 83
1. Offener Katalog von Vertragstypen 83
2. Richterrecht als Konsequenz der Vertragstypenfreiheit 83
3. Bindung an das Richterrecht 84
4. Beeinträchtigung der Rechtssicherheit? 84
B. Beitrag des Richterrechts zur Bewältigung einer dynamischen Vertragspraxis 85
1. Entlastung des Gesetzgebungsprozesses durch Richterrecht . . . 85
2. Bewußtes Schaffen von Richterrecht 86
3. Angemessene Ausstattung der Gerichte als Voraussetzung für die Rechtsfortbildung 87
C. Notwendiges Handeln des Gesetzgebers 88
1. Grenzen des Richterrechts – notwendige gesetzliche Regelung . 88
2. Neue Vertragstypen? 88
3. Zwingendes Vertragstypenrecht zur Ausschaltung von AGB? . . 89
4. Allgemeine Regeln statt neuer gesetzlicher Vertragstypen 90

VII. Zusammenfassung 91

Literaturverzeichnis

In den Anmerkungen werden die Schriften mit dem Autorennamen und zum Teil mit Stichworten zitiert.

ABRAVANEL, PHILIPPE. La qualification du contrat d'architecte, in: Peter Gauch/Pierre Tercier (Herausgeber), Das Architektenrecht, Freiburg (Schweiz) 1986, S. 35 ff. (zit.: Contrat d'architecte).
– Le nouveau règlement SIA no 102 et la qualification du contrat d'architecte, JdT 132/1984 I, S. 462 ff. (zit.: JdT 132/1984 I, S. 462 ff.).

AUER, EUGEN. Die richterliche Korrektur von Standardverträgen, Abhandlungen zum schweizerischen Recht, Heft 361, Bern 1964.

BAUDENBACHER, CARL. Die Behandlung des Franchisevertrages im schweizerischen Recht, in: Ernst A. Kramer (Herausgeber), Neue Vertragsformen der Wirtschaft: Leasing, Factoring, Franchising, St. Galler Studien zum Privat-, Handels- und Wirtschaftsrecht, Bd. 5, Bern 1985 (zit.: Franchisevertrag).
– Wirtschafts-, schuld- und verfahrensrechtliche Grundprobleme der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Zürich 1983 (zit.: Allg. Geschäftsbedingungen).

BECKER, HERMANN. Berner Kommentar, Bd. VI/II, Obligationenrecht, Die einzelnen Vertragsverhältnisse (Art. 184 bis 551 OR), Bern 1934.

BRÜHWILER, JÜRG. Handkommentar zum Einzelarbeitsvertrag, Bern 1978.

BUCHER, EUGEN. Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Zürich 1979 (zit.: Obligationenrecht).
– Hundert Jahre schweizerisches Obligationenrecht: Wo stehen wir heute im Vertragsrecht?, ZSR 102/1983, II, S. 251 ff. (zit.: Hundert Jahre OR).
– Der Ausschluß dispositiven Gesetzesrechts durch vertragliche Absprachen, in: Festgabe für Henri Deschenaux, Freiburg (Schweiz) 1977, S. 249 ff. (zit.: Ausschluß dispositiven Gesetzesrechts).

BÜHLER, MICHAEL. Der Fernunterrichtsvertrag im Lichte der Rahmenbedingungen des privaten Fernunterrichts, Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht, Bd. 72, Zürich 1984.

VON BÜREN, BRUNO. Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, Zürich 1972 (zit.: Bes. Teil).

BÜRGI, CHRISTOPH. Allgemeine Versicherungsbedingungen im Lichte der neuesten Entwicklung auf dem Gebiet der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Schriftenreihe zum Konsumentenschutzrecht, Bd. 16, Zürich 1985.

BURKHARDT, URS RUDOLF. Der Fernkursvertrag, Diss. Bern 1974.

CAVIN, PIERRE. Kauf, Tausch und Schenkung, in: Schweizerisches Privatrecht, Bd. VII/1, S. 1 ff.

DESSEMONTET, FRANÇOIS. Quelques remarques à propos du contrat d'architecte, in: Hundert Jahre Schweizerisches Obligationenrecht, Jubiläumsschrift, Freiburg (Schweiz) 1982, S. 485 ff.

DÜRR, CARL. Werkvertrag und Auftrag, Vira 1983.

ENGEL, PIERRE. Traité des obligations en droit suisse, Dispositions générales du CO, Neuchâtel 1973 (zit.: Traité).
– Cent ans de contrat sous l'empire des dispositions générales du Code fédéral des obligations, ZSR 102/1983, II, S. 1 ff. (zit.: Cent ans de contrat).
FORSTMOSER, PETER. Gesetzgebung und Gerichtspraxis zu den Allgemeinen Geschäftsbedingungen in der Schweiz – eine Standortbestimmung, in: Hans Giger/Walter R. Schluep (Herausgeber), Allgemeine Geschäftsbedingungen in Doktrin und Praxis, Schriftenreihe zum Konsumentenschutz, Bd. 5, Zürich 1982.
FRANK, RICHARD. Grundfragen des Reiseveranstaltungsvertrages, SJZ 77/1981, S. 141 ff. (zit.: Reiseveranstaltungsvertrag).
– Meine Rechte und Pflichten als Tourenleiter, als Reiseleiter, als Jugendleiter ..., zugleich ein Handbuch zur Haftbarkeit des Veranstalters, Zürich 1975 (zit.: Tourenleiter).
FRIEDRICH, HANS-PETER. Fragen aus dem Auftragsrecht, ZbJV 91/1955, S. 449 ff.
GAUCH, PETER. Der Werkvertrag, Ein systematischer Grundriß, 3. Aufl., Zürich 1985 (zit.: Werkvertrag).
– System der Beendigung von Dauerverträgen, Arbeiten aus dem juristischen Seminar der Universität Freiburg (Schweiz), Bd. 34, Freiburg (Schweiz) 1968 (zit.: Dauerverträge).
– Vom Architekturvertrag, seiner Qualifikation und der SIA-Ordnung 102, in: Peter Gauch/Pierre Tercier (Herausgeber), Das Architektenrecht, Freiburg (Schweiz) 1986, S. 1 ff. (zit.: Architekturvertrag).
– Die «Requalifizierung» des Architekturvertrages – Praxisänderung des Bundesgerichts, BR 1984, S. 49 ff. (zit.: Die «Requalifizierung» des Architekturvertrages).
– Zurück zum Geist-Werkvertrag! Anmerkung zum BGE vom 15. Februar 1983, recht, 1/1983, S. 132 ff. (zit.: Zurück zum Geist-Werkvertrag).
– «Modifizierte» Teilnichtigkeit – Anmerkungen zu BGE 107 II 216 ff., recht, 1/1983, S. 95 ff. (zit.: Modifizierte Teilnichtigkeit).
– Anmerkung zu SJZ 1986, S. 179 ff., BR 1986, S. 61 f. (zit.: BR 1986, S. 61 f.).
– Anmerkung zu BGE 109 II 462 ff., BR 1985, S. 15 (zit.: BR 1985, S. 15).
– Anmerkung zu BGE 110 II 380 ff., BR 1985, S. 56 f. (zit.: BR 1985, S. 56 f.).
GAUCH, PETER/SCHLUEP, WALTER R./JÄGGI, PETER. Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl., Zürich 1983.
GAUTSCHI, GEORG. Berner Kommentar, Bd. VI/2/4, Obligationenrecht, Der einfache Auftrag (Art. 394 bis 406 OR), Bern 1971.
– Berner Kommentar, Bd. VI/2/3, Obligationenrecht, Der Werkvertrag (Art. 363 bis 379 OR), Bern 1967.
– Zur Qualifikation des Architektenvertrages in BGE 98 II 305 ff., SJZ 70/1974, S. 21 ff. (zit.: Architektenvertrag).
– Nichterfüllung, Haftungsgrund und Haftungsverzicht bei Arbeitsobligationen, in: Revolution der Technik – Evolution des Rechts, Festgabe zum 60. Geburtstag von Karl Oftinger, Zürich 1969, S. 7 ff. (zit.: Arbeitsobligation).
GESSLER, DIETER. Beitrag zur Lehre vom Veranstaltungsvertrag, unter besonderer Berücksichtigung von Abgrenzungskriterien, Diss. Zürich 1979.
GIGER, HANS. Geltungs- und Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen, Schriftenreihe zum Konsumentenschutz, Bd. 12, Zürich 1983 (zit.: Allg. Geschäftsbedingungen).

– Berührungspunkte zwischen Widerrechtlichkeit und Verschulden, gleichzeitig ein Beitrag zur Klärung des Begriffs der Sorgfaltspflichtsverletzung, in: Hundert Jahre Schweizerisches Obligationenrecht, Jubiläumsschrift, Freiburg (Schweiz) 1982, S. 369 ff. (zit.: Widerrechtlichkeit und Verschulden).

GIRSBERGER, ANDREAS. Der Reisevertrag, ZSR 105/1986, II, S. 1 ff.

GUGGENHEIM, DANIEL. Die Verträge der schweizerischen Bankpraxis, 3. Aufl., Zürich 1986.

GUHL, THEO. Die Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1933, Privatrecht, ZbJV 70/1934, S. 505 ff.

GUHL, THEO/MERZ, HANS/KUMMER, MAX. Das Schweizerische Obligationenrecht, 7. Aufl., Zürich 1980.

HAUSHEER, HEINZ. Die Allgemeinverbindlicherklärung von Kollektivverträgen als gesetzgeberisches Gestaltungsmittel (dargestellt an den Beispielen des GAV und des RMV), ZSR 95/1976, II, S. 225 ff.

HESS, URS. Der Architekten- und Ingenieurvertrag, Kommentar zu den rechtlichen Bestimmungen der Ordnungen SIA 102, 103 und 108 für Leistungen und Honorare der Architekten und Ingenieure, Zürich 1986.

HIRZEL, HEINRICH E. Management Consulting im schweizerischen Recht: Der Unternehmensberatungsvertrag, Diss. Zürich 1984.

HOFSTETTER, JOSEF. Der Auftrag und die Geschäftsführung ohne Auftrag, in: Schweizerisches Privatrecht, Bd. VII/2, Basel/Stuttgart 1979, S. 1 ff.

HUBER, KARL. Gesetzesinflation? Aspekte des Gesetzgebungsprogramms des Bundes, SJZ 73/1977, S. 1 ff.

ISLER, ROLF. Zur Rechtsnatur des Spediteurempfangsscheins, BJM 1978, S. 113 ff.

JÄGGI, PETER. Bemerkungen zu einem Urteil über den Architektenvertrag, SJZ 69/1973, S. 301 ff.

JÄGGI, PETER/GAUCH, PETER. Zürcher Kommentar, Teilband V/1 b, (Art. 18 OR), Zürich 1980.

JEANPRÊTRE, RAYMOND. Urteilsanmerkung, JdT 132/1984 I, S. 218 ff.

KELLER, MAX/SCHÖBI, CHRISTIAN. Das Schweizerische Schuldrecht, Bd. I: Allgemeine Lehren des Vertragsrechts, Basel/Frankfurt am Main 1982.

KOLLER-TUMLER, MARLIS. Jederzeitiger Widerruf im Auftragsrecht? Entwicklungen in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, recht 1984, S. 49 ff.

KRAMER, ERNST A. Berner Kommentar, Bd. VI/1/1, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen (Art. 1, 2 und 18 OR), Bern 1980/1985.

– Funktion, rechtliche Problematik und Zukunftsperspektiven der Innominatverträge, in: Ernst A. Kramer (Herausgeber), Neue Vertragsformen der Wirtschaft: Leasing, Factoring, Franchising, St. Galler Studien zum Privat-, Handels- und Wirtschaftsrecht, Bd. 5, Bern 1985, S. 21 ff. (zit.: Innominatverträge).

– Allgemeine Geschäftsbedingungen: Status quo, Zukunftsperspektiven, SJZ 81/1985, S. 17 ff. (zit.: Allg. Geschäftsbedingungen).

KREIS, HENRI. Der Architektenvertrag, Zürich 1938.

LEUENBERGER, CHRISTOPH. Die Zusammenarbeit von Richter und Gerichtsschreiber, Überdenken im Zeichen der zunehmenden Belastung der Gerichte, ZBl 87/1986, S. 97 ff.

MEIER-HAYOZ, ARTHUR. Verträge (gesetzlich nicht geregelte) I und II, SJK Karten Nr. 1134 und 1135, 1965 (zit.: SJK).

– Berner Kommentar, Bd. I/1, Einleitung (Art. 1–10 ZGB), Art. 1 ZGB, Bern 1966.

MERZ, HANS. Berner Kommentar, Bd. I/1, Einleitung (Art. 1–10 ZGB), Art. 2 ZGB, Bern 1966.
– Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 1984, ZbJV 122/1986, S. 153 ff. (zit.: Rechtsprechung 1984).
– Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1983, ZbJV 121/1985, S. 177 ff. (zit.: Rechtsprechung 1983).
– Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1978, ZbJV 116/1980, S. 1 ff. (zit.: Rechtsprechung 1978).
– Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1957, ZbJV 95/1959, S. 49 ff. (zit.: Rechtsprechung 1957).

MÜLLER, HELMUT H. Der Fernsehwerbevertrag im schweizerischen Recht, SJZ 60/1964, S. 197 ff.

MUSTAFA, MUSTAFA RIJABE. La distinction du mandat et du contrat d'entreprise en droit suisse, Diss. Genf 1958.

NÄF, URS CH. Temporäre Arbeit, Abhandlungen zum schweizerischen Recht, Heft 404, Bern 1971.

OSER, HUGO/SCHÖNENBERGER, WILHELM. Zürcher Kommentar, Bd. V/2, Obligationenrecht (Art. 184 bis 418), Zürich 1936.

PEDRAZZINI, MARIO M. Werkvertrag, Verlagsvertrag, Lizenzvertrag, in: Schweizerisches Privatrecht, Bd. VII/1, Basel/Stuttgart 1977, S. 495 ff.

PERRIN, JEAN-FRANÇOIS. Le contrat d'architecte, Genève 1970.

PEYER, JÜRG. Der Widerruf im Schweizerischen Auftragsrecht, Zürcher Beiträge zur Rechtswissenschaft, Bd. 455, Zürich 1974.

REBER, HANS J. Rechtshandbuch für Bauunternehmer, Bauherr, Architekt und Bauingenieur, 4. Aufl., Zürich 1983.

REHBINDER, MANFRED. Berner Kommentar, Bd. VI/2/2/1, Obligationenrecht, Der Arbeitsvertrag (Einleitung und Kommentar zu den Art. 319 bis 330a OR), Bern 1985.

REY, HEINZ. Die Behandlung des Factoringvertrages im schweizerischen Recht, in: Ernst A. Kramer (Herausgeber), Neue Vertragsformen der Wirtschaft: Leasing, Factoring, Franchising, St. Galler Studien zum Privat-, Handels- und Wirtschaftsrecht, Bd. 5, Bern 1985, S. 171 ff.

RIEMER, HANS MICHAEL. Vertragsumgehungen sowie Umgehungen anderer rechtsgeschäftlicher Rechte und Pflichten, ZSR 101/1982, I, S. 357 ff.

RUPPERT, W. Zum Widerruf des Bauherrn beim Architektenvertrag und dessen Folgen, SJZ 66/1970, S. 284 ff.

SCHAFFITZ, REGINA MIREILLE. Der Schulvertrag, Zürcher Beiträge zur Rechtswissenschaft, Bd. 506, Zürich 1977.

SCHAUB, RUDOLF P. Der Engineeringvertrag, Rechtsnatur und Haftung, Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht, Bd. 35, Zürich 1979.

SCHLUEP, WALTER R. Innominatverträge, in: Schweizerisches Privatrecht, Bd. VII/2, Basel/Stuttgart 1979, S. 763 ff.

SCHNEWLIN, BLISS. Zur Rechtsnatur des Architektenvertrags, ZBGR 66/1985, S. 193 ff. (zit.: Architektenvertrag).
– Zur Rechtsnatur des Bauvertrages, insbesondere des Generalunternehmervertrages, ZBGR 61/1980, S. 365 ff. (zit.: Bauvertrag).

SCHNYDER, BERNHARD. Die Vertragsfreiheit als Privatrechtsbegriff, Diss. Freiburg (Schweiz) 1960.

SCHÖNENBERGER, WILHELM/JÄGGI, PETER. Zürcher Kommentar, Bd. V/1a, Obligationenrecht (Allg. Einleitung und Art. 1 bis 17 OR), Zürich 1973.

SCHUBARTH, MARTIN. Diskussionsvotum am Schweizerischen Juristentag 1983, ZSR 102/1983, II, S. 571 ff.

SCHUMACHER, RAINER. Die Haftung des Architekten aus Vertrag, in: Peter Gauch/Pierre Tercier (Herausgeber), Das Architektenrecht, Freiburg (Schweiz) 1986, S. 105 ff.

STAEHELIN, ADRIAN. Zürcher Kommentar, Teilband V/2c (Der Einzelarbeitsvertrag, Art. 319 bis 330a OR), Zürich 1984.

STAUDER, BERND. Le contrat de voyage, ZSR 105/1986, II, S. 385 ff.

STEFFEN, ROBERT. Bemerkungen zur Qualifikation des Architektenvertrages, BR 1982, S. 48 ff.

STREIFF, ULLIN/GOTTESMANN, JEAN. Leitfaden zum Arbeitsvertragsrecht, 4. Aufl., Zürich 1986.

TERCIER, PIERRE. L'extinction prématurée du contrat, in: Peter Gauch/Pierre Tercier (Herausgeber), Das Architektenrecht, Freiburg (Schweiz) 1986, S. 321 ff. (zit.: L'extinction prématurée du contrat).

– Urteilsanmerkung, BR 1984, S. 13 f. (zit.: BR 1984, S. 13 f.).

– Encore la nature juridique du contrat d'architecte, BR 1979, S. 9 (zit.: Encore la nature juridique...).

VON TUHR, ANDREAS/PETER, HANS. Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. I, 3. Aufl., Zürich 1979.

VISCHER, FRANK. Der Arbeitsvertrag, in: Schweizerisches Privatrecht, Bd. VII/1, Basel/Stuttgart 1977, S. 279 ff. (zit.: Arbeitsvertrag).

– Einleitung zu Band VII des Schweizerischen Privatrechts, Basel/Stuttgart 1977, S. IX ff. (zit.: Einleitung zu Band VII des Schweizerischen Privatrechts).

WASER, URS. Der Computerwartungsvertrag, Computer und Recht, Bd. 10, Zürich 1980.

WEBER, ROLF H. Haftung für Schäden bei Ausführung gefälschter Zahlungsaufträge, SJZ 81/1985, S. 85 ff.

ZÄCH, ROGER. Das Privatrecht in veränderter Umwelt – Anregungen zum Umdenken, ZSR 105/1986, I, S. 3 ff. (zit.: Das Privatrecht in veränderter Umwelt).

– Privatrechtliches Gesetz, soziale Ordnungsmacht, SJZ 74/1978, S. 181 (zit.: Privatrechtliches Gesetz).

ZIMMERMANN, PETER. Der Geist-Werkvertrag, Untersuchung über die Rechtsnatur geistiger Arbeitsleistungen, unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsordnungen der Bundesrepublik Deutschland, von Frankreich, von Österreich und der Vereinigten Staaten von Amerika (Rechtsvergleich), Basler Studien zur Rechtswissenschaft, Reihe A: Privatrecht, Bd. 11, Basel/Frankfurt am Main 1984.

ZIMMERMANN, SALOME. Die Haftung der Bank aus Verwaltungsauftrag, SJZ 81/1985, S. 137 ff.

I. Dienstleistungsverträge: Verträge über Arbeitsleistungen mit unterschiedlichem Inhalt *

A. Arbeit als typisches Merkmal der Dienstleistungsverträge

Leistungen können in einem Tun, Unterlassen oder Dulden bestehen. Das Tun ist entweder eine Sach- oder Dienstleistung. Als Dienstleistung ist die körperliche oder geistige Arbeit, d. h. ein Tätigwerden zum Vorteil eines anderen zu verstehen. Als Dienstleistungsverträge sind somit jene Verträge zu bezeichnen, deren charakteristische Leistung ganz oder zu einem wesentlichen Teil eine Arbeit zum Vorteil eines andern beinhaltet. Darunter fallen z. B. im Gesetz geregelte Verträge wie der Arbeitsvertrag, der Werkvertrag und der Auftrag. Arbeitsleistungen enthalten aber auch zahlreiche Verträge, deren rechtliche Qualifikation nicht von vornherein klar ist. Zu denken ist an Verträge betreffend die Liegenschaftsverwaltung, die verschiedenen Bankgeschäfte, das Factoring, das Franchising, die Arbeit des Architekten, die Wartung und Reinigung von Einrichtungen, die Bewachung und Überwachung, den Telefonbeantwortungs- oder Umleitungsdienst, das Erteilen von Unterricht in einer Schule oder einem Internat, die Veranstaltung von Reisen, die Aufführung eines Programms usw.

B. Zur Arbeit hinzukommende Elemente

Die zahlreichen Dienstleistungsverträge weisen neben der Arbeitsleistung verschiedene charakteristische Merkmale in unterschiedlicher Gewichtung auf. Im folgenden soll auf einige

* Die Kantonsgerichtsschreiber Dr. Peter Kreis, lic. iur. Christian Schöbi und Dr. Hubert Bühlmann unterstützten mich mit anregenden Gesprächen und mit einer kritischen Durchsicht des Manuskripts. Kantonsgerichtsschreiber Dr. Leo Haunreiter war mir bei der Sammlung von Judikatur und Literatur behilflich. Ihnen allen gilt mein herzlicher Dank.

typische, häufig anzutreffende Aspekte näher eingegangen werden.

1. Weisungsgebundenheit – Unabhängigkeit

Bei einem großen Teil der Dienstleistungen hat sich der Dienstleistende in den Betrieb des Vertragspartners einzufügen und dessen Weisungen zu befolgen. Dies ist vor allem beim Arbeitnehmer der Fall. Anwälte, Ärzte, Liegenschaftsverwalter, Architekten, Bauunternehmer hingegen leisten ihre Dienste ohne Eingliederung in den Betrieb des Vertragspartners – auch sie sind aber an Weisungen gebunden. Der Franchisenehmer andererseits ist trotz seines Handelns im eigenen Namen für eigene Rechnung stark in die Betriebskonzeption des Franchisegebers eingegliedert[1]. Das Erteilen von Unterricht und das Führen von Gruppenreisen schließlich geschehen grundsätzlich ohne Weisungen der Schüler bzw. Reisenden[2].

2. Dienstleistungen, die mit einem besonderen Vertrauensverhältnis verbunden sind

Vertragliche Beziehungen setzen allgemein ein gewisses Vertrauen zwischen den Parteien voraus. Bei einzelnen Dienstleistungsverträgen ist das Vertrauensverhältnis aber von einer besonderen Bedeutung. Dies trifft zu auf Dienstleistungen, die höchstpersönliche Angelegenheiten berühren oder bei denen sich die eine Partei der anderen in einem gewissen Maße ausliefert. Solche besondere Vertrauensverhältnisse bestehen z. B. zwischen Arzt und Patient, Anwalt und Klient sowie Internatsschule und Eltern[3]. Aber auch ein leitender Angestellter steht zur Unternehmensführung in einem besonderen Vertrauensverhältnis. Schließlich entstehen meistens besondere Vertrauensverhältnisse in Dienstleistungsverträgen, die auf längere Dauer abgeschlossen werden.

3. Bestimmtheit der Dienstleistung, Möglichkeit der objektiven Prüfung

Verschiedene Dienstleistungen wie z. B. die Liegenschaftsverwaltung, das Factoring oder die Erstellung eines Kostenvoran-

[1] BAUDENBACHER, Franchisevertrag, S. 210 ff.
[2] SCHAFFITZ, S. 42; STAUDER, S. 419.
[3] SJZ 79/1983, S. 247.

schlags sind inhaltlich weitgehend bestimmt. Es kann daher nach objektiven Kriterien beurteilt werden, ob sie richtig erbracht worden sind. Daneben gibt es aber auch Dienstleistungen, die einen stark individuellen Charakter aufweisen und kaum mit einem objektiven Maßstab bewertet werden können. Dies trifft z. B. zu auf künstlerische Dienstleistungen wie das Schaffen von Werken der Literatur, Musik und bildenden Kunst, aber auch das Aufführen von Musik- oder Theaterstükken. Auch Architekturplänen kommt vielfach künstlerische Qualität zu, bisweilen sind sie jedoch eher handwerklicher und technischer Natur. Schließlich ist auch eine objektive Bewertung von wissenschaftlichen Dienstleistungen z. B. in der Forschung, der medizinischen Behandlung und der rechtlichen Beratung oft schwierig.

4. Planen der Dienstleistung, Bedeutung des Zeitfaktors

Verschiedene Dienstleistungen werden im Sinne eines Dauerschuldverhältnisses auf einen Zeitraum hin vereinbart[4]. Auch in anderen Dienstleistungsverträgen, die ein erhebliches Engagement erfordern, ohne daß die Leistung auf Zeit zu erbringen ist, spielt der Faktor Zeit eine wesentliche Rolle. In beiden Fällen muß sich der Dienstleistende auf seine Arbeit speziell einrichten: Er hat sich dafür frei zu halten, allenfalls andere Arbeiten zu verschieben oder abzulehnen. Ein solches Planen der Dienstleistung ist in mehr oder weniger großem Umfang beim Architekten[5], Ingenieur, Liegenschaftsverwalter und bei der Schule bzw. beim Internat notwendig. Auch wer verspricht, vor einem Publikum ein Programm vorzuführen, ist gezwungen, seine Dienstleistungen in der zeitlichen Abfolge zu planen. Schließlich kann auch derjenige, welcher ein Reisearrangement oder den Besuch einer Vorstellung anbietet, diese Dienstleistungen nur erbringen, wenn sie zum voraus geplant werden.

Demgegenüber bildet in der Beziehung zwischen Arzt und Patient sowie Anwalt und Klient die Zeit keinen entscheidenden Faktor. Eine eigentliche Planung auf längere Frist findet hier in der Regel nicht statt[6]. Bei diesen Berufen spielt es daher kaum eine Rolle, ob sich ein Patient bzw. Klient von einem Tag

[4] GAUCH, Dauerverträge, S. 4 ff.
[5] BGE 110 II 383 ff., 109 II 469.
[6] Eine Ausnahme bilden allerdings chirurgische Eingriffe, die meistens zum voraus geplant werden.

auf den andern zurückzieht; der Gang der Dienstleistungen wird dadurch nicht beeinträchtigt, da sich neue Patienten und Klienten meistens bald wieder einstellen.

5. Persönliche Dienstleistung – Leistung durch eine Arbeitsorganisation

Daß der Arbeitnehmer, der sich in eine Arbeitsorganisation einzufügen hat, seine Dienstleistung persönlich erbringen muß, ist selbstverständlich. Aber auch die Tätigkeit des Arztes und des Anwalts sind Beispiele für Dienstleistungen, die in der Regel persönlich erbracht werden. Andere Dienstleistungen können nur mit einer ganzen Arbeitsorganisation oder nur unter Benützung von aufwendigen technischen Hilfsmitteln erbracht werden. Architektur- und Ingenieurarbeiten z. B. werden heute, insbesondere bei größeren Projekten, häufig von Betrieben mit einer Mehrzahl von Mitarbeitern geleistet. Dasselbe gilt für Banken, Liegenschaftsverwaltungen und Wartungs-Betriebe.

6. Mit Sachleistungen verbundene Dienstleistungen

Verschiedene Dienstleistungen sind in einem kleineren oder größeren Umfang auf einen körperlich faßbaren Arbeitserfolg ausgerichtet. Eine solche in einer Sachleistung resultierende Dienstleistung vollbringen der Bauunternehmer, der ein Haus baut, aber auch der Architekt und der Ingenieur, welche Pläne herstellen. Einen Arbeitserfolg verspricht im weiteren der Zahnarzt, der eine Prothese anfertigt. Dasselbe trifft zu auf das Versprechen, einen Gegenstand zu reparieren. Ebenso ist die Tätigkeit des Chirurgen auf einen Arbeitserfolg gerichtet, auch wenn man von ihm nicht unter allen Umständen verlangen kann, daß er diesen Erfolg erreicht. Bei der reinen Wartung, z. B. bei der Computerwartung[7], kann der Arbeitserfolg ebenfalls nicht garantiert werden. Der Arbeitnehmer schließlich arbeitet in der Regel zwar auf einen Erfolg hin, doch verspricht er nur seine Arbeitsleistung.

Oftmals sind Dienstleistungen nicht auf eine Sachleistung gerichtet, sondern werden zusammen mit einer solchen erbracht. Beim Fernkursvertrag wird die Dienstleistung meist mit einem Veräußerungsgeschäft, d. h. einem Kauf verbunden[8].

[7] WASER, S. 2 ff.
[8] BURKHARDT, S. 44 ff.

Vielfach werden Dienstleistungen aber auch mit Gebrauchsüberlassungen kombiniert. So verpflichtet sich die Internatsschule nicht nur zum Erteilen von Schulunterricht, sondern auch zum Beherbergen von Schülern. Ähnlich verspricht der Reiseveranstalter neben den Dienstleistungen auch die Unterbringung in einem Hotel[9]. Der Franchisegeber verpflichtet sich nicht nur zur Beratung und Schulung, sondern auch zur Überlassung eines Betriebsorganisationskonzepts und von Know-How[10].

Bei den verschiedenen Bankverträgen sind Dienstleistungen meistens mit einer Hinterlegung oder einem Darlehen verbunden[11]. So verpflichtet sich die Bank beim offenen Bankdepot nicht nur zur Verwaltung der übergebenen Wertpapiere, sondern auch zur sicheren Aufbewahrung (Hinterlegung)[12]. Im Rahmen des Geldanlagevertrages bietet sich die Bank an, Geld gegen Zins anzulegen (Darlehen) oder sicher aufzubewahren sowie jederzeit bereit zu halten (Hinterlegung)[13]. Daneben übernimmt die Bank aber auch Dienstleistungen wie Kontoeröffnung, Überweisung, Einziehen von Checks etc.

Eine Verbindung von Dienstleistungen und Darlehen, allenfalls Forderungskauf, beinhaltet der Factoring-Vertrag. Hier verpflichtet sich der Factor zu Dienstleistungen wie Führen der Buchhaltung, Mahnwesen und Inkasso und gleichzeitig zur Finanzierung der offenen Forderung. Dies kann durch Darlehen oder durch Kauf der Forderung geschehen. Der Factor übernimmt beim sogenannten echten Factoring auch das Delcredererisiko[14].

7. Entgeltliche und unentgeltliche Dienstleistungen

Die meisten Dienstleistungen werden heute als entgeltliche erbracht. Doch es gibt auch solche, für welche keine Vergütung geschuldet ist. Es handelt sich z. B. um freund-nachbarliche Hilfeleistungen[15] oder um gewisse Dienstleistungen unter Berufskollegen.

[9] GIRSBERGER, S. 45 f.
[10] BAUDENBACHER, Franchisevertrag, S. 210, 219.
[11] GUGGENHEIM, S. 11 f.
[12] GUGGENHEIM, S. 63.
[13] GUGGENHEIM, S. 60 ff.
[14] REY, S. 174 ff.
[15] BGE 61 II 97 ff.

C. Wachsende Bedeutung der Dienstleistungsverträge

Die Dienstleistungsverträge sind in den letzten Jahrzehnten zum Teil in quantitativer Hinsicht stark angewachsen. So werden z. B. infolge der vermehrten Bautätigkeit häufiger Verträge mit Architekten, Ingenieuren, Bauhandwerkern usw. abgeschlossen.

Seit dem Erlaß des Obligationenrechts haben sich aber auch verschiedene Dienstleistungsverträge erst neu herausgebildet. Sie stehen im Zusammenhang mit der Verlagerung der volkswirtschaftlichen Leistungen vom primären und sekundären in den tertiären Sektor, d. h. in den Bereich der Dienstleistung[16]. So hat der moderne Massentourismus zum heute stark ins Gewicht fallenden Reiseveranstaltungsvertrag geführt[17]. Auch Factoring, Franchising, Computerwartung und Softwareherstellung sind neue Formen von Dienstleistungen, die mit entsprechenden Verträgen «verkauft» werden wollen[18]. Schließlich sei auch auf die starke Ausweitung der Banktätigkeit und der entsprechenden Bankverträge hingewiesen.

[16] Statistisches Jahrbuch 1984, S. 171, und 1986, S. 149.
[17] GIRSBERGER, S. 12 ff.
[18] Vgl. KRAMER (Herausgeber), Neue Vertragsformen der Wirtschaft: Leasing, Factoring, Franchising.

II. System der Dienstleistungsverträge des Obligationenrechts

A. Funktion und Bedeutung der gesetzlichen Vertragstypen

Aufgrund der Vertragsfreiheit (Art. 19 Abs. 1 OR) sind die Parteien grundsätzlich frei, Dienstleistungsverträge mit beliebigem Inhalt abzuschließen. Davon wird in der Vertragspraxis – wie oben gezeigt worden ist – in verschiedenster Art und Weise Gebrauch gemacht. Trotz der Vertragsfreiheit sind aber die gesetzlichen Typen von Dienstleistungsverträgen von großer Bedeutung, denn diese erleichtern den Rechtsverkehr in erheblichem Maße[19]. Die Parteien müssen nur vereinbaren, was für die Bestimmung des Vertragstypus unerläßlich ist. Den ganzen übrigen Inhalt des Vertrages können sie offenlassen, denn lückenhafte Verträge werden durch das dispositive Vertragstypenrecht ergänzt. Dieses gilt als typischer Parteiwille. Darüber hinaus will der Gesetzgeber in verschiedenen Bestimmungen aber auch die sachlich richtige Lösung bzw. eine gerechte Verteilung von Rechten und Pflichten zum Ausdruck bringen. In diesem Sinn erscheint das dispositive Recht als Leitbild einer gerechten Ordnung[20]. Zum Schutz einer schwächeren Partei oder der öffentlichen Ordnung hat der Gesetzgeber das Vertragstypenrecht in einzelnen Punkten mit zwingender Wirkung ausgestaltet.

B. Die Typen von Dienstleistungsverträgen im Obligationenrecht

Das Obligationenrecht kennt im wesentlichen vier Typen von Dienstleistungsverträgen, nämlich den Arbeitsvertrag, den

[19] GUHL/MERZ/KUMMER, S. 299; MEIER-HAYOZ, SJK Nr. 1134, S. 4f.; SCHLUEP, S. 787f.

[20] GUHL/MERZ/KUMMER, S. 299; BUCHER, Ausschluß dispositiven Gesetzesrechts, S. 256ff.; JÄGGI/GAUCH, N 502ff. zu Art. 18 OR; KRAMER, Innominatverträge, S. 33ff.; GIGER, Allg. Geschäftsbedingungen, S. 105.

Werkvertrag, den Verlagsvertrag sowie den Auftrag mit seinen Abarten. Im einzelnen sind diese Vertragstypen wie folgt zu charakterisieren:

1. Modell des Arbeitsvertrags

Ein Arbeitsvertrag gemäß Art. 319 ff. OR[21] liegt vor, wenn jemand einem anderen verspricht, persönlich Arbeit auf Zeit gegen Entrichtung eines Lohnes zu leisten. Der Arbeitnehmer hat die vom Arbeitgeber erteilten Weisungen zu befolgen und sich in den Betrieb einzufügen. Er ist zu sorgfältiger Ausführung der übertragenen Arbeiten verpflichtet und haftet für Verletzungen dieser Sorgfaltspflicht.

2. Modell des Werkvertrags

Vereinbaren die Parteien die Herstellung eines Werkes gegen Leistung einer Vergütung, schließen sie einen Werkvertrag gemäß Art. 363 ff. OR[22]. Der Unternehmer schuldet bei diesem Vertragstyp nicht nur Arbeit, sondern einen durch diese Arbeit erzielten Arbeitserfolg, d. h. ein Werk. Dieses kann körperlicher oder geistiger Natur sein[23], wobei eine gewisse Körperlichkeit Voraussetzung dafür ist, daß geistige Arbeitserfolge als Werk im Sinne des Werkvertrags betrachtet werden können[24]. Der Unternehmer schuldet hier somit neben der Dienstleistung eine Sachleistung. Er ist grundsätzlich verpflichtet, das Werk persönlich auszuführen oder herzustellen, doch kann er dies – was heute häufig geschieht – durch Hilfskräfte unter seiner Leitung tun lassen. Bei der Gestaltung seiner Arbeit ist der Unternehmer frei und nicht etwa in eine Arbeitsorganisation des Bestellers eingegliedert. Dessen Weisungen hat er allerdings zu befolgen (Art. 369 OR). Er haftet für Mängel seiner Sachlei-

[21] STAEHELIN, N 1 ff. zu Art. 319; REHBINDER, N 1 ff. zu Art. 319 OR; GUHL/MERZ/KUMMER, S. 399 ff.; VISCHER, Arbeitsvertrag, S. 284 ff.

[22] GAUCH, Werkvertrag, N 6 ff.; GUHL/MERZ/KUMMER, S. 444 ff.

[23] BGE 83 II 529, 70 II 218; GAUCH, Werkvertrag, N 22 ff.; JÄGGI, S. 302; a. M. GAUTSCHI, N 5 der Vorbemerkungen zu Art. 363–379 OR, N 63 a zu Art. 394 OR. Das Bundesgericht war eine Zeitlang der Auffassung, ein geistiger Arbeitserfolg könne nicht als Werk im Sinne von Art. 363 OR aufgefaßt werden, vgl. BGE 98 II 311. Heute anerkennt es wiederum, daß das Werk auch eine unkörperliche Gestalt aufweisen könne: BGE 109 II 37 f. Erw. b, 465.

[24] GAUCH, Werkvertrag, N 42; GAUCH, Zurück zum Geist-Werkvertrag, S. 134 f.; VON BÜREN, Bes. Teil, S. 143 f. und N 69.

stung und somit für den Erfolg seiner Arbeit. Der Vertrag endigt mit der Erfüllung; solange das Werk unvollendet ist, hat der Besteller auch das Recht, gegen volle Schadloshaltung den Vertrag zu kündigen (Art. 377 OR).

3. Modell des Verlagsvertrags

Durch den Verlagsvertrag gemäß Art. 380 ff. OR verpflichten sich der Urheber eines literarischen oder künstlerischen Werkes oder seine Rechtsnachfolger, das Werk einem Verleger zum Zwecke der Herausgabe zu überlassen. Der Verleger verpflichtet sich dagegen, das Werk zu vervielfältigen und in Vertrieb zu setzen. Ein Honorar an den Verlaggeber gilt als vereinbart, wenn nach den Umständen die Überlassung des Werkes nur gegen ein Honorar zu erwarten war.

4. Modell des Auftrags

Folgende Elemente erscheinen als wesentlich für das Modell des Auftrags[25]:

a) Geschäftsbesorgungen, Dienstleistungen – Haftung für sorgfältige Ausführung, Rechenschaftsablegung

Ein einfacher Auftrag gemäß Art. 394 ff. OR liegt vor, wenn sich jemand verpflichtet, Geschäfte oder Dienste in fremdem Interesse zu besorgen. Ein Entgelt ist geschuldet, wenn es verabredet oder üblich ist. Inhalt einer solchen Interessenwahrung können sowohl Tathandlungen als auch Rechtshandlungen sein. Als Auftrag können somit die Beratung, die Prozeßvertretung, die ärztliche Behandlung, der Privatunterricht, die Schätzung eines Kunstwerks, der Abschluß eines Rechtsgeschäfts als Stellvertreter usw. qualifiziert werden. Der Beauftragte hat zwar nach dem Willen und im Interesse des Auftraggebers zu handeln. Er verrichtet seine Arbeit aber selbständig und ist nicht in den Betrieb des Auftraggebers eingegliedert.

Der Beauftragte, dessen Tätigkeit meistens nicht objektiv bewertet werden kann, haftet für eine getreue und sorgfältige

[25] HOFSTETTER, S. 5 ff.; GAUTSCHI, N 1 ff. zu Art. 394 OR; GUHL/MERZ/KUMMER, S. 459 ff.; SCHAFFITZ, S. 66 f.; BÜHLER, S. 119. PEYER, S. 84, ist allerdings der Auffassung, dieses Modell sei in der Gesetzesrevision von 1911 verlassen worden; heute sei der Auftrag ein reiner Auffangtatbestand.

Ausführung (Art. 398 Abs. 2 OR). Unsorgfalt bedeutet Vertragsverletzung und begründet eine Haftung, von der sich der Beauftragte mit dem Beweis fehlenden Verschuldens befreien kann (Art. 97 Abs. 1 OR)[26]. Für den Erfolg seiner Arbeiten hat der Beauftragte nicht einzustehen. Das Auftragsrecht kennt mit anderen Worten keine objektivierte Mängelhaftung, sondern eine stark subjektivierte Sorgfalts- und Treuehaftung[27]. Sachleistungen, für deren vertragsgemäße Erbringung ein Schuldner haften soll, passen nicht zum Auftrag. Dieser Vertragstyp ist aber geeignet für künstlerische und wissenschaftliche Leistungen (Malen eines Bildes, Schaffen einer Skulptur oder Verfassen einer wissenschaftlichen Abhandlung), wenn dafür eine Sachgewährleistung nicht sachgerecht ist.

Der Interessenwahrung bzw. Geschäftsbesorgung entspricht es, daß der Beauftragte Rechenschaft ablegen und dem Auftraggeber alles, was ihm im Rahmen des Auftrags zugekommen ist, herausgeben muß (Art. 400 OR). Die Herausgabepflicht wird durch die Regel ergänzt, daß Forderungsrechte, die der Beauftragte für Rechnung des Auftraggebers, aber im eigenen Namen gegen Dritte erworben hat, auf den Auftraggeber übergehen, sobald dieser allen Verbindlichkeiten aus dem Auftragsverhältnis nachgekommen ist (Art. 401 OR).

b) Persönliche Leistungspflicht

Der Beauftragte ist grundsätzlich zur persönlichen Besorgung des Geschäfts verpflichtet; die Übertragung des Geschäfts an einen Dritten ist nur zulässig, wenn der Beauftragte dazu ermächtigt oder durch die Umstände genötigt ist und wenn eine Vertretung übungsgemäß (wie bei Hilfsarbeiten) als zulässig betrachtet wird (Art. 398 Abs. 3 OR). Aufgrund dieser Regel sind der Übertragung von Geschäften auf einen Dritten (Ersatzbeauftragten, Substituten) zur selbständigen Erledigung Grenzen gesetzt. Sie ist nur gestattet, wenn das Vermitteln eines solchen Dritten Inhalt des Auftrages ist, der Auftraggeber sich mit der Übertragung des Auftrages ausdrücklich einverstanden erklärt

[26] Die Unsorgfalt ist vom Verschulden zu unterscheiden (vgl. GAUTSCHI, N 22a zu Art. 398 OR), wenn auch die Elemente, welche eine Unsorgfalt begründen, unter dem Gesichtspunkt des Verschuldens wieder zu würdigen sind, GIGER, Widerrechtlichkeit und Verschulden, S. 393.

[27] GAUTSCHI, Architektenvertrag, S. 22; GAUTSCHI, N 1aff. zu Art. 398 OR. Der Beauftragte kann allerdings eine Erfolgshaftung übernehmen, wo sie möglich ist, vgl. GAUTSCHI, N 77b zu Art. 395 OR.

hat oder wenn die Beauftragung eines Dritten aufgrund der Sorgfaltspflicht des Hauptbeauftragten als geboten erscheint (Einholen des Rates eines Spezialisten)[28]. Im Fall zulässiger Substitution ist die Haftung des Hauptbeauftragten auf die gehörige Sorgfalt bei der Auswahl und Instruktion des Dritten beschränkt (Art. 399 Abs. 2 OR). Eine weitergehende Übertragung von Geschäften auf Partner oder Angestellte, z. B. mit dem Zweck, Arbeitsabläufe rationell zu organisieren, entspricht dem Modell des Auftrags nicht[29]. Werden in einem beschränkten Umfang zulässigerweise Erfüllungsgehilfen herangezogen, hat der Beauftragte für deren Verhalten einzustehen, wie wenn er selber gehandelt hätte (Art. 101 OR).

Im Hinblick auf diese grundsätzlich persönliche Leistungspflicht ist es verständlich, daß der Auftrag vielfach als «Arbeitsvertrag der liberalen Berufe»[30] bezeichnet wird, denn solche Beauftragte erbringen ihre Leistung vorwiegend persönlich. Es ist unbestritten, daß das Verhältnis zwischen Anwalt und Klient bzw. Arzt und Patient die Rechtsgrundlage im Auftragsrecht findet. Der Bereich des Auftrags läßt sich zwar nicht auf diese liberalen Berufe beschränken und auch nicht auf Dienstleistungen, welche im wesentlichen persönlich ausgeführt werden. Leistungen aber, die nur unter Inanspruchnahme einer größeren Arbeitsorganisation geleistet werden können, entsprechen dem Modell des Auftrages nicht.

c) Vertrauensverhältnis – Widerrufsmöglichkeit

Das Auftragsrecht geht davon aus, daß zwischen dem Auftraggeber und dem Beauftragten ein ausgesprochenes Vertrauensverhältnis besteht. Der Beauftragte erhält nämlich oft Einblick in persönliche Angelegenheiten des Auftraggebers, und eine Schlechterfüllung des Auftrags ist für den Auftraggeber häufig mit nicht wiedergutzumachenden Nachteilen verbunden[31]. Der Auftraggeber sucht sich daher für die Besorgung seiner Geschäfte einen Vertragspartner, dem er in fachlicher und charakterlicher Hinsicht volles Vertrauen schenken kann, denn er liefert sich diesem bis zu einem gewissen Grad aus. Andererseits

[28] HOFSTETTER, S. 74 ff.; GUHL/MERZ/KUMMER, S. 463; FRIEDRICH, S. 463.

[29] GAUTSCHI, N 42b zu Art. 398 OR, will allerdings die Übertragung von Geschäften des Anwalts oder Architekten auf Partner zulassen.

[30] GAUTSCHI, N 28 zu Art. 394 OR; HOFSTETTER, S. 8 ff. und 72; vgl. auch DESSEMONTET, S. 501.

[31] HOFSTETTER, S. 33.

ist auch der Beauftragte für die Interessenwahrung auf ein Vertrauensverhältnis zum Auftraggeber angewiesen. Dieses kann gestört werden, wenn der Auftraggeber Weisungen erteilt, deren Ausführung der Beauftragte nicht verantworten kann [32]. Damit die Parteien bei Störungen dieses Vertrauensverhältnisses nicht länger aneinander gebunden sein müssen, kann der Auftrag von jeder Partei jederzeit grundsätzlich entschädigungslos widerrufen werden. Eine Entschädigung ist nur geschuldet, wenn der Widerruf zur Unzeit erfolgt (Art. 404 Abs. 2 OR). Die Parteien haben sich mit dieser als zwingendes Recht geltenden Widerrufsmöglichkeit abzufinden [33].

d) Schadenersatzpflicht des Auftraggebers

Der persönlichen Leistungspflicht und dem Vertrauensverhältnis entspricht es im übrigen auch, daß der Auftraggeber nach Art. 402 Abs. 2 OR verpflichtet ist, den Beauftragten möglichst vor Schädigungen bei der Auftragsausübung zu bewahren bzw. ihm solche Schäden zu ersetzen. Der Auftraggeber soll mit andern Worten Nutzen und Schaden der Erfüllung des Auftrags tragen [34].

e) Keine größere zeitliche Bindung

Der Auftrag ist nicht auf kurzfristige Dienstleistungen beschränkt [35]. Es entspricht aber nicht dem Modell des Auftrags, wenn sich der Dienstleistende während längerer Zeit mit einem wesentlichen Teil seiner Arbeitskapazität auf eine Arbeit einrichten muß. Ein Dauerschuldverhältnis mit einem zeitlich erheblichen Engagement kann daher nicht als Auftrag verstanden werden [36].

5. Qualifizierte Auftragsverhältnisse

Zu Dienstleistungen oder Geschäftsbesorgungen verpflichtet sich der Beauftragte im übrigen auch im Rahmen der qualifizierten Auftragsverhältnisse: Kreditbrief (Art. 407 OR), Kre-

[32] Vgl. BGE 95 I 590; GAUTSCHI, N 15a zu Art. 404 OR.
[33] BGE 106 II 160 Erw. 2c.
[34] GAUTSCHI, N 20d zu Art. 402 und 56 zu Art. 394 OR.
[35] GUHL/MERZ/KUMMER, S. 466.
[36] Vgl. GAUCH, Dauerverträge, S. 11f. N 5; a. M. HOFSTETTER, S. 46, KELLER/SCHÖBI, S. 250, sowie PEYER, S. 91.

ditauftrag (Art. 408 ff. OR), Mäklervertrag (Art. 412 ff. OR), Agenturvertrag (Art. 418 a ff. OR), Kommission (Art. 425 ff. OR), Frachtvertrag (Art. 440 ff. OR). Diese Vertragstypen stellen spezielle Formen des Auftrags dar; der Gesetzgeber verweist denn auch bei der Regelung dieser Vertragstypen in mehr oder weniger großem Umfang auf die Bestimmungen des einfachen Auftrags.

III. Numerus clausus für Dienstleistungsverträge?

A. Die Rechtsprechung betreffend den numerus clausus und die Subsidiarität des Auftrags

Nach Art. 394 Abs. 2 OR unterstehen Verträge über Arbeitsleistungen, die keiner besonderen Vertragsart des Gesetzes unterstellt sind, den Vorschriften über den Auftrag. Aus dieser Bestimmung wird heute abgeleitet, im Bereiche der Dienstleistungen seien gesetzlich nicht geregelte Verträge ausgeschlossen, d. h. es bestehe ein numerus clausus und subsidiär sei Auftragsrecht anwendbar. Art. 394 Abs. 2 OR hat aber nicht immer die gleiche Auslegung erfahren.

1. Die ältere Rechtsprechung

Vor der Inkraftsetzung von Art. 418 a ff. OR (Bundesgesetz vom 4. Februar 1949 über den Agenturvertrag) beurteilte das Bundesgericht den Agenturvertrag trotz Art. 394 Abs. 2 OR als Vertrag sui generis [37]. Dabei wurden, obschon grundsätzlich die allgemeinen Regeln über den Auftrag herangezogen wurden, auf die Vertragsauflösung die Bestimmungen über die Kündigung aus wichtigen Gründen des damaligen Dienstvertrages angewandt [38].

Aber auch in zahlreichen weiteren Fällen behandelte das Bundesgericht Verträge, die einen wesentlichen Anteil an Dienstleistungen enthalten, als gemischte oder gesetzlich nicht geregelte Verträge. Art. 394 Abs. 2 OR schien einem solchen Vorgehen nicht im Wege zu stehen. In BGE 61 II 111 wandte es z. B. auf das Verhältnis zwischen Zahnarzt und Patient teils Werkvertrags- teils Auftragsrecht an. Ähnlich führte es in BGE 63 II 177 ff. aus, ein sowohl Planung als auch Bauleitung umfas-

[37] BGE 60 II 336, vgl. auch BGE 40 II 392; GESSLER, S. 30.
[38] BGE 60 II 336.

sender Architektenvertrag sei aus praktischen Erwägungen, insbesondere aus Zweckmäßigkeitsgründen grundsätzlich dem Auftragsrecht zu unterstellen. «Aushülfsweise» könnten nötigenfalls aber die Spezialvorschriften des Werkvertrags herangezogen werden. In BGE 62 II 144 bezeichnete es das Rechtsverhältnis zwischen Anleihensschuldner und Titelinhaber einerseits und dem als «Zahl- und Mittelstelle» handelnden Treuhänder als auftragsähnlichen Vertrag sui generis. In BGE 69 II 55 f. behandelte das Bundesgericht einen Vertrag, in dem die Erziehungsdirektion des Kantons Aargau einen Rechenmethodiker mit der Ausarbeitung von Rechenbüchern für die Primarschule beauftragte und dieser alle Urheberrechte dem Kanton überließ, als gemischten Vertrag, der Elemente des Werkvertrags, des Auftrags und des Verlagsvertrags aufweise. In BGE 78 II 36 f. erscheint im weiteren der Alleinvertriebsvertrag als gesetzlich nicht geregeltes Vertragsverhältnis. In BGE 83 II 529 f. bezeichnete das Bundesgericht schließlich einen Liegenschaftsverwaltungsvertrag als Dienstvertrag oder Vertrag sui generis. Es wandte denn auch (trotz eines Hinweises auf Art. 394 Abs. 2 OR) die Regeln über die fristlose Auflösung des Dienstvertrages und nicht etwa diejenigen des freien Widerrufs gemäß Art. 404 Abs. 1 OR an.

Auch in der kantonalen Praxis sind immer wieder Vertragsverhältnisse mit einem wesentlichen Anteil von Dienstleistungen als Innominatverträge bezeichnet worden [39]. Als Beispiele seien der Buchhaltungsabonnementsvertrag [40] und der Unterrichtsvertrag mit einer Privatschule [41] erwähnt.

2. *Die neuere, von* GAUTSCHI *beeinflußte Rechtsprechung*

Eine Wende in der Rechtsprechung brachten die Berner Kommentare zum Werkvertrag und zum Auftrag von GAUTSCHI [42]. In diesen wurde, zum Teil unter Hinweis auf die Materialien, ausgeführt, der nicht immer gebührend beachtete Art. 394 Abs. 2 OR schließe für das schweizerische Recht Verträge sui generis über Arbeitsleistungen aus. Die Parteien könnten keinen beliebigen Innominatvertrag auf Arbeitsleistung schließen; es bestehe ein numerus clausus der gesetzlichen Typen [43].

[39] STAEHELIN, N 36 zu Art. 319 OR.
[40] SJZ 45/1949, S. 44 f.
[41] SJZ 60/1964, S. 253 ff.
[42] Kommentar, N 7 der Vorbemerkungen zu Art. 363–379 OR, N 56 zu Art. 394 OR; vgl. auch GAUTSCHI, Arbeitsobligation, S. 44.
[43] Ähnlich PEYER, S. 168; NÄF, S. 40.

Das Kassationsgericht des Kantons Zürich folgte dieser Auffassung und unterstellte den Internatsvertrag ganz dem Auftrag, da Art. 394 Abs. 2 OR für die Annahme eines Vertrages sui generis keinen Raum lasse und Verträge, welche nicht einem anderen gesetzlichen Vertragstyp unterstellt werden könnten, nach Auftragsrecht zu beurteilen seien[44]. In die gleiche Richtung ging das Bundesgericht in BGE 98 II 305 ff., ebenfalls gestützt auf den Kommentator GAUTSCHI. Es änderte damit seine frühere Praxis und unterstellte den Architektenvertrag vorbehaltlos dem Auftragsrecht[45]. In BGE 104 II 110 ff. (betreffend einen Managementvertrag) führte das Bundesgericht dann ausdrücklich aus, Art. 394 Abs. 2 OR schließe einen Vertrag auf Arbeitsleistung sui generis aus. Es fügte aber bei, zulässig sei immerhin ein Vertrag, der aus Elementen zweier gesetzlicher Vertragsarten gemischt werde[46]; dadurch entstehe aber noch kein Vertrag sui generis. Wenn das Bundesgericht hier von einem gemischten Vertrag spricht, meint es offenbar ein Vertragsverhältnis, auf das die Regeln zweier gesetzlicher Vertragstypen nebeneinander angewandt werden (Spaltung der Rechtsfolgen), während ein (für Dienstleistungsverträge unzulässiger) sui generis-Vertrag offenbar die Beurteilung nach einer richterlichen Regel notwendig machen würde. In BGE 106 II 159 bezeichnete das Bundesgericht den Liegenschaftsverwaltungsvertrag zwar als Auftrag oder Vertrag sui generis (etwas, was es kurz zuvor ausgeschlossen hatte), wandte aber gemäß Art. 394 Abs. 2 OR die Vorschriften über den Auftrag an.

Drei Jahre später (BGE 109 II 466) überprüfte das Bundesgericht seine Rechtsprechung betreffend die Zulässigkeit von Verträgen sui generis im Bereiche von Arbeitsleistungen, umging dann aber diese Frage und begnügte sich mit der bereits früher gemachten Feststellung, gemischte Verträge seien im Bereiche von Arbeitsleistungen jedenfalls zulässig. In BGE 110 II 382, in dem es wiederum die Zulässigkeit von gemischten Verträgen annahm, wurde die Frage der sui generis-Verträge nicht mehr erörtert. In BGE 110 II 378 f. schließlich behandelte

[44] SJZ 66/1970, S. 8; ähnlich auch schon SJZ 64/1968, S. 24 ff.

[45] S. 311 f.; GAUTSCHI hat in Architekturvertrag, S. 21 ff., dieses Urteil unterstützt und seinen Standpunkt nochmals eingehend dargelegt.

[46] Damit weicht es vom Kommentar GAUTSCHI, N 7 der Vorbemerkungen zu Art. 363–379 OR, ab, der im Bereiche von Arbeitsleistungen auch keine Mischungen von gesetzlichen Vertragstypen zulassen wollte.

das Bundesgericht den Zahnarztvertrag, den es früher als gemischten Vertrag behandelt hatte, einheitlich als Auftrag[47].

3. Ankündigung einer Praxisänderung?

Obschon das Bundesgericht bisher am numerus clausus festgehalten hat, vermehren sich die Zeichen, daß diese Rechtsprechung nicht mehr die frühere Festigkeit aufweist. Praktisch gleichzeitig mit den oben dargestellten Entscheiden behandelte es nämlich in BGE 107 II 216ff. den Alleinvertriebsvertrag als Vertrag sui generis[48]. Es erörterte dabei nicht einmal, ob auf diesen Vertrag allenfalls die Regeln des Auftrags anzuwenden seien; dementsprechend stand auch ein freies Widerrufsrecht nicht zur Diskussion. Die Vertragsbeendigung wurde vielmehr unter dem Gesichtspunkt der Teilnichtigkeit erörtert[49]. Im bereits zitierten BGE 109 II 466 ließ das Bundesgericht die Frage der Berechtigung des numerus clausus immerhin offen. In BGE 112 II 46 stellte es nun aber fest, Art. 394 Abs. 2 OR stehe einem Vertrag sui generis nicht entgegen[50]. Auch räumt das Bundesgericht ein, der Vertrag betreffend Organisation einer Aufführung könne «eventuellement» als Innominatvertrag bezeichnet werden. Es stellt sich die Frage, ob das Bundesgericht mit diesen Entscheiden behutsam den numerus clausus für Dienstleistungsverträge aufgeben und eine Änderung der Rechtsprechung ankündigen will.

B. Konsequenzen des numerus clausus für das Modell des Auftrags

1. Negative Umschreibung des Auftrags

Oben wurde aufgrund von Rechtsprechung und Lehre umschrieben[51], was als Modell des Auftrags gilt. Dieses Modell

[47] Währenddem es früher (BGE 61 II 111ff.) Auftragsrecht auf Diagnosen sowie Untersuchungen und Werkvertrag auf das Einsetzen von Kronen sowie Prothesen angewandt hatte, unterstellt es nun den gesamten Vertrag, auch wenn für die Behandlung «Werke» notwendig sind, dem Auftragsrecht.

[48] Wie bereits in BGE 78 II 32ff.

[49] GAUCH, Modifizierte Teilnichtigkeit, S. 95f.

[50] Eine Feststellung, die allerdings nicht auf den zitierten BGE 109 II 466 gestützt werden kann; in diesem Entscheid wurde die Frage der Zulässigkeit von Verträgen sui generis nämlich offengelassen.

[51] Ziff. II, 2d.

wird nun aber verlassen, indem das Bundesgericht aus Art. 394 Abs. 2 OR einen numerus clausus für Dienstleistungsverträge sowie eine Subsidiarität des Auftragsrechts ableitet. Aufgrund dieser Rechtsprechung läßt sich nämlich der Anwendungsbereich des Auftrags nur noch *negativ* bestimmen[52]. Ob ein Auftragsverhältnis angenommen werden kann, hängt nun im wesentlichen davon ab, ob nicht ein anderer gesetzlicher Vertragstyp (Werkvertrag, Arbeitsvertrag usw.) Anwendung findet. Solange z. B. geistige Werke nicht als Gegenstand des Werkvertrags zugelassen wurden[53], fielen sie gemäß Art. 394 Abs. 2 OR unter den Auftrag. Als das Bundesgericht geistige Werke erneut im Rahmen des Werkvertrags beurteilte[54], wurden diesbezügliche Rechtsbeziehungen dem Auftrag wieder entzogen.

2. Auftrag ohne Konturen

Alle diejenigen Arten von Dienstleistungsverträgen, in denen unterschiedlichste Elemente mit einer Arbeitsleistung kombiniert sind, fallen nun unter den Auftrag, sofern sie nicht einem anderen gesetzlichen Vertragstyp zugeordnet werden können. Damit wird der Anwendungsbereich des Auftragsrechts erheblich vergrößert. Es wird mit andern Worten eine große, nicht zum voraus überblickbare Zahl von Dienstleistungsverträgen, die fern vom Auftragsmodell liegen, in den Auftrag «kanalisiert». Dadurch werden Dienstleistungen, die mit einem erheblichen zeitlichen Engagement verbunden sind, insbesondere auch Dauerschuldverhältnisse, sowie Dienstleistungen, die nur mit einer ganzen Arbeitsorganisation erbracht werden können, dem Auftragsrecht unterstellt. Es geraten Dienstleistungen unter das Auftragsrecht, die nicht von einem besonderen Vertrauensverhältnis abhängig sind. Schließlich müssen auch objektiv bewertbare Arbeitserfolge, aber auch Dienstleistungen, die mit einer Sachleistung verbunden sind (im Rahmen eines gemischten Vertrages zumindest teilweise), dem Auftragsrecht unterstellt werden. Der Auftrag verliert durch die Anwendung auf solche Vertragsbeziehungen seine Konturen. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung bewirkt in der Tat, daß sich der

[52] HOFSTETTER, S. 14; FRIEDRICH, S. 452; STAEHELIN, N 33 zu Art. 319 OR; VON BÜREN, Bes. Teil, S. 127.
[53] BGE 98 II 311.
[54] BGE 109 II 37ff. (Geometervertrag), 109 II 465 (Planungsvertrag).

Anwendungsbereich des Auftrags nicht mehr primär aus dem in Art. 394 Abs. 1 OR umschriebenen Modell ergibt, sondern aus Art. 394 Abs. 2 OR, d. h. aus dem numerus clausus und der Subsidiarität[55].

C. Konsequenzen des numerus clausus in der Rechtsprechung

1. Unbefriedigende Folgen des numerus clausus in bezug auf das Widerrufsrecht (Art. 404 OR)

a) Bedeutung von Art. 404 OR

Nach Art. 404 Abs. 1 OR kann der Auftrag von jeder Partei jederzeit widerrufen werden. Dieses Recht kann vertraglich weder ausgeschlossen noch beschränkt werden[56]. Die zurücktretende Partei ist dem anderen Teil nur dann zum Ersatz des aus der Vertragsauflösung entstehenden Schadens verpflichtet, wenn der Widerruf zu Unzeit erfolgt. Nach herkömmlicher Rechtsprechung und Lehre wird die Frage, wann ein Widerruf zu Unzeit erfolgt sei, grundsätzlich im Hinblick auf den Schaden beurteilt, welchen dieser Widerruf zur Folge hat. Ein unzeitiger Widerruf wird im allgemeinen nur dann angenommen, wenn durch diesen «besondere» Nachteile entstanden sind[57]. Ein Schadenersatz ist somit zum vornherein auf das negative Vertragsinteresse beschränkt[58]. Nachteile, mit welchen aufgrund der jederzeitigen Widerrufbarkeit des Auftrags gerechnet werden muß, begründen im allgemeinen keine Schadenersatzpflicht. Als besondere Nachteile, die einen Schadenersatz rechtfertigen, gelten hingegen Anschaffungen, welche für einen speziellen Auftrag getätigt wurden und die infolge des Wider-

[55] Vgl. PEYER, S. 39.

[56] BGE 106 II 159 Erw. b, 104 II 115 f. Erw. 4, 103 II 130 Erw. 1, 98 II 307; SJZ 79/1983, S. 248.

[57] GAUTSCHI, N 17 d zu Art. 404 OR; BECKER, N 5 zu Art. 404 OR; ähnlich OSER/SCHÖNENBERGER, N 8 zu Art. 404 OR; GUHL/MERZ/KUMMER, S. 466; HOFSTETTER, S. 51; BGE 106 II 160 Erw. 2 c; SJZ 79/1983, S. 248. In BGE 55 II 183 hatte das Bundesgericht allerdings noch ausgeführt, Unzeit liege jedenfalls vor, wenn der Widerruf aus Umständen erfolge, die einzig und allein der Widerrufende zu vertreten habe. Von dieser weiten Umschreibung der Unzeit ist die Rechtsprechung und -lehre in der Folge abgekommen.

[58] BGE 106 II 160 Erw. 2 c; unveröffentlichter Bundesgerichtsentscheid in Sachen R. vom 4. Oktober 1982; BGE 55 II 184; SJZ 79/1983, S. 249; HOFSTETTER, S. 50 f.; GAUTSCHI, N 19 a zu Art. 404 OR; BECKER, N 7 zu Art. 404 OR.

rufs unnütz geworden sind. Ferner kann dem Beauftragten ein besonderer Nachteil erwachsen sein aus der Ablehnung anderer Aufträge, die erfolgte, um das später grundlos widerrufene Mandat übernehmen zu können[59].

Die Schadenersatzpflicht des Auftraggebers entfällt allerdings selbst bei Unzeitigkeit des Widerrufs, wenn der Beauftragte seine vertraglichen Verpflichtungen verletzt und dadurch Grund zur Auflösung des Vertrags gegeben hat. Auch leichte Nachlässigkeit vermag einen Anspruch auf Schadenersatz auszuschließen[60].

b) Unbefriedigende Anwendung von Art. 404 OR

Der numerus clausus hat zur Folge, daß das auftragsrechtliche Widerrufsrecht nach Art. 404 OR zwingend auf alle Dienstleistungsverträge, die nicht einem anderen gesetzlichen Vertragstyp unterstehen, anzuwenden ist. Diese Rechtsfolge ist deshalb unbefriedigend, weil das Widerrufsrecht in einem engen Zusammenhang mit dem besonderen Vertrauensverhältnis steht, das für das Modell des Auftrags typisch, aber bei Vertragsverhältnissen außerhalb dieses Modells nicht immer im gleichen Maß vorhanden ist. Im weiteren stehen bei typischen Auftragsverhältnissen einem entschädigungslosen Widerruf in der Regel weniger gewichtige Gründe entgegen als bei Vertragsverhältnissen, die vom typischen Auftrag entfernt liegen. Es ist deshalb nicht verwunderlich, daß die Anwendung des entschädigungslosen Widerrufsrechts gemäß Art. 404 OR auf Verträge, die außerhalb des Modells des Auftrags liegen, zu unbefriedigenden Ergebnissen führt. In der Rechtslehre ist darum für verschiedene Dienstleistungsverträge, die infolge des numerus clausus an sich dem Auftragsrecht unterstellt werden müßten, eine zwingende Anwendung des entschädigungslosen Widerrufsrechts abgelehnt worden. Dies trifft z. B. zu auf den Franchisevertrag[61], den Computerwartungsvertrag[62], den Ingenieurvertrag[63], den Veranstaltungsvertrag[64], ganz allgemein

[59] GAUTSCHI, N 17d zu Art. 404 OR; BGE 106 II 160 Erw. 2c; SJZ 79/1983, S. 248.
[60] BGE 104 II 320f. Erw. 5b.
[61] BAUDENBACHER, Franchisevertrag, S. 215.
[62] WASER, S. 29f.
[63] SCHAUB, S. 93.
[64] GESSLER, S. 68.

für den Geist-Werkvertrag[65], den Schulvertrag[66], den Architektenvertrag[67], den Fernsehwerbevertrag[68] usw.

In der Rechtsprechung ist das entschädigungslose Widerrufsrecht nur auf einige wenige Verträge außerhalb des Modells des Auftrags konsequent angewandt worden, insbesondere auf den Schul-, Internats- und Liegenschaftsverwaltungsvertrag.

aa) Widerruf des Schul- und des Internatsvertrags

Die Eltern eines Schülers, aber auch ein erwachsener Schüler selber, haben ein schutzwürdiges Interesse, einen Schulvertrag auflösen zu können, wenn sie aus fachlichen, pädagogischen oder weltanschaulichen Gründen das Vertrauen in die Schule verloren haben oder wenn der Schüler aus dem Unterricht keinen Nutzen mehr ziehen kann. Dies trifft in erhöhtem Maß zu, wenn Eltern ihr Kind einer Internatsschule anvertrauen[69]. Auch bei Würdigung dieser Interessen scheint es aber unbefriedigend, wenn die Rechtsprechung auf den Schul- oder Internatsvertrag ein entschädigungsloses Widerrufsrecht gemäß Art. 404 OR anwendet[70] und der Schule entgegenhält, mit den diesbezüglichen Unzukömmlichkeiten müsse sie wie jeder andere Beauftragte rechnen[71]. Insbesondere beim Internatsvertrag hat die Schule für einen Schüler verschiedene Leistungen, die mit Vorbereitungen und Kapitaleinsatz verbunden sind, bereitzustellen (Einstellung von Lehrern, Bereithalten von Unterrichtsmaterial sowie von Unterkunft und Verpflegung). Diese Vorbereitungen werden für das Internat bei einem Widerruf des Vertrages unter Umständen wertlos.

Der Schadenersatzanspruch bei unzeitigem Widerruf führt kaum zu einem befriedigenden Interessenausleich, da er auf Fälle beschränkt ist, in denen durch den Widerruf «besondere» Nachteile entstanden sind. In der Rechtsprechung wurden solche besonderen Nachteile und damit die Unzeit verneint bei einem Widerruf 11 bzw. 5 Tage vor Unterrichtsbeginn[72]. Ein

[65] PETER ZIMMERMANN, S. 61.
[66] SCHAFFITZ, S. 95 ff.
[67] GAUCH, Werkvertrag, N 58, mit Hinweisen.
[68] MÜLLER, S. 198 ff.
[69] SJZ 79/1983, S. 247 f.
[70] Der Internatsvertrag wird zwar als gemischter Vertrag bezeichnet, doch wird auf ihn Art. 404 OR angewandt; vgl. SJZ 79/1983, S. 247; unveröffentlichter Bundesgerichtsentscheid in Sachen R. vom 4. Oktober 1982.
[71] SJZ 79/1983, S. 248, SJZ 66/1970, S. 9.
[72] SJZ 66/1970, S. 9, SJZ 64/1968, S. 26.

Widerruf nach Beginn des Unterrichts wurde dagegen als unzeitig betrachtet[73]. Ein Schadenersatzanspruch scheitert in solchen Fällen aber vielfach daran, daß die Schule einen besonderen Nachteil beweisen muß, d. h. einen Schaden, der aus dem Widerruf gerade zu dieser ungünstigen Zeit entstanden ist (negatives Vertragsinteresse). Ein solcher Beweis gelingt selten[74].

bb) Widerruf des Liegenschaftsverwaltungsvertrags

Ein ähnlich unbefriedigendes Resultat kann die Anwendung des Widerrufsrechts gemäß Art. 404 OR auf den Liegenschaftsverwaltungsvertrag bewirken[75]. Wird einer Unternehmung die Verwaltung einer größeren Anzahl von Liegenschaften für eine gewisse Zeitdauer übertragen, hat sie möglicherweise Dispositionen für ihre Organisation zu treffen, neue Mitarbeiter anzustellen sowie Räumlichkeiten und Geräte zu beschaffen. Eine jederzeitige Widerrufsmöglichkeit entspricht unter solchen Umständen der Interessenlage der Parteien nicht, denn der Liegenschaftsverwalter wird durch einen Widerruf in erheblichen wirtschaftlichen Interessen betroffen, ohne daß der Hauseigentümer ein schutzwürdiges Interesse an einer jederzeitigen bedingungslosen Widerrufsmöglichkeit hätte. Umgekehrt würden auch seine Interessen beeinträchtigt, wenn der Verwalter den Vertrag fristlos auflösen würde, da meistens nicht sofort ein Ersatz zur Verfügung steht. Ein Interessenausgleich durch einen Schadenersatz infolge unzeitigen Widerrufs scheitert, wie bereits im Hinblick auf den Internatsvertrag ausgeführt worden ist, vielfach an der Schwierigkeit des Beweises eines besonderen Nachteils.

2. Methodisch unbefriedigende Lösungsansätze zur Umgehung des entschädigungslosen Widerrufsrechts

Rechtsprechung und Lehre haben verschiedene Wege gefunden, um bei Vertragsverhältnissen außerhalb des Auftragsmodells dem entschädigungslosen Widerrufsrecht auszuweichen.

[73] SJZ 79/1983, S. 248 f.; vgl. auch HOFSTETTER, S. 51.

[74] SJZ 79/1983, S. 249, SJZ 66/1970, S. 9, SJZ 64/1968, S. 26; vgl. auch BGE 109 II 469 Erw. 4 d und ZbJV 55/1919, S. 463.

[75] BGE 106 II 158 ff.

a) Beschränkung des Widerrufsrechts beim Architektenvertrag

aa) Ausdehnung des Begriffs der «Unzeit»

Beim Architektenvertrag verließ das Bundesgericht in neuerer Zeit die restriktive Umschreibung der «Unzeit» und bejahte in großzügiger Weise die Schadenersatzpflicht infolge Widerrufs. Im Entscheid, der in SemJud 100/1978, S. 392, publiziert ist, nahm es an, dem Architekten stehe bei Widerruf des Auftraggebers ein Schadenersatz zu, weil ein Schaden aufgrund der Lebenserfahrung ohne weiteres angenommen werden müsse. In BGE 104 II 320 wurde ausgeführt, ein Schadenersatz wegen Widerrufs zu Unzeit sei geschuldet, wenn die vom Widerruf betroffene Partei weder ihre vertraglichen Verpflichtungen verletzt noch dem Widerrufenden einen wichtigen Grund für die Vertragsauflösung geliefert habe. In BGE 109 II 469 hielt das Bundesgericht einen Widerruf des Architektenvertrags dann für unzeitig, wenn der Vertragspartner des Widerrufenden (in diesem Fall der Architekt) keinen sachlich vertretbaren Grund für die Vertragsauflösung geliefert habe. In BGE 110 II 383 fügte es bei, daß der Widerruf nur dann unzeitig sei, wenn die Vertragsauflösung hinsichtlich des Zeitpunkts und der vom Vertragspartner getroffenen Dispositionen nachteilig sei.

In dieser Rechtsprechung wurden die Voraussetzungen für einen Schadenersatz bei einem unzeitigen Widerruf des Auftrags nicht immer gleich formuliert; gemeinsam ist den Entscheiden jedoch, daß das Bundesgericht den «besonderen» Nachteil als Voraussetzung für den Schadenersatzanspruch fallen ließ. Verlangt wird nur noch, daß sich der Schadenersatzkläger keine vertragswidrigen Handlungen hatte zuschulden kommen lassen[76]. Daran ändert auch der bisher letzte Entscheid (BGE 110 II 383) nichts. Erstens wird mit dieser Rechtsprechung nicht mehr ein *besonderer* Nachteil verlangt und zweitens geht das Bundesgericht davon aus, daß bei Architekten ein Widerruf des Auftrags aufgrund der Lebenserfahrung in den meisten Fällen nachteilig sei. Der Architekt müsse seine Arbeit zum voraus planen und organisieren; er komme daher durch einen Widerruf des Vertrags zu Schaden, welcher ihm zu ersetzen sei[77]. Es ist unverkennbar, daß das Bundesge-

[76] GAUCH, BR 1985, S. 15, hält die bundesgerichtliche Formulierung für kurz und daher mißverständlich.

[77] Der Nachteil besteht nach Auffassung des Bundesgerichts nicht nur bei Bausummen von 16,5 und 27 Millionen Franken, sondern auch bei solchen von 2,4 Millionen Franken; vgl. BGE 110 II 385.

richt beim Architektenvertrag den Begriff der Unzeit und damit die Schadenersatzpflicht bei Widerruf stark ausgeweitet hat[78]. Nach DESSEMONTET besteht nun geradezu eine «Vermutung», daß ein Widerruf des Architektenvertrags zur Unzeit erfolge[79].

bb) Ausweitung des zu ersetzenden Schadens

Weil in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung die Schadenersatzpflicht gemäß Art. 404 Abs. 2 OR nicht mehr erst dann begründet wird, wenn dem Beauftragten durch den zu einer ungünstigen Zeit erfolgten Widerruf ein besonderer Nachteil entstanden ist, bleibt auch der zu ersetzende Schaden nicht mehr auf diesen besonderen Nachteil beschränkt. Das Bundesgericht entschied daher, der in der SIA-Norm 102 (Ausgabe 1969) für den Fall des Widerrufs vorgesehene Honorarzuschlag von 15 % könne als «pauschalierter Schadenersatz» betrachtet werden, welcher im Falle eines unzeitigen Widerrufs des Auftrags geschuldet sei[80]. Auf entsprechende Kritik hin[81] rückte es in BGE 109 II 468 (Erw. 4b) von dieser Auffassung ab und bezeichnete diesen Honorarzuschlag nun als Konventionalstrafe, welche (anders als in der früheren Praxis[82]) gültig vereinbart werden könne, wenn sie ausschließlich im Falle eines unzeitigen Widerrufs des Auftrags bezahlt werden müsse. An dieser Rechtsprechung wurde in BGE 110 II 383 (Erw. 3a) festgehalten.

Damit hat das Bundesgericht auch den infolge unzeitigen Widerrufs zu ersetzenden Schaden stark ausgeweitet. Während nach der ursprünglichen Rechtsprechung und Lehre dieser Schaden auf das negative Vertragsinteresse beschränkt war, läßt das Bundesgericht heute beim Architektenvertrag zu, daß eine Konventionalstrafe vereinbart wird, welche das negative Interesse erheblich übersteigen kann.

[78] MERZ, Rechtsprechung 1984, S. 182, führt zu Recht aus, mit der zitierten Rechtsprechung werde Art. 404 OR seiner Hauptbedeutung, nämlich des voraussetzungslosen Widerrufs bzw. der Schadenersatzpflicht nur bei Widerruf zur Unzeit, beraubt; vgl. auch MERZ, Rechtsprechung 1983, S. 218, und GUHL/MERZ/KUMMER, S. 466, wo eine ausdehnende Interpretation der «Unzeit» nicht als angezeigt betrachtet wird, vgl. im weiteren SCHNEWLIN, Architektenvertrag, S. 195; JEANPRÊTRE, S. 219.

[79] S. 509.

[80] SemJud 1978, S. 392.

[81] TERCIER, Encore la nature juridique..., BR 1979, S. 9.

[82] BGE 104 II 116 Erw. 4 mit Hinweisen auf GAUTSCHI, N 10e zu Art. 404 OR.

cc) Erleichterung des Schadensbeweises

Indem das Bundesgericht heute eine Konventionalstrafe für den Fall des (unzeitigen) Widerrufs zuläßt, verbessert es für den Anspruchsberechtigten die bisher schwierige Beweislage[83] erheblich. Faktisch wird dadurch in einer großen Zahl von Fällen die Durchsetzung einer Sanktion beim unzeitigen Auftragswiderruf erst möglich.

dd) Vertretbare Ergebnisse im Einzelfall – uneinheitliche Rechtsprechung zum unzeitigen Widerruf

Im Ergebnis ist die neue Praxis betreffend den Widerruf des Architektenvertrags durchaus vertretbar, denn es wäre – insbesondere bei größeren Bausummen – nicht sachgemäß, wenn dieser Vertrag entschädigungslos widerrufen werden könnte[84]. Der Architekt hat im allgemeinen seine Arbeit vorauszuplanen und sich zeitlich auf ein bestimmtes Bauvorhaben einzurichten. Demgegenüber besteht für den Bauherrn in der Regel kein schutzwürdiges Interesse an einer bedingungslosen fristlosen Vertragsauflösung.

Unbefriedigend an dieser Rechtsprechung ist das methodische Vorgehen. Mit der Einschränkung des freien Widerrufsrechts beim Architektenvertrag wird die Regelung von Art. 404 OR praktisch ins Gegenteil verkehrt[85]. Mehrheitlich wird die Auflösung dieses Vertrags nun nämlich eine Entschädigung nach sich ziehen. Dies entspricht dem Sinn von Art. 404 OR aber nicht.

Bisher hat das Bundesgericht eine Einschränkung des freien Widerrufsrechts im wesentlichen nur beim Architektenvertrag vorgenommen[86]. Praktisch gleichzeitig verwendete das Bun-

[83] GAUTSCHI, N 20a zu Art. 404 OR.

[84] TERCIER, Encore la nature juridique..., S. 9, sagt, der Honorarzuschlag wäre im Rahmen des Werkvertrags durchaus zulässig. Nicht das Ergebnis der neuen Praxis überrasche, sondern deren Begründung. GAUCH, BR 1985, S. 15, und KOLLER-TUMLER, S. 55, kritisieren die neue Praxis im Ergebnis ebenfalls nicht. DESSEMONTET, S. 509, begrüßt sie. ABRAVANEL, JdT 132/1984 I, S. 465, hält den Schadenersatz als mit der wirtschaftlichen Freiheit des Mandanten vereinbar.

[85] KOLLER-TUMLER, S. 55, spricht davon, Art. 404 Abs. 1 OR werde durch eine ausdehnende Anwendung von Art. 404 Abs. 2 OR unterlaufen.

[86] Eine ähnliche Einschränkung ist nur in einem den Frachtvertrag betreffenden Entscheid (BGE 109 II 233) ersichtlich, in dem das Bundesgericht ausführte, ein Schadenersatz sei geschuldet bei Widerruf zur Unzeit oder wenigstens aus einem allein vom Widerrufenden zu vertretenden Grund. Damit nahm das Bundesgericht die bereits in BGE 55 II 183 formulierte, aber in der Zwischenzeit nicht mehr befolgte Argumentation wieder auf.

desgericht beim Liegenschaftsverwaltungsvertrag noch die herkömmliche, strenge Umschreibung der Unzeit[87]. Es zeigt sich somit, daß die Rechtsprechung bei der Beurteilung des unzeitigen Widerrufs bei verschiedenen Vertragsverhältnissen unterschiedliche Kriterien anwendet. Dies kann nicht befriedigen.

b) Anwendung des Werkvertrags zur Umgehung des entschädigungslosen Widerrufsrechts

Um dem Auftragsrecht auszuweichen, wendet die Rechtsprechung in verschiedenen Fällen Werkvertragsrecht an[88]. Es ist in diesem Zusammenhang geradezu von einer «Flucht aus dem Auftragsrecht»[89] gesprochen worden.

aa) Besuch einer Vorstellung bzw. Veranstaltung

Der Vertrag über den Besuch einer Veranstaltung gegen Bezahlung eines Eintrittspreises wird in der Rechtsprechung seit längerer Zeit als Werkvertrag beurteilt. Das Bundesgericht führte bereits in BGE 70 II 218 aus, eine Darbietung könne «am ehesten» als Werk bezeichnet werden, denn darunter sei jeder Leistungserfolg zu verstehen, und zwar auch ein unkörperlicher, der keine bestimmte dauernde Gestalt in einer Sache annehme und nicht wie eine Sache übergeben werden könne. In BGE 80 II 34 formulierte es, der Vorstellungsbesuchsvertrag sei «dem Grundsatze nach» den Vorschriften über den Werkvertrag zu unterstellen. In der Folge wurde die bundesgerichtliche Rechtsprechung auch von der kantonalen Praxis übernommen[90].

In BGE 70 II 217 f. wurde der Vorstellungsbesuchsvertrag im wesentlichen in Anlehnung an die deutsche Rechtsprechung und -lehre als Werkvertrag qualifiziert. Da der strenge numerus clausus zu jener Zeit noch nicht bekannt war, gab es auch keinen Anlaß, dem Auftrag auszuweichen. Der Annahme eines Vertrags sui generis wäre nämlich damals nichts entgegengestanden. Im übrigen war eine vertragliche Haftung und nicht etwa die Vertragsauflösung streitig, so daß auch aus diesem Grund

[87] BGE 106 II 160.
[88] FRIEDRICH, S. 452 f.; GUHL/MERZ/KUMMER, S. 445; GAUCH, Werkvertrag, N 43; PEYER, S. 166 f.; GESSLER, S. 28 f.
[89] HOFSTETTER, S. 48; PEYER, S. 166; KOLLER-TUMLER, S. 51.
[90] SJZ 48/1952, S. 365, Nr. 149; ZR 56/1957, S. 203 f.; SemJud 94/1972, S. 518.

kein Anlaß bestand, dem Widerrufsrecht gemäß Art. 404 OR auszuweichen.

Zu einer Umgehung des Widerrufsrechts bestand erst Anlaß, als das Bundesgericht einen numerus clausus für Dienstleistungsverträge eingeführt hatte. Darum unterstellte es in BGE 109 II 38 den Vorstellungsbesuchsvertrag ausdrücklich dem Werkvertragsrecht, damit das mit der Interessenlage nicht vereinbare freie Widerrufsrecht nach Art. 404 OR entfalle.

bb) Aufführung eines Programms vor Publikum

Die Aufführung eines Programms vor Publikum gegen Bezahlung bildet Gegenstand eines Aufführungsvertrags (auch als Engagement-, Musikanten-, Orchester-, Artisten-, Darbietungs- oder Veranstaltungsvertrag bezeichnet)[91]. Dieser Vertrag steht in enger Beziehung zum Vorstellungsbesuchsvertrag, geht es doch bei beiden Verträgen vielfach um die gleiche Leistung. Verschieden sind nur die Parteien. Beim Vorstellungsbesuchsvertrag kontrahiert der Veranstalter mit dem Zuschauer, beim Aufführungsvertrag mit dem Aufführenden. Es ist daher an sich folgerichtig, wenn die Praxis auch den Aufführungsvertrag als Werkvertrag behandelt hat[92]. In den zitierten Entscheiden wird zwar nirgends eine Abgrenzung zum Auftrag diskutiert. Es ist aber auch hier offensichtlich, daß der Veranstalter ein legitimes Interesse daran hat, daß der Aufführende nicht jederzeit berechtigt ist, sich von seinen Verpflichtungen loszusagen. Im bereits zitierten BGE 109 II 38 wurde denn auch ausdrücklich auf diese Interessenlage Bezug genommen und aus diesem Grund der Artisten- und Orchestervertrag dem Werkvertragsrecht unterstellt. In BGE 112 II 43 ff. bestätigte das Bundesgericht diese Rechtsprechung, hielt aber bei Vorliegen eines Unterordnungsverhältnisses das Arbeitsvertragsrecht für anwendbar.

cc) Transport von Personen

Der Transport von Personen untersteht grundsätzlich dem Auftrag, soweit nicht öffentlich-rechtliche Bestimmungen anwendbar sind[93]. In einem (allerdings allein gebliebenen) Entscheid ist auf eine solche Leistung mindestens in bezug auf die

[91] Zur Terminologie vgl. GESSLER, S. 3, 13.

[92] SJZ 62/1966, S. 329 f., SJZ 40/1944, S. 365, SJZ 35/1938/1939, S. 10; ZR 74/1975, S. 201 ff.; JdT 108/I 1960, S. 93, JdT 109/I 1961, S. 240 f. (Bundesgerichtsentscheid).

[93] FRANK, SJZ 77/1981, S. 145; GUHL/MERZ/KUMMER, S. 497.

Vertragsauflösung Werkvertragsrecht angewandt worden[94]. Als Werk wurde dabei der Erfolg der Ortsveränderung aufgefaßt. Diese in der Literatur kritisierte Qualifikation[95] wurde ausdrücklich nur darum vorgenommen, um im konkreten Fall dem Widerrufsrecht gemäß Art. 404 OR ausweichen zu können.

dd) Erscheinenlassen von Inseraten und Fernsehwerbung

Im Insertionsvertrag geht die Werbegesellschaft oder der Verleger die Verpflichtung ein, gegen Entgelt ein Inserat in einer Zeitung erscheinen zu lassen. In BGE 59 II 261 ff. prüfte das Bundesgericht, ob ein solcher Vertrag dem Auftrag oder dem Werkvertrag zu unterstellen sei. Es argumentierte, als Werk sei im weitesten Sinne ein objektiver Leistungserfolg, sei er körperlich oder unkörperlich, zu verstehen. Es betrachtete darum und unter Hinweis auf das deutsche Recht das Erscheinenlassen von Inseraten als Werk. Das entscheidende Argument schien aber zu sein, der Inserent und der Verleger bzw. Drucker könnten in Anbetracht des jederzeitigen Widerrufsrechts beim Auftrag nicht die Absicht gehabt haben, einen solchen Vertrag abzuschließen[96]. Auch in der kantonalen Praxis wurde der Insertionsvertrag in der Folge als Werkvertrag qualifiziert[97].

Schließlich wurde auch bei der Fernsehwerbung diskutiert, ob sie dem Auftrags- oder dem Werkvertragsrecht zu unterstellen sei. Grundsätzlich schien beides in Frage zu kommen, allerdings modifiziert durch allgemeine Geschäftsbedingungen. Zur Vermeidung des jederzeitigen Widerrufsrechts gemäß Art. 404 OR wurde aber die Anwendung des Werkvertragsrechts empfohlen[98].

ee) Sachgemäße Ergebnisse betreffend die Vertragsauflösung – unbefriedigende Ausweitung des Werkvertragsrechts

Wenn in diesen Beispielen jeweils argumentiert worden ist, der Werkvertrag enthalte die passenden Bestimmungen für eine vorzeitige Vertragsauflösung, ist dem grundsätzlich zuzustimmen. Insofern sind die zitierten Urteile im Ergebnis richtig.

[94] ZR 51/1952, S. 135.

[95] FRIEDRICH, S. 453 f.; VON BÜREN, Bes. Teil, S. 141; MUSTAFA, S. 85 ff.

[96] GUHL führt in seiner Besprechung lakonisch aus, die Anwendung des Werkvertragsrechts habe eine Erweiterung erfahren, vgl. ZbJV 70/1934, S. 519.

[97] ZbJV 81/1945, S. 240; SJZ 48/1952, S. 160.

[98] MÜLLER, S. 198 ff.

Unbefriedigend ist aber wiederum das methodische Vorgehen. In der dargestellten Rechtsprechung wurden nämlich Leistungen dem Werkvertragsrecht unterstellt, denen die notwendige «gewisse Körperlichkeit» fehlt[99]. Diese Dienstleistungen liegen deshalb außerhalb des Modells des Werkvertrags. Dies hat zur Folge, daß dessen Regeln nur zum Teil anwendbar sind[100]. Auf solche Arbeitserfolge passen insbesondere die Regeln über die Ablieferung und Prüfung des Werkes kaum; auch die Regeln über die Mängelrechte sind nicht auf «flüchtige Werke»[101] zugeschnitten. Kaum durchführbar ist die Rückabwicklung bei der Wandelung. Der Verbesserungsanspruch ist vielfach illusorisch. Im weiteren paßt auch die Verjährungsordnung für Mängelrechte, welche bei körperlichen Werken bereits als streng gilt, aber dort immerhin begründbar ist[102], nicht auf Werke ohne jegliche Körperlichkeit. Nach Art. 371 Abs. 1 OR verjähren nämlich die Mängelrechte und somit auch der Anspruch auf Ersatz des Mängelfolgeschadens[103] wie beim Kaufvertrag innerhalb eines Jahres nach der Ablieferung. Diese primär auf Sachleistungsverträge zugeschnittene Regelung ist für Dienstleistungsverträge nicht sachgerecht. Schließlich erscheint auch die kurze, auf die Ablieferung eines Werkes zugeschnittene Rügefrist für Dienstleistungen unpassend.

c) Einschränkung des zwingenden Charakters von Art. 404 OR zur Vermeidung unbefriedigender Ergebnisse

aa) Beschränkung der Widerrufsregel im Hinblick auf den vergrößerten Anwendungsbereich des Auftrags?

Die Auffassung, das Widerrufsrecht sei nur dann zwingend, wenn es den Parteien ihrer Persönlichkeit wegen zustehe, wurde zwar auch früher bisweilen geäußert[104]; sie ist aber vor allem in den letzten Jahren wieder vermehrt vertreten worden. So wurde vorgeschlagen, jedenfalls bei auftragsähnlichen atypischen Vertragsverhältnissen ausnahmsweise das freie Widerrufsrecht

[99] Beim Erscheinenlassen von Inseraten ist zwar in Form der Inserate ein körperliches Werk vorhanden, doch erschöpft sich die Dienstleistung nicht auf deren Herstellung.
[100] PETER ZIMMERMANN, S. 36 ff.
[101] Zum Begriff des flüchtigen Werks vgl. PETER ZIMMERMANN, S. 2 ff.
[102] GAUCH, Werkvertrag, N 1584.
[103] GAUCH, Werkvertrag, N 1588.
[104] BECKER, N 8 zu Art. 404 OR.

einzuschränken[105]. Darüber hinaus ist aber auch mehrfach die Auffassung geäußert worden, das freie Widerrufsrecht müsse auf den unentgeltlichen und «höchstpersönlichen» Auftrag beschränkt werden[106]. Mit diesen Bestrebungen soll eine Anwendung des freien, entschädigungslosen Widerrufsrechts auf Sachverhalte vermieden werden, die aufgrund der numerus clausus-Rechtsprechung unter das Auftragsrecht fallen, aber dessen Modell nicht entsprechen.

In BGE 109 II 467 ging das Bundesgericht auf die dargestellten Auffassungen ein, hielt aber fest, für typische Auftragsverhältnisse (nämlich für unentgeltliche oder höchstpersönliche) sei die strenge Ordnung von Art. 404 OR jedenfalls unbestritten; dagegen stelle sich die Frage, ob für atypische Aufträge z. B. eine Beendigung nach Werkvertragsrecht vereinbart werden könne. Die aufgeworfene Frage wurde aber in der Folge mit der Begründung offengelassen, im konkreten Fall sei nicht das Auflösungsrecht als solches streitig, sondern nur der vereinbarte Honorarzuschlag infolge Vertragsauflösung. In BGE 110 II 380 ff. ging das Bundesgericht im übrigen wieder stillschweigend vom zwingenden Charakter des Widerrufsrechts aus.

bb) Das Widerrufsrecht als entscheidendes Normelement des Auftrags

Das besondere Vertrauensverhältnis zwischen dem Beauftragten und dem Auftraggeber ist ein Wesensmerkmal des Auftrags. Dieses Vertrauensverhältnis rechtfertigt die zwingende Natur des Widerrufsrechts[107]. Bei Störung des Vertrauensverhältnisses wäre es unerträglich, wenn die Parteien den Auftrag nicht unverzüglich widerrufen könnten. Eine Fortsetzung der Geschäftsbesorgung oder Interessenwahrung wäre bei gestörtem Vertrauensverhältnis nicht mehr zumutbar und würde die

[105] GUHL/MERZ/KUMMER, S. 466; MERZ, Rechtsprechung 1983, S. 216, lehnt die Unterscheidung zwischen typischen und atypischen Aufträgen allerdings ab.

[106] JÄGGI, S. 304; GAUCH, Werkvertrag, N 58; GAUCH, Zurück zum Geist-Werkvertrag, S. 136; GAUCH, Die «Requalifizierung» des Architektenvertrages, S. 51; GAUCH, BR 1985, S. 15; KOLLER-TUMLER, S. 56; PETER ZIMMERMANN, S. 52 ff.; BUCHER, Hundert Jahre OR, S. 325, hält das Widerrufsrecht für verzichtbar bei «Nichtbetroffensein» des Bestellers und bei Fehlen eines Vertrauensmomentes; vgl. auch PEYER, S. 201, der den zwingenden Charakter ablehnt, wenn dem Auftrag ein ausschließlich wirtschaftlich-technischer Zweck zukommt.

[107] BGE 106 II 159 f. Erw. 2 b, 104 II 115 Erw. 4, 103 II 130 Erw. 1, 98 II 307 ff. Erw. 2 a; TERCIER, L'extinction prématurée du contrat, N 1190.

Handlungsfreiheit der Parteien (Art. 27 ZGB) in unzulässiger Weise beschränken[108]. Das Widerrufsrecht stellt demnach ein Element im Gefüge von Normen dar, die aufeinander abgestimmt sind. Es ist geradezu ein «strukturelles Merkmal» des Auftrags[109].

cc) Unbefriedigende Aufweichung der klaren Bedeutung von Art. 404 OR

Die Einschränkung der zwingenden Natur des Widerrufsrechts, um die Folgen der erweiterten Anwendung des Auftragsrechts zu mildern, stellt ebenfalls ein methodisch fragwürdiges Vorgehen dar. Der Wortlaut von Art. 404 Abs. 1 OR spricht deutlich für eine zwingende Natur und läßt m. E. nicht zu, darüber von Fall zu Fall zu entscheiden[110].

Wenn bei einem Teil der als atypisch bezeichneten Auftragsverhältnisse dieses Widerrufsrecht vertraglich wegbedungen werden könnte, würde im Grunde ein neuer Vertragstyp entstehen. Ein Auftrag ohne zwingendes Widerrufsrecht käme einem Innominatvertrag gleich. Die Frage, ob das Widerrufsrecht bei atypischen Aufträgen vertraglich wegbedungen werden könne, fällt also mit der Frage der Zulässigkeit von sui generis-Verträgen im Bereiche der Dienstleistungen zusammen[111].

3. Sachfremde Anwendung von dispositivem Auftragsrecht auf Verträge außerhalb des Modells des Auftrags

Als Folge des numerus clausus für Dienstleistungsverträge sind nicht nur die zwingenden, sondern grundsätzlich auch die dispositiven Bestimmungen des Auftragsrechts auf zahlreiche «atypische» Auftragsverhältnisse anwendbar.

a) Unpassende Auftragsbestimmungen

aa) Unpassender Sorgfaltsbegriff

Die auftragsrechtliche Sorgfaltshaftung ist bei verschiedenen Dienstleistungsverträgen, mit denen ein objektiv bewertbarer Arbeitserfolg (aber kein Werk im Sinne von Art. 363 OR) ver-

[108] GAUTSCHI, N 10b zu Art. 404 OR.
[109] GAUTSCHI, N 10a zu Art. 404 OR; vgl. auch OSER/SCHÖNENBERGER, N 2 zu Art. 404 OR, MERZ, Rechtsprechung 1957, S. 60f., und MUSTAFA, S. 93ff.
[110] TERCIER, L'extinction prématurée du contrat, N 1185ff.
[111] Vgl. HOFSTETTER, S. 52.

sprochen wird, ungeeignet, da sie zu stark subjektiviert ist[112]. Eine solche subjektive Beurteilung der Dienstleistung wäre z. B. bei der Herstellung von Plänen und Berechnungen, beim Factoring, beim Franchising oder der Liegenschaftsverwaltung nicht sachgerecht. Es ist nämlich denkbar, daß solche Dienstleistungen aus der Sicht einer objektiven Mängelhaftung bereits ungenügend erscheinen, währenddem aus der Sicht der subjektiveren Sorgfaltshaftung eine Vertragsverletzung noch nicht vorliegt. Für den Ingenieur wird denn auch in der Vertragspraxis oft eine Erfolgshaftung vereinbart[113].

bb) Unpassender Ausgleich der Vertragsverletzung

Wird der Auftrag nicht oder nicht richtig erfüllt, so versagt der Anspruch auf Realerfüllung oder Nachbesserung[114]. Dem Auftraggeber bleibt nur die Möglichkeit, die Zahlung eines Honorars zu verweigern[115]. Eine Honorar-Minderung ist bei einer unsorgfältigen Auftragsausführung ebenfalls nicht vorgesehen, denn auch eine Leistung, die nur wenig unter dem geforderten Sorgfaltsstandard liegt, stellt eine nicht richtige Erfüllung dar, für die eine Gegenleistung nicht geschuldet ist[116]. Entsteht dem Auftraggeber aus der nicht richtigen Auftragsausführung ein Schaden, ist der Beauftragte zwar zu Schadenersatz verpflichtet. Voraussetzung ist allerdings eine (subjektiv verstandene) Sorgfaltspflichtverletzung[117].

Der im Rahmen des Auftragsrechts vorgesehene Ausgleich von Vertragsverletzungen ist für objektiv bewertbare Dienstleistungen unbefriedigend. Solche Dienstleistungen können, wenn sie nicht richtig erbracht worden sind, vielfach verbessert werden. Sie sind zudem, selbst bei mangelhafter Erfüllung,

[112] A. M. GAUTSCHI, Arbeitsobligation, S. 44, der die Auffassung vertritt, nur der Hersteller/Lieferant eines körperlichen Werkes dürfe einer Erfolgshaftung unterstellt werden.

[113] SCHAUB, S. 93 ff.

[114] GAUTSCHI, N 25 a zu Art. 395 OR, N 1 a und 26 a zu Art. 398 OR.

[115] BGE 110 II 379, 108 II 198 Erw. 2 a; GAUTSCHI, N 9 b zu Art. 402 OR.

[116] Wenn sich verschiedene Teilbereiche des Auftrags auseinanderhalten lassen, entfällt bei unsorgfältiger Erfüllung eines Teils allerdings nur das dafür vorgesehene Honorar.

[117] GAUTSCHI, N 26 a ff. zu Art. 398 OR. Ein Schadenersatz ist auch geschuldet, wenn der Beauftragte infolge unsorgfältiger Erfüllung bereits sein Honorar verloren hat, vgl. ZR 83/1984, S. 231, SJZ 59/1963, S. 344 Nr. 164; GAUTSCHI, N 18 a zu Art. 397 OR; a. M. DÜRR, S. 158.

vielfach nicht völlig wertlos, so daß eine Preisreduktion angezeigt wäre[118].

cc) Unpassende Haftung des Auftraggebers für die Schäden des Beauftragten

Gemäß Art. 402 Abs. 2 OR ist der Auftraggeber zum Ersatz verpflichtet, wenn dem Beauftragten aus dem Auftrag Schaden erwächst und er nicht zu beweisen vermag, daß der Schaden ohne sein Verschulden entstanden ist. Ein solcher Schaden wird vielfach durch Dritte oder durch Zufall bewirkt. Im Rahmen des Auftrags ist aber davon auszugehen, daß der Auftraggeber aufgrund seiner Treue- bzw. Schutzpflicht alles Zumutbare unternehmen muß, um den grundsätzlich persönlich handelnden Beauftragten vor Schaden aus dem Auftrag zu bewahren[119]. Eine solche Sorgfalts- und Schadenersatzpflicht ist für Dienstleistungen, welche mit einer ganzen Arbeitsorganisation geleistet werden, unsachgemäß. Es ist in einem solchen Fall eher der Dienstleistungsorganisation als dem Auftraggeber, welcher vielfach hinsichtlich der konkreten Dienstleistung ein Laie ist, zuzumuten, Schutzmaßnahmen zu treffen. Die Haftungsnorm von Art. 402 Abs. 2 OR paßt daher kaum für Vertragsverhältnisse außerhalb des Auftragsmodells.

b) Konsequenzen von unpassendem dispositivem Auftragsrecht

Um einem unsachgemäßen Ergebnis auszuweichen, wird der Richter versucht sein, die Sorgfaltshaftung weit und in Anlehnung an das werkvertragliche Mängelrecht auszugestalten[120]. Auf der anderen Seite wird er geneigt sein, die Haftung des Auftraggebers nach Art. 402 Abs. 2 OR einzuschränken. Mit einem solchen Vorgehen werden aber – wie bereits beim Widerrufsrecht – die auftragsrechtlichen Bestimmungen überdehnt; der Auftrag verliert seine Konturen.

Da die Sorgfaltshaftung und die Haftung des Auftraggebers dispositiver Natur sind, können sie vertraglich wegbedungen werden. Dies zu tun, wird sich vielfach aufdrängen, wenn sich die Parteien in einem Vertragsverhältnis, das außerhalb des

[118] Für den Architekten- und Ingenieurvertrag: JÄGGI, S. 304; SCHAUB, S. 94 f.; für den Unternehmensberatungsvertrag: HIRZEL, S. 76 ff.

[119] HOFSTETTER, S. 66 ff.; GAUTSCHI, N 22 b zu Art. 402 OR.

[120] Vgl. STEFFEN, S. 50.

Auftragsmodells liegt, nicht unpassenden Bestimmungen unterstellen wollen. Mit einem solchen Schritt sind zwar die Schwierigkeiten beseitigt, welche aus der Anwendung von unpassenden Normen entstehen. Es entspricht aber nicht dem Zweck des dispositiven Rechts, daß eine große Zahl von Vertragsschließenden dieses Recht wegbedingen müssen; denn das dispositive Recht soll für einen bestimmten Regelungsbereich dem mutmaßlichen Parteiwillen einer Mehrzahl von Vertragsschließenden entsprechen. Ein dispositives Recht, das zu unsachgemäßen Lösungen führt, kann ferner auch nicht als Ausdruck einer sachlich gerechten Lösung verstanden werden.

Muß Auftragsrecht auf Sachverhalte außerhalb seines Modells angewandt werden, hat dies nicht nur die oben beschriebenen Auswirkungen. Es wird dem Richter auch die Möglichkeit verbaut, einen solchen Dienstleistungsvertrag als Vertrag sui generis zu würdigen und Regeln anzuwenden, die darauf zugeschnitten sind.

D. Überdenken des numerus clausus – Anerkennung von gesetzlich nicht geregelten Dienstleistungsverträgen

Grund für die unbefriedigende Entwicklung, die sich aufgrund des numerus clausus und der Subsidiarität des Auftragsrechts ergeben hat, ist die Auslegung von Art. 394 Abs. 2 OR. Es erscheint daher geboten, diese Auslegung zu überprüfen.

1. Der Wortlaut von Art. 394 Abs. 2 OR – Grundlage für einen numerus clausus?

Nach Art. 394 Abs. 2 OR stehen Verträge über Arbeitsleistungen, «die keiner besonderen Vertragsart dieses Gesetzes unterstellt sind», unter den Vorschriften über den Auftrag. Aufgrund dieses Wortlauts ist die Annahme vertretbar, es bestehe ein numerus clausus für Dienstleistungsverträge und alle diese Verträge, welche nicht unter einen anderen gesetzlichen Vertragstyp fallen, seien dem Auftragsrecht zu unterstellen [121]. Für diese strenge Auffassung ergeben sich zwar keine eindeutigen Anhaltspunkte aus der früheren Rechtsprechung und Lehre; sie wird im wesentlichen erst unter dem Einfluß der Publikationen von GAUTSCHI vertreten.

[121] GAUCH, Werkvertrag, N 15; GAUCH/SCHLUEP/JÄGGI, N 493; GESSLER, S. 34.

2. Gesetzgeberische Absicht beim Erlaß von Art. 394 Abs. 2 OR

Das Obligationenrecht von 1881 kannte noch keine Bestimmung, die dem heutigen Art. 394 Abs. 2 entspricht. Dieser Absatz wurde dem Gesetz erst mit dem Obligationenrecht von 1911 beigefügt. Zum Verständnis dieser Bestimmung ist es nützlich, der Art und Weise ihrer Entstehung nachzugehen.

a) Keine materiellen Änderungen des Auftragsrechts

Mit der Gesetzesrevision wurden keine materiellen Änderungen im Auftragsrecht beabsichtigt. Die Abgrenzungen zu anderen Verträgen sollten durch die Revision nicht berührt werden. Beabsichtigt waren im wesentlichen nur einige redaktionelle Anpassungen[122].

b) Klärung von Unsicherheiten über den Anwendungsbereich des Auftrags

Im Laufe der Revisionsarbeiten wurde festgestellt, daß über die Abgrenzung des Auftrags gegenüber dem Werkvertrag und dem Dienstvertrag in der Rechtslehre Unsicherheiten bestanden. Nach der einen Auffassung, die vom französischen Recht ausging, war der Auftrag nichts anderes als das innere Verhältnis der Stellvertretung. Nach einer zweiten Auffassung, die dem deutschen BGB entsprach, war der Auftrag grundsätzlich als unentgeltliche Dienstleistung zu betrachten. Mit der Revision sollte aber weder der einen noch der anderen Konzeption des Auftrags gefolgt werden. Es bestand vielmehr die Auffassung, daß bereits das bisherige schweizerische Recht einen weiteren Auftragsbegriff kenne, an dem grundsätzlich nichts geändert werden müsse[123]. In der Expertenkommission umschrieb der Referent diesen schweizerischen Auftragsbegriff wie folgt[124]:

«Die richtigste Auffassung sei für uns demnach ein Mandatsbegriff, der Dienstleistungen irgendwelcher Art umfasse, die nicht nach der Zeit geleistet würden und die nicht eine Herstellung oder Umgestaltung eines Werkes bedeuteten. Liege jenes vor, so habe man Dienstvertrag anzunehmen; liege dagegen dieses, d.h. die Herstellung eines Werkes vor, so fänden die Bestim-

[122] Protokoll der Expertenkommission vom 9. März 1909, S. 8.
[123] Protokoll der Expertenkommission vom 9. März 1909, S. 8; vgl. dazu auch KOLLER-TUMLER, S. 50.
[124] Votum des Referenten, Protokoll der Expertenkommission vom 9. März 1909, S. 8.

mungen über den Werkvertrag Anwendung. Alles andere sei Mandat. Diese Auffassung sei schon mit dem Text des geltenden OR vereinbar und habe den weiteren Vorteil, daß eine Abgrenzung im Gesetz selbst nicht einmal erforderlich sei.»

Professor GRENIER schlug in der Folge vor, den Auftragsbegriff mit dem folgenden Absatz zu präzisieren [125]:

> «Tous les services qui ne font pas l'objet de dispositions spéciales du présent code sont soumis aux règles du contrat de mandat.»

Dieser Antrag war unbestritten und wurde diskussionslos angenommen [126].

In der bundesrätlichen Nachtragsbotschaft wurden die Gründe, welche die Kommission bewogen hatten, den erwähnten Abs. 2 ins Gesetz aufzunehmen, nochmals eingehend dargelegt [127]:

«Der Begriff des Auftrages erscheint im geltenden Obligationenrecht nicht mit der wünschenswerten Bestimmtheit aufgestellt, und es hat sich daraus in der Theorie sowohl als in der Praxis eine gewisse Unsicherheit ergeben, die sich unter dem Einfluß des Rechts des deutschen bürgerlichen Gesetzbuches noch steigern dürfte. Als sicher wird heute bezeichnet werden können, daß im geltenden Obligationenrecht der Auftrag nicht als das Mandat des französischen Rechts (Auftrag mit Ermächtigung) aufgefaßt werden darf. Der Auffassung des neuen deutschen Rechtes hinwieder, das nur die unentgeltliche Dienstleistung als Auftrag anerkennt, kann nach dem geltenden Obligationenrecht schon deshalb nicht gefolgt werden, weil in diesem beim Kommissionsvertrag und beim Frachtvertrag auf den Auftrag verwiesen wird, bei beiden aber die Entgeltlichkeit selbstverständlich ist. Um nun gegenüber dieser Unsicherheit die wünschenswerte Klärung zu schaffen, hat die Kommission den Schritt gewagt, den Auftrag in der Weise zu bestimmen, daß er alle unentgeltlichen oder entgeltlichen Dienstleistungen umfassen soll, die nicht nach den im Gesetze gegebenen Umschreibungen unter den Dienstvertrag, den Werkvertrag oder eine besondere Art der Verträge über Arbeitsleistungen fallen. Mit dieser Bestimmung (Abs. 2 von Art. 1448) und der dementsprechend vorgenommenen Änderung der Redaktion in Absatz 1 soll festgestellt werden, daß ein Arbeitsvertrag, ob entgeltlich oder unentgeltlich, unter die Regeln des Auftrages fällt, sobald die Dienste nicht nach der Zeit geleistet werden oder es sich nicht um die Erstellung oder Umänderung eines Werkes handelt, eine Lösung, die zwar mit dem gemeinen Recht nicht in Einklang steht, jedenfalls aber der für die Praxis wünschenswerten Klarheit nicht entbehrt.»

[125] Protokoll der Expertenkommission vom 9. März 1909, S. 8.

[126] Protokoll der Expertenkommission vom 9. März 1909, S. 9; vgl. auch BUCHER, Hundert Jahre OR, S. 287, N 38.

[127] BBl 1909 III, S. 725ff., S. 752f.

In den Verhandlungen der eidgenössischen Räte[128] wurden die Argumente der bundesrätlichen Botschaft, insbesondere betreffend die Abgrenzung zum deutschen und französischen Auftragsrecht, im wesentlichen wieder aufgenommen. Zusätzlich wurde darauf hingewiesen, daß mit der Revision die Vertragsbeziehungen zum Arzt und Rechtsanwalt geklärt werden[129]:

«Noch im Kommentar von Hafner, erste Auflage, findet sich die Auffassung, daß der Auftrag lediglich das Verhältnis nach innen zwischen Auftraggeber und Beauftragtem sei, während das Verhältnis gegen außen durch die Normen über die Stellvertretung geregelt wird. Doktrin und Praxis haben sich dann aber von dieser Auffassung emanzipiert, und Hafner hat in der zweiten Auflage seines Kommentars diesen Standpunkt ebenfalls verlassen; er führt aus: ‹Der Auftrag ist nach Obligationenrecht nicht bloß die innere Seite der Stellvertretung, Gegenstand derselben daher nicht einzig der Vollzug von Rechtshandlungen, Rechtsgeschäften, wofür rechtlich allein eine Stellvertretung möglich ist, sondern auch die Leistung faktischer Dienste, die eine Beziehung auf den Abschluß oder die Ausführung vermögensrechtlicher Geschäfte haben.›

Bei dieser Auffassung hat sich nun eine Lücke gezeigt; wie ist das Verhältnis zum Arzt, zum Rechtsanwalt, zu andern Trägern der sogenannten freien Dienste zu behandeln? Nach der einen Ansicht muß das als ein Dienstvertrag betrachtet werden, nach der andern Ansicht, die sich speziell an eine Bestimmung von Art. 394, Absatz 3, des Obligationenrechtes anlehnt, wo der Anwalt als Mandatar behandelt wird, liegt ein Mandat vor. Das soll nun geordnet werden. Absatz 2 von Art. 1448 sagt: ‹Verträge über Arbeitsleistung, die keiner besonderen Vertragsart dieses Gesetzes unterstellt sind, stehen unter den Vorschriften über den Auftrag.› Der Auftrag des Entwurfes hat also eine subsidiäre Bedeutung, insofern als ein Vertrag über die Arbeitsleistung, die weder Dienst- noch Werkverträge sind, als Auftrag behandelt werden.»

Diese Materialien zeigen somit, daß es dem Gesetzgeber bei der Aufnahme des 2. Absatzes des heutigen Art. 394 OR in erster Linie um eine klarere redaktionelle Abgrenzung zum damaligen Dienstvertrag und zum Werkvertrag ging. Insbesondere sollte aber gezeigt werden, inwiefern sich der schweizerische Auftrag von den entsprechenden Regeln im deutschen und französischen Recht unterscheidet. Schließlich wurde beabsichtigt, die liberalen Berufe klar dem Auftragsrecht zu unterstellen[130].

[128] Nationalrat *Rutty* (französischsprachiger Kommissionsreferent) Sten. Bull. NR 1909, S. 709, Nationalrat *Huber* (deutschsprachiger Kommissionsreferent) Sten. Bull. NR 1909, S. 714f., Ständerat *Hoffmann* (Berichterstatter der Kommission) Sten. Bull. StR 1910, S. 228f.

[129] Ständerat *Hoffmann*, a. a. O., S. 229.

[130] Zur Interpretation des gesetzgeberischen Willens vgl. PEDRAZZINI, S. 505 und N 28; GESSLER, S. 36ff.; DESSEMONTET, S. 501; SCHAFFITZ, S. 69ff.; BÜHLER, S. 134ff.

c) Keine Hinweise auf Einführung eines numerus clausus

In den Materialien wird zwar unter anderem ausgeführt, mit dem neuen Abs. 2 werde auch bezweckt, all jene Verträge, welche nicht die Merkmale eines Arbeits- oder Werkvertrags aufwiesen, dem Auftragsrecht zu unterstellen. In diesem Zusammenhang wird auch ausdrücklich von der «Subsidiarität» des Auftrags gesprochen. Von der Einführung eines numerus clausus für Dienstleistungsverträge ist aber nirgends die Rede. Diese Frage stand gar nicht zur Diskussion. Da ein numerus clausus zusammen mit der Subsidiarität des Auftragsrechts zu einer erheblichen Änderung des Charakters dieses Vertragstyps führt und zudem die Vertragsfreiheit beträchtlich einschränkt, kann ausgeschlossen werden, daß der historische Gesetzgeber eine solche Konsequenz beabsichtigte, ohne diese eingehend zu erörtern. Es ist auch nicht denkbar, der Gesetzgeber habe alle in Zukunft entstehenden Dienstleistungsverträge (außerhalb des Werk- und Arbeitsvertrags) von vornherein dem Auftragsrecht unterstellen wollen [131]. Es drängt sich vielmehr der Schluß auf, daß der Wortlaut des Gesetzestextes weiter gefaßt ist, als der vom Gesetzgeber beabsichtigte Zweck [132].

3. Keine Einschränkung der Vertragsfreiheit durch Art. 394 Abs. 2 OR

a) Funktion von gesetzlich nicht geregelten Verträgen

In bestimmten Interessenlagen entspricht es den Bedürfnissen der Beteiligten besser, nicht einen gesetzlich geregelten Vertrag abzuschließen, sondern die einzelnen Vertragselemente einzeln auszuhandeln und festzulegen. Dadurch kann Bedürfnissen, die durch einen gesellschaftlichen oder wirtschaftlichen Wandel entstanden sind, unter Umständen besser Rechnung getragen werden als im Rahmen eines gesetzlichen Vertragstyps [133]. Die Parteien schließen auf diese Weise einen sui generis-Vertrag

[131] GESSLER, S. 37f.

[132] PEDRAZZINI, S. 505, N 28; PEYER, S. 49ff., ist allerdings der Auffassung, der Gesetzgeber habe mit der Revision zwar eine Änderung des Auftragsbegriffs beabsichtigt, doch sei unterlassen worden, die dem herkömmlichen Auftragsbegriff entsprechenden Auftragsnormen (z. B. das Widerrufsrecht) dem neuen Auftragsbegriff anzupassen. M. E. fehlen jedoch für einen solchen gesetzgeberischen Willen die entsprechenden Hinweise in den Materialien.

[133] SCHLUEP, S. 798; KRAMER, Innominatverträge, S. 24f.

ab. Ein solcher Vertrag kann sich, wenn er starke Verbreitung findet, zu einem eigentlichen verkehrstypischen sui generis-Vertrag verdichten[134].

b) Vertragstypenfreiheit als grundlegendes Prinzip des Obligationenrechts

Die Freiheit, auch gesetzlich nicht geregelte Verträge zu schließen, stellt – als Teil der Vertragsfreiheit – ein grundlegendes Prinzip des Obligationenrechts dar[135]. Gesetzlich geregelte Vertragstypen und Verträge sui generis stehen nach der Konzeption des Gesetzes nebeneinander (auch wenn die ersteren praktisch bedeutsamer sind[136]). Die Parteien sind frei, die eine oder die andere Vertragsart zu wählen. Sie haben dementsprechend auch das Recht, daß Verträge, die einem gesetzlichen Vertragstyp nicht oder nicht ganz entsprechen, diesem auch nicht mit Zwang zugeordnet werden[137]. Sui generis-Verträge sind vielmehr aus sich heraus, d.h. im Hinblick auf ihren Grundgedanken auszulegen und zu ergänzen. Auch wenn dies unter Umständen zu Schwierigkeiten führt, darf nicht vorschnell auf einen bekannten, durch Rechtsprechung und Lehre geklärten gesetzlichen Vertragstyp zurückgegriffen werden.

c) Kein Ausschluß von gesetzlich nicht geregelten Verträgen im Bereiche der Dienstleistungen

Es ist nicht einzusehen, warum die «Vertragstypenfreiheit» gerade für Dienstleistungsverträge nicht gelten soll, währenddem z. B. bei Sachleistungsverträgen die Möglichkeit, Verträge sui generis abzuschließen, unbestritten ist. Ein Typenzwang würde im Bereich der Dienstleistungsverträge geradezu als «Fremdkörper»[138] erscheinen.

Dies trifft um so mehr zu, als sich die Dienstleistungen seit der Kodifikation des Obligationenrechts stark vermehrt und er-

[134] SCHLUEP, S. 799.

[135] BUCHER, Hundert Jahre OR, S. 316 ff.; ENGEL, Traité, S. 84; VON TUHR/PETER, S. 248 f.; SCHNYDER, S. 74 ff.

[136] GAUTSCHI, Arbeitsobligation, S. 43, formuliert zu zurückhaltend, es bilde die Ausnahme, daß die Parteien von der Befugnis Gebrauch machten, einen gesetzlich nicht geregelten Vertrag abzuschließen.

[137] BUCHER, Hundert Jahre OR, S. 319 ff.

[138] VISCHER, S. 313; HOFSTETTER, S. 26; GAUCH, Werkvertrag, N 15; GAUCH/SCHLUEP/JÄGGI, N 493; SCHLUEP, S. 813, N 170; STAEHELIN, N 34 zu Art. 319 OR.

heblich verändert haben. Daher ergibt sich gerade in diesem Bereich das Bedürfnis, Verträge abweichend von denjenigen Vertragstypen zu regeln, welche zur Zeit der Kodifikation als die häufigsten betrachtet wurden.

Das Bedürfnis nach sui generis-Verträgen manifestiert sich auch deutlich in den Schwierigkeiten, die sich durch den aus Art. 394 Abs. 2 OR abgeleiteten numerus clausus und die Subsidiarität des Auftrags ergeben. Es sei hier an die oben dargestellte Flucht aus dem Auftrag bzw. die Flucht in den Werkvertrag, die unsachgemäßen Resultate bei strenger Anwendung des Widerrufsrechts sowie an dessen unzulässige Dehnung beim Architektenvertrag erinnert. Diese Beispiele zeigen, daß sich die Vertragspraxis nicht in das Schema der gesetzlichen Vertragstypen pressen läßt[139].

Es ist somit kein Grund ersichtlich, für Dienstleistungen gesetzlich nicht geregelte Verträge auszuschließen. Vielmehr besteht ein klar ausgewiesenes Bedürfnis, gerade im Bereiche der Dienstleistungen solche Verträge abschließen zu dürfen. Es ist nicht denkbar und ergibt sich auch nicht aus den Materialien, daß mit Art. 394 Abs. 2 OR die Vertragstypenfreiheit für Dienstleistungsverträge eingeschränkt werden sollte. Der oben dargelegten Auffassung von GAUTSCHI und der von ihm beeinflußten Rechtsprechung kann somit nicht gefolgt werden.

4. Bedeutung von Art. 394 Abs. 2 OR

Wenn Art. 394 Abs. 2 OR zwar keinen numerus clausus einführen, aber immerhin der Abgrenzung von anderen Vertragstypen dienen soll, ist aus dieser Bestimmung dennoch eine gewisse Subsidiaritäts-Regelung herauszulesen. Es ist auch durchaus sinnvoll, dem Auftrag als dem allgemeinsten Vertragstyp im Bereiche der Dienstleistungen eine solche Subsidiarität zu verleihen. Nach Art. 394 Abs. 2 OR sollen daher alle diejenigen Verträge über Arbeitsleistungen dem Auftragsrecht unterstehen, welche erstens nicht einem anderen gesetzlichen Vertragstyp entsprechen und zweitens von den Parteien auch nicht im Sinne eines sui generis-Vertrages im einzelnen ausgestaltet worden sind[140]. Der Auftrag wird mit andern Worten zum

[139] GAUCH, Zurück zum Geist-Werkvertrag, S. 134.

[140] So auch MERZ, Rechtsprechung 1978, S. 21; GUHL/MERZ/KUMMER, S. 445 und 459; JÄGGI, S. 302 f.; BÜHLER, S. 137 f.; ähnlich PEDRAZZINI, S. 505, N 28; HOFSTETTER, S. 26.

Auffangrecht für Dienstleistungen, die von den Parteien nicht mit genügender Klarheit rechtlich geordnet worden sind und bei denen Zweifel bestehen, ob sie einem anderen gesetzlichen Vertragstyp oder den sui generis-Verträgen zuzuordnen sind. Die Subsidiarität des Auftrags besteht somit nur in diesem beschränkten Umfang. Das Bundesgericht scheint heute im übrigen eine solche Auslegung nicht mehr von vornherein abzulehnen, räumt es doch selber ein, daß Art. 394 Abs. 2 OR auch als dispositives Recht «durchaus seine Bedeutung» behalte[141].

[141] BGE 109 II 466.

IV. Gesetzlich nicht geregelte Dienstleistungsverträge

A. Erscheinungsformen

Vergleicht man die Modelle der gesetzlich geregelten Dienstleistungsverträge mit den vielfältigen Dienstleistungsverträgen, die in der Vertragspraxis vorkommen, so stellt man fest, daß mit den gesetzlichen Vertragstypen nur ein Teil aller Dienstleistungsverträge abgedeckt wird. Daneben bestehen zahlreiche Verträge, die gesetzlich nicht geregelt sind.

1. Architekten- und Ingenieurvertrag

Beschränkt sich der Architektenvertrag auf die Herstellung von Plänen, so handelt es sich um einen Werkvertrag[142]. Bezieht sich der Vertrag aber auf die Vergebung von Arbeiten und die Bauleitung, liegt ein Auftrag vor[143]. Schwieriger ist es, den (Gesamt-)Architektenvertrag zu qualifizieren. Er fällt mangels Körperlichkeit eines wesentlichen Teils der Leistung[144] nicht einheitlich unter den Werkvertrag. Er kann aber auch nicht vollkommen dem Auftragsrecht zugeordnet werden[145], weil die Arbeit des Architekten geplant werden muß[146], vielfach den Einsatz einer ganzen Organisation[147] nötig macht und mit einer

[142] GAUCH, Architekturvertrag, N 29, mit Hinweisen.

[143] GAUCH, Architekturvertrag, N 32ff.

[144] In Art. 3.6 der SIA-Norm 102 (Ausgabe 1984) ist die Zuordnung der einzelnen Teilleistungen zum Werkvertrag oder zum Auftrag zwar nicht immer eindeutig. Auch das Bundesgericht hat sich in BGE 110 II 382 und 109 II 465 darüber nicht konsequent ausgesprochen (werkvertraglich sei «allenfalls sogar das Ausarbeiten von Bauprojekten»).

[145] A.M. GAUCH, Werkvertrag, N 54ff.; GAUCH, BR 1985, S. 56; GAUCH, Requalifizierung des Architekturvertrags, S. 50f.; GAUCH, Geist-Werkvertrag, S. 136; GAUCH, Architekturvertrag, N 36ff.; ABRAVANEL, JdT 132/1984 I, S. 462ff.; ABRAVANEL, Contrat d'architecte, N 101ff.; PERRIN, S. 16ff.; HESS, S. 20ff.

[146] BGE 110 II 385, 109 II 469.

[147] SCHAUB, S. 92.

erheblichen Sachleistung (Pläne) verbunden ist. Es besteht zwar ein Vertrauensverhältnis zwischen den Parteien; es ist aber mehr wirtschaftlicher Natur und weist nicht diejenige Intensität auf, die für den Auftrag typisch ist[148]. Die Dienstleistung des Architekten hat vielmehr eine Entpersönlichung erfahren, indem größere Architekturbüros heute vielfach mit Angestellten arbeiten und verschiedene davon als Aktiengesellschaften organisiert sind[149]. Schließlich ist die Dienstleistung des Architekten auch nicht immer in dem Umfang von künstlerischer Natur, daß darum eine Unterstellung unter den Auftrag notwendig wäre[150]. Der Architektenvertrag ist aus diesen Gründen als gesetzlich nicht geregelter Vertrag zu behandeln[151]. Für den Ingenieurvertrag gilt im wesentlichen das gleiche[152].

2. Reiseveranstaltungsvertrag

Der Reiseveranstalter muß die von ihm angebotenen Dienstleistungen in erheblichem Maß zum voraus planen und zum Teil seinerseits «einkaufen». Er kann seine Leistungen in der Regel nur mit einer ganzen Arbeitsorganisation erbringen. Mit Dienstleistungen werden hier auch Sachleistungen (Unterkunft und Verpflegung) verbunden. Beides ist objektiv bewertbar. Der Kunde, der meistens einen Pauschalpreis bezahlt, hat nach der Buchung und Bezahlung praktisch keinen Einfluß auf die Leistung des Reiseveranstalters mehr. Diese kann im weiteren nur erbracht werden, wenn der Kunde mitwirkt. Schließlich besteht auch kein besonderes Vertrauensverhältnis zwischen den Parteien. Der Reiseveranstaltungsvertrag weicht somit erheblich von einem typischen Auftrag ab und kann auch nicht als Werkvertrag betrachtet werden, da die Leistung zum großen Teil der hiefür notwendigen Körperlichkeit ermangelt. Er ist daher als gesetzlich nicht geregelter Vertrag zu behandeln[153].

[148] SCHAUB, S. 85 und N 90; a. M. REBER, S. 238.
[149] DESSEMONTET, S. 492.
[150] STEFFEN, S. 49; KREIS, S. 21.
[151] KREIS, S. 77 ff.; RUPPERT, S. 285; das Bundesgericht räumt heute ein, der (Gesamt-)Architektenvertrag könne als gemischter Vertrag betrachtet werden: BGE 110 II 382, 109 II 466; a. M. SCHNEWLIN, Bauvertrag, S. 371, der die Auffassung vertritt, das OR biete dem Bauherrn eine so große Palette von Vertragstypen an, daß kaum ein Bedürfnis nach einem Innominatvertrag bestehe.
[152] SCHAUB, S. 108 f., 114 f.
[153] GIRSBERGER, S. 32 ff.; STAUDER, S. 421 f.; FRANK, Reiseveranstaltungsvertrag, S. 144 f.; FRANK, Tourenleiter, S. 12.

3. Schulverträge

Beim Internatsvertrag ist die Dienstleistung ebenfalls zum voraus zu planen und wird in der Regel mit einer ganzen Schulorganisation erbracht. Mit den Dienstleistungen sind auch verschiedene Sachleistungen verbunden (Unterkunft, Verpflegung, Lehrmittel). Im Hinblick auf diese Vertragsbestandteile wird der Internatsvertrag (trotz des Vertrauensverhältnisses zwischen Internat und Eltern) zu Recht als gesetzlich nicht geregelter Vertrag bezeichnet[154]. Der Schulvertrag und der Fernkursvertrag sind grundsätzlich ebenfalls als gesetzlich nicht geregelte Verträge zu beurteilen, doch hängt ihre Qualifikation auch davon ab, wie stark die einzelnen Vertragsbestandteile zu gewichten sind[155].

4. Veranstaltungs- und Vorstellungsbesuchsvertrag

Auch die Aufführung eines Programms vor Publikum und die Organisation einer solchen Veranstaltung sind Dienstleistungen, die insbesondere in zeitlicher Abfolge geplant werden müssen. Ein besonderes Vertrauensverhältnis besteht nicht. Eine Anwendung des Auftragsrechts ist unter diesen Umständen nicht gerechtfertigt. Der in der Rechtsprechung oft verwendete Werkvertrag paßt ebenfalls nicht, weil die Darbietung mangels einer minimalen Körperlichkeit nicht als Werk bezeichnet werden kann. Der Veranstaltungs- und der Vorstellungsbesuchsvertrag sind daher als gesetzlich nicht geregelte Verträge zu behandeln[156].

5. Liegenschaftsverwaltungsvertrag

Im weiteren ist auch die Liegenschaftsverwaltung eine (im wesentlichen objektiv bewertbare) Dienstleistung, die Planung erfordert. Sie wird heute oftmals von Gesellschaften betrieben. Das Vertrauensverhältnis zwischen den Parteien ist wirtschaftlicher Natur. Es ist nicht mit demjenigen in einem typischen Auftragsverhältnis zu vergleichen, da die Liegenschaftsverwaltung nicht in einen persönlichen Bereich eingreift und der

[154] SJZ 79/1983, S. 247.
[155] SCHAFFITZ, S. 73 ff.; BÜHLER, S. 138 ff.; BGE in SJZ 68/1972, S. 175 f.; BURKHARDT, S. 44 f.
[156] GESSLER, S. 78 ff.; SJZ 77/1981, S. 97.

Eigentümer sich der Verwaltung auch nicht ausliefert. Es war deshalb durchaus zutreffend, daß das Bundesgericht diesen Vertrag ursprünglich als Vertrag sui generis behandelte[157]. Mit der Wende zum numerus clausus wurde der Vertrag allerdings später als Auftrag bezeichnet[158].

6. Bankverträge

Ähnlich wie bei der Liegenschaftsverwaltung ist die Situation bei den verschiedenen Bankverträgen. Auch hier ist das Vertrauensverhältnis primär wirtschaftlicher Natur, denn der Vermögensgeber braucht sich der Bank nicht vollständig anzuvertrauen und die persönlichen Beziehungen spielen eine untergeordnete Rolle. Das persönliche Handeln, das bei der Vermögensverwaltung z. B. durch einen Anwalt oder Notar die Regel bildet, tritt bei der Bank in den Hintergrund[159]. Die meisten Bankverträge können daher kaum dem Auftragsrecht unterstellt werden und sind als gesetzlich nicht geregelte Verträge zu behandeln[160].

7. Franchisevertrag

Auch der Franchisevertrag kann keinem gesetzlichen Vertragstyp zugeordnet werden und ist daher als gesetzlich nicht geregelter Vertrag zu behandeln[161]. Eine Anwendung des Auftragsrechts scheitert vor allem daran, daß der Franchisevertrag für eine gewisse Dauer eine enge geschäftliche Beziehung entstehen läßt. Zudem ist die Dienstleistung mit der Überlassung eines Betriebsorganisationskonzepts verbunden.

8. Factoringvertrag

Der Factoringvertrag ist ebenfalls als gesetzlich nicht geregelter Vertrag zu betrachten[162]. Er beinhaltet ein Dauerschuldver-

[157] BGE 83 II 530.
[158] BGE 106 II 159.
[159] FRIEDRICH, S. 459; WEBER, S. 90; dem Wunsch nach persönlicher Betreuung kommt die Bank allerdings dadurch entgegen, daß im Normalfall immer der gleiche Sachbearbeiter für den Kunden zuständig sein soll, vgl. SALOME ZIMMERMANN, S. 137, 140 und N 20.
[160] GUGGENHEIM, S. 11 ff.; in BGE 111 II 265 Erw. 1a und 100 II 155 f. Erw. a und b hat das Bundesgericht die Rechtsnatur des Spareinlagevertrages offengelassen.
[161] BAUDENBACHER, Franchisevertrag, S. 211 ff.
[162] REY, 176 ff.; ZR 85/1986, S. 28 ff.

hältnis mit einer engen Geschäftsbeziehung. Mit der Dienstleistung ist hier ein Forderungskauf oder ein Darlehen verbunden.

9. Alleinvertriebsvertrag

Mit dem Alleinvertriebsvertrag läßt der Lieferant seine Ware durch einen selbständigen Alleinvertreter vertreiben. Dieser erwirbt die Ware vom Lieferanten, verkauft sie weiter und verpflichtet sich, ihren Absatz in einem bestimmten Gebiet zu fördern. Dieser Vertrag, der Dienstleistungen und Kauf als Elemente beinhaltet, ist als gesetzlich nicht geregelter Vertrag zu betrachten [163].

10. Wartungsvertrag

Während auf die Reparatur z. B. einer Maschine Werkvertragsrecht angewandt werden kann, ist dies bei der reinen Wartung einer Einrichtung (z. B. einer EDV-Anlage) ausgeschlossen, weil die Leistung nicht aus einem klar definierten Werk besteht, sondern auf eine gewisse Zeit zu erbringen ist. Es handelt sich mit andern Worten um einen Dauervertrag, für den weder das Werkvertragsrecht [164] noch der Auftrag paßt. Gegen die Anwendung von Auftragsrecht sprechen auch das Erfordernis der Planung und die Leistung durch eine Arbeitsorganisation. Aus diesem Grund sind Wartungsverträge wie z. B. der Computerwartungsvertrag als gesetzlich nicht geregelte Verträge zu behandeln [165].

B. Rechtliche Behandlung von gesetzlich nicht geregelten Verträgen

Wenn kein numerus clausus von Dienstleistungsverträgen besteht und die Subsidiarität des Auftragsrechts nur in einem begrenzten Bereich gilt, fallen zwar die Probleme weg, die sich aus einer unsachgemäßen Anwendung des Auftragsrechts ergeben; doch stellen sich neue Fragen im Zusammenhang mit der rechtlichen Behandlung von gesetzlich nicht geregelten Verträgen.

[163] BGE 107 II 217; CAVIN, S. 174f.; GAUCH, Modifizierte Teilnichtigkeit, S. 95.
[164] GAUCH, Werkvertrag, N 272f.
[165] WASER, S. 37f.

1. Verschiedene Arten von gesetzlich nicht geregelten Verträgen – Unterschiede in deren Behandlung?

Die gesetzlich nicht geregelten Verträge, d. h. die sogenannten Innominatverträge werden in der Rechtsprechung und Rechtslehre zum Teil in gemischte Verträge und Verträge sui generis unterteilt. Die Terminologie ist allerdings nicht einheitlich. Als gemischte Verträge gelten solche, in denen Elemente verschiedener Vertragstypen vereinigt sind (oder in denen Elemente nicht geregelter Verträge mit mindestens einem Element eines geregelten Vertragstypus verbunden werden). Als sui generis-Verträge werden hingegen Verträge bezeichnet, welche ganz (oder teilweise) aus Elementen gesetzlich nicht geregelter Verträge zusammengesetzt sind [166]. Je nach der Terminologie, die verwendet wird, können sich gemischte Verträge und Verträge sui generis teilweise überschneiden [167]. Gemischte und sui generis-Verträge können in rein singulärer Art auftreten; sie können sich aber auch zu verkehrstypischen Verträgen verdichten [168].

Die Unterscheidung von gemischten und sui generis-Verträgen ist gelegentlich schwierig. Sie ist aber für die Vertragsauslegung und -ergänzung nicht von wesentlicher Bedeutung. Es ist daher zweckmäßiger, sich auf den Begriff der gesetzlich nicht geregelten Verträge bzw. der Innominatverträge zu beschränken. Praktisch bedeutsamer erscheint jedoch die Unterscheidung in singuläre und verkehrstypische Innominatverträge.

2. Auslegung und Ergänzung von gesetzlich nicht geregelten Verträgen

a) Auslegung

In der Auslegung besteht kein Unterschied zwischen gesetzlich geregelten und nicht geregelten Verträgen [169]. In beiden Fällen hat die Auslegung den Zweck, den Inhalt des vereinbarten Vertrages zu ermitteln. Daß bei Innominatverträgen ein gesetzliches Vertragstypenrecht fehlt, ist für die Auslegung nicht von Bedeutung.

[166] SCHLUEP, S. 772 ff.; MEIER-HAYOZ, SJK 1134, S. 1; ENGEL, Traité, S. 84, 128. Als zusammengesetzte Verträge werden selbständige Verträge bezeichnet, die sich wie Leistung und Gegenleistung im vollkommen zweiseitigen Vertrag gegenüberstehen, vgl. SCHLUEP, S. 776.

[167] SCHLUEP, S. 771 f.; MEIER-HAYOZ, SJK 1134, S. 2.

[168] SCHLUEP, S. 799.

[169] MEIER-HAYOZ, SJK 1134, S. 5 f.; SCHLUEP, S. 796.

b) Vertragsergänzung

aa) Grundsätzliches

Auch die Ergänzung von gesetzlich nicht geregelten Verträgen geschieht grundsätzlich gleich wie diejenige von gesetzlich geregelten Verträgen [170]: Der Richter hat zunächst zu prüfen, ob eine dispositive Norm auf die nicht geregelte Rechtsfrage anwendbar ist; allenfalls ist auch Gewohnheitsrecht [171] anzuwenden. Schließlich hat der Richter einen lückenhaften Innominatvertrag durch eigene Rechtsfindung zu ergänzen. Er stellt dabei auf den hypothetischen Parteiwillen ab, d.h. er füllt die Vertragslücke mit derjenigen Regel, welche die Parteien im Hinblick auf den Grundgedanken des Vertrags nach Treu und Glauben vereinbart hätten.

Bei verkehrstypischen Verträgen, die in bezug auf den zu ergänzenden Punkt keine individuelle Eigenart aufweisen, wird der Richter jedoch nicht in erster Linie den hypothetischen Willen der konkreten Parteien feststellen, sondern eine Regel bilden, die allgemein für solche Verträge als sachgerecht erscheint. Er schafft mit andern Worten die Regel, die er als Gesetzgeber in der betreffenden Frage aufstellen würde (Art. 1 Abs. 2 ZGB) [172]. Er ergänzt somit zunächst das lückenhafte Gesetz und schließt dann nach dieser Regel die Vertragslücke. Dabei beachtet der Richter auch eine einschlägige Verkehrsübung, wenn sie als sachgerechte Regelung erscheint [173]. Auf diese Weise kann mit der Zeit richterliches Vertragstypenrecht entstehen [174].

bb) Ergänzung durch dispositives Gesetzesrecht

Als dispositives Gesetzesrecht, welches zur Vertragsergänzung

[170] Vgl. dazu: BGE 107 II 149; KRAMER, N 255 zu Art. 18 OR; JÄGGI/GAUCH, N 547 zu Art. 18 OR; MEIER-HAYOZ, SJK 1134, S. 7f., und SJK 1135, S. 4f.; SCHLUEP, S. 796ff.; ENGEL, Traité, S. 170f.

[171] Die Bildung von Gewohnheitsrecht ist selten, wenn AGB bestehen, da diese zwangsläufig eine gewisse Einseitigkeit aufweisen und nicht als gemeinsame Rechtsüberzeugung gelten können, vgl. KRAMER, Innominatverträge, S. 27f.

[172] SCHLUEP, S. 797ff.; JÄGGI/GAUCH, N 550 zu Art. 18 OR; MEIER-HAYOZ, SJK 1134, S. 7ff., und 1135, S. 5f.; vgl. auch KRAMER, N 257 zu Art. 18 OR, und MERZ, N 138 zu Art. 2 ZGB; ZR 85/1986, S. 29.

[173] MEIER-HAYOZ, SJK 1134, S. 10, führt aus, eine Verkehrssitte könne auch eine «Unsitte» sein; vgl. auch MEIER-HAYOZ, N 328 zu Art. 1 ZGB. AGB können nicht ohne weiteres mit der Verkehrssitte gleichgesetzt werden, vgl. MERZ, N 144 zu Art. 2 ZGB.

[174] SCHLUEP, S. 800; JÄGGI/GAUCH, N 550 zu Art. 18 OR.

herangezogen werden kann, kommen bei Innominatverträgen im wesentlichen nur die Normen des allgemeinen Teils des Obligationenrechts in Frage[175]. Eine solche Bestimmung ist aber nur anwendbar, wenn sie sich harmonisch in die Regelung des Vertrags einfügen läßt[176]. Das gesetzliche Vertragstypenrecht findet hingegen bei der Ergänzung von Innominatverträgen keine unmittelbare Anwendung.

cc) Behandlung des gesetzlich nicht geregelten Vertrags als Einheit

Der gesetzlich nicht geregelte Vertrag stellt ein einheitliches Regelungsgefüge dar und kann nicht in Teile zerlegt werden. Er ist daher grundsätzlich nach einheitlichen Regeln zu ergänzen. Dem steht eine differenzierte Betrachtung in Einzelheiten nicht entgegen. So kann der Maßstab der Haftung für die Erfüllung je nach dem betreffenden Vertragselement variieren.

In bezug auf die einheitliche Behandlung eines gesetzlich nicht geregelten Vertrags spielt es keine Rolle, ob darin Elemente von gesetzlichen Vertragstypen enthalten sind oder nicht. Auch Verträge, die solche Elemente umfassen, stellen eine neue Einheit dar, auf die nicht zwangsläufig die Regeln desjenigen Vertragstyps teilweise Anwendung finden, dessen Element im Vertrag enthalten ist. Der Richter hat auch bei solchen Verträgen eine eigene Regel zu bilden. Er kann dabei eine passende gesetzliche Bestimmung analog anwenden[177].

Die richterliche Regelbildung hat sich am Grundgedanken des Innominatvertrags und an der konkreten zu regelnden Interessenlage zu orientieren. Die Absorptionstheorie (nach welcher das gemischte Vertragsverhältnis ganz dem Recht des überwiegenden Vertragstypus unterstellt wird) und die Kombinationstheorie (nach welcher die einzelnen Tatbestandselemente nach dem entsprechenden Vertragstyp zu beurteilen sind) werden einem gesetzlich nicht geregelten Vertrag nicht gerecht[178]. Es kann nicht in abstrakter Weise das Recht eines gesetzlichen Vertragstypus anwendbar erklärt werden, ohne zu

[175] BGE 103 II 104.

[176] KRAMER, N 256 zu Art. 18 OR; MEIER-HAYOZ, SJK 1134, S. 8.

[177] SCHLUEP, S. 802; SCHAFFITZ, S. 77.

[178] JÄGGI/GAUCH, N 551 zu Art. 18 OR; MEIER-HAYOZ, SJK 1135, S. 4f.; SCHLUEP, S. 801f.; VISCHER, S. 314. Nur wenn einer Hauptleistung eine atypische Nebenleistung von untergeordneter Bedeutung beigemischt wird, ist die einheitliche Unterstellung unter das Recht der Hauptleistung unproblematisch, vgl. SCHLUEP, S. 774; GAUCH, Werkvertrag, N 118.

prüfen, ob die betreffende Regel sich sinnvoll in den lückenhaften gemischten Vertrag einfügen läßt.

dd) Unklare Bundesgerichtspraxis zur Ergänzung von gesetzlich nicht geregelten Verträgen

In BGE 107 II 149 hielt das Bundesgericht fest, gesetzlich nicht geregelte Verträge seien vom Richter nach dem hypothetischen Parteiwillen zu ergänzen, falls kein dispositives Gesetzesrecht zur Verfügung stehe. In früheren Entscheiden hatte es eine gewisse Neigung gezeigt, nach dem Absorptionsprinzip vorzugehen, die Anwendung typenfremden Rechts aber vorzubehalten[179]. In den neuesten Entscheiden zum Architektenvertrag unterschied das Bundesgericht (m. E. in unnötiger Weise) zwischen gemischten und sui generis-Verträgen und führte aus, bei einem aus Auftrag und Werkvertrag gemischten Vertragsverhältnis sei eine Spaltung der Rechtsfolgen denkbar. Die Haftung für einen Planfehler könne sich aus Werkvertrag, jene für unsorgfältige Bauaufsicht aus Auftrag ergeben[180]. Wie diese «Spaltung der Rechtsfolgen» im einzelnen erfolgen soll, hat das Bundesgericht bisher aber nicht ausgeführt[181]. Möglicherweise schwebt ihm eine Lösung im Sinne der Kombinationstheorie vor. Eine so verstandene Aufteilung wird dem einheitlichen Charakter eines gesetzlich nicht geregelten Vertrags aber nicht gerecht[182].

3. Rechtliche Behandlung der Innominatverträge in der Gestalt von Allgemeinen Geschäftsbedingungen

a) Allgemeine Geschäftsbedingungen als hauptsächlichste Erscheinungsform von Innominatverträgen

Unter den Innominatverträgen sind diejenigen, welche verkehrstypisch geworden sind, bei weitem die häufigsten. Diese

[179] SCHLUEP, S. 804, mit Hinweisen; im Bundesgerichtsentscheid, der in SJZ 68/1972, S. 175 f., abgedruckt ist, äußerte sich das Bundesgericht dahin, daß auf den Fernkursvertrag je nach Überwiegen Auftrag oder Kauf anzuwenden ist.

[180] BGE 110 II 382, 109 II 466.

[181] In BGE 111 II 73 ff. wandte es auf einen (Gesamt-)Architektenvertrag die auftragsrechtliche Haftung an; vgl. auch die in der amtlichen Sammlung nicht publizierte Erwägung 2 in Pra. 74/1985, S. 519 f.

[182] PERRIN, S. 23; ABRAVANEL, JdT 132/1984 I, S. 464; GAUCH, Architekturvertrag, N 38. Diese Autoren treten allerdings für eine einheitliche Behandlung durch vorbehaltlose Unterstellung des Architektenvertrags unter den Auftrag ein.

Innominatverträge werden zum großen Teil in Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) ausformuliert[183]. Die AGB haben neben der Rationalisierung des Rechtsverkehrs und der Spezialisierung des dispositiven Vertragstypenrechts geradezu den Zweck, neue Vertragsarten, d.h. Innominatverträge zu entwickeln[184]. Es ist offensichtlich, daß im Bereich der verkehrstypischen Innominatverträge ein erhebliches Bedürfnis besteht, die Vertragsverhältnisse rechtlich auch in Einzelheiten durchzunormieren[185].

b) Auslegung und Ergänzung von Innominatverträgen in der Gestalt von AGB

Die Auslegung von Innominatverträgen, die in AGB ausformuliert worden sind, geschieht grundsätzlich nach den gleichen Grundsätzen wie die Auslegung anderer Vertragsbestimmungen; dabei kommt aber der Unklarheitsregel, d.h. der Auslegung einer unklaren Bestimmung zulasten des Verfassers, größeres Gewicht zu[186]. Von untergeordneter Bedeutung ist die richterliche Ergänzung von Innominatverträgen in der Form von AGB. Da in diesen bereits eine weitgehende Normierung besteht, kommt der Richter nur selten in die Lage, solche Verträge zu ergänzen[187].

c) Geltungs- und Inhaltskontrolle

Eine größere Einflußnahme auf die AGB kann sich ergeben, wenn deren Übernahme in den Vertrag und deren Inhalt geprüft werden.

aa) Bundesgerichtliche Ungewöhnlichkeitsregel

Das Bundesgericht geht in seiner Rechtsprechung davon aus, daß AGB – auch wenn ihre Übernahme nur global erfolgt – grundsätzlich vom Konsens der Parteien umfaßt und somit Vertragsbestandteil werden. Strengere Anforderungen an eine Globalübernahme stellt das Bundesgericht allerdings beim

[183] KRAMER, Innominatverträge, S. 28.

[184] BAUDENBACHER, S. 231 f.; BÜRGI, S. 7; HAUSHEER, S. 279 f.; ENGEL, Cent ans de contrat, S. 42; KRAMER, N 177 zu Art. 1 OR.

[185] BAUDENBACHER, S. 232; zum Regelungsdefizit vgl. ZÄCH, Privatrechtliches Gesetz, S. 183 f.

[186] JÄGGI/GAUCH, N 462 ff. und 451 ff. zu Art. 18 OR.

[187] KRAMER, Innominatverträge, S. 27 f.

Verzicht auf den verfassungsmäßigen Wohnsitzrichter (Art. 59 BV), d.h. bei den sogenannten Gerichtsstandsklauseln. Hier hält es ein Globalakzept nach Treu und Glauben nur dann für eine Zustimmung, wenn die Klausel an einer für den Verzichtenden gut sichtbaren Stelle angebracht ist und hervortritt. Bei einer geschäftlich unerfahrenen und rechtsunkundigen Partei muß der Vertragspartner zudem den Verzichtenden in besonderer Weise auf die Bedeutung der Klausel hinweisen [188].

In BGE 109 II 452 ff. dehnte das Bundesgericht diese auf die Gerichtsstandsklauseln beschränkte «Ungewöhnlichkeitsregel» auf andere AGB-Bestimmungen aus. Es kann sich nun jede unerfahrene Partei darauf berufen, daß eine Klausel für sie (nach ihrer individuellen Branchenerfahrung) ungewöhnlich gewesen sei und daher nicht vom Konsens erfaßt werde. Diese Einrede führt aber nur dann zum Erfolg, wenn die bemängelte Bestimmung auch bei objektiver Beurteilung einen geschäftsfremden Inhalt aufweist. Als geschäftsfremd gilt eine Bestimmung, die zu einer wesentlichen Änderung des Vertragscharakters führt oder in erheblichem Maß aus dem gesetzlichen Rahmen des Vertragstypus fällt [189]. Das Bundesgericht prüft somit in erster Linie, ob die angefochtene AGB-Bestimmung Vertragsbestandteil geworden ist, d.h. es prüft die *Geltung* dieser Bestimmung. Diese Frage hängt aber wesentlich vom *Inhalt* der betreffenden AGB-Bestimmung ab, da sie nur dann als ungewöhnlich bezeichnet wird, wenn sie bei objektiver Betrachtung einen geschäftsfremden Inhalt aufweist [190].

bb) Art. 8 des revidierten UWG

Eine inhaltliche Kontrolle der AGB wird nun auch nach Art. 8 des revidierten Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) vorzunehmen sein. Nach dieser Bestimmung handelt unlauter, wer vorformulierte Allgemeine Geschäftsbedingungen verwendet, die in irreführender Weise zum Nachteil einer Vertragspartei von der unmittelbar oder sinngemäß anwendbaren gesetzlichen Ordnung erheblich abweichen oder eine der Vertragsnatur erheblich widersprechende Verteilung von Rechten und Pflichten vorsehen [191].

[188] Z.B. BGE 104 Ia 279 ff. Erw. 3.

[189] BGE 109 II 458.

[190] Diese «verdeckte Inhaltskontrolle» wird in der Rechtslehre kritisiert: Z.B. KRAMER, Allg. Geschäftsbedingungen, S. 20 ff.; FORSTMOSER, S. 54; GIGER, S. 46; BÜRGI, S. 34; AUER, S. 11 ff.

[191] BBl 1983 II, S. 1009 ff.; Amtl. Bull. NR 1985, S. 843 f., Amtl. Bull. StR 1986, S. 423, Amtl. Bull. NR 1986, S. 1252 ff.

cc) Maßstab für die Beurteilung der AGB von Innominatverträgen

In Art. 8 des revidierten UWG, aber auch in BGE 109 II 458 wird auf das dispositive Recht als Ausdruck einer gerechten Ordnung Bezug genommen[192]. Davon sollen die AGB nicht in irreführender Weise zum Nachteil einer Partei erheblich abweichen. Die AGB können allerdings dann nicht mit einem dispositiven Gesetzesrecht verglichen werden, wenn sie einen Innominatvertrag enthalten. In diesem Fall wird der Richter eine (dispositive) Regel als Vergleichsmaßstab für den betreffenden Innominatvertrag zu schaffen haben[193]. Er wird sich dabei an der gegenseitigen Interessenlage, d.h. am «Vertragscharakter»[194] oder an der «Vertragsnatur»[195] orientieren. Eine entsprechende Bestimmung des Vertragstypenrechts kann herangezogen und analog angewandt werden, wenn damit ein sachgemäßes Resultat zu erreichen ist. Art. 8 lit. a UWG hat diesen Fall im Auge, wenn von einer «sinngemäß anwendbaren gesetzlichen Ordnung» die Rede ist[196].

In einem zweiten Schritt hat der Richter zu entscheiden, ob die beanstandete AGB-Bestimmung in erheblichem Maß von seiner, für den betreffenden Innominatvertrag geschaffenen Regel abweicht. Je größer der Gerechtigkeitsgehalt dieser Regel ist, desto zurückhaltender wird deren Wegbedingung durch eine AGB-Bestimmung anzunehmen sein[197]. Auch sind an den Nachweis der Übernahme einer solchen Bestimmung um so strengere Anforderungen zu stellen, je stärker die Rechtsstellung des Kunden beeinträchtigt wird[198].

4. Zwingende Bestimmungen als Schranken der Innominatverträge

a) Allgemeine Schranken

Für Innominatverträge (auch solche in Form von AGB) bestehen die gleichen Schranken der Vertragsfreiheit wie für die

[192] BBl 1983 II, S. 1073.
[193] KRAMER, Innominatverträge, S. 34f.; vgl. auch HAUSHEER, S. 286.
[194] BGE 109 II 458.
[195] Art. 8 lit. b revidiertes UWG.
[196] BBl 1983 II, S. 1073.
[197] Vgl. BUCHER, Ausschluß dispositiven Gesetzesrechts, S. 267, N 36.
[198] BGE 109 II 457; SCHUBARTH, S. 573.

gesetzlich geregelten Verträge[199]. Innominatverträge dürfen weder gegen zwingende Bestimmungen des Privatrechts noch gegen öffentlich-rechtliche Bestimmungen verstoßen (Art. 19 Abs. 2 und 20 Abs. 1 OR). Bei den zwingenden Bestimmungen des Privatrechts ist, abgesehen von den zwingenden Vorschriften des ZGB, an die Normen des allgemeinen Teils des Obligationenrechts zu denken, finden doch das gesetzliche Vertragstypenrecht und dessen zwingende Bestimmungen grundsätzlich auf Innominatverträge keine (oder jedenfalls keine unmittelbare) Anwendung.

Innominatverträge haben vor allem das Persönlichkeitsrecht nach Art. 27 ZGB sowie die guten Sitten zu beachten. Diesen Grundsätzen kommt insbesondere auch bei der Beurteilung von AGB wesentliche Bedeutung zu[200]. Kraß unbillige AGB-Bestimmungen können allenfalls auch aufgrund des Rechtsmißbrauchsverbots (Art. 2 Abs. 2 ZGB) oder aufgrund des Verbots der Übervorteilung (Art. 21 OR) ungültig erklärt werden[201]. Zu beachten sind auch die weiteren, im allgemeinen Teil des Obligationenrechts enthaltenen zwingenden Bestimmungen, insbesondere Art. 34 Abs. 2 (Verzicht auf den Widerruf der Vollmacht), Art. 100 Abs. 1 und 101 Abs. 3 (Ausschluß der Haftung für rechtswidrige Absicht und grobe Fahrlässigkeit bzw. für anderes als leichtes Verschulden), Art. 129 (Abänderung von Verjährungsfristen) und Art. 141 (Ungültigkeit des zum voraus erklärten Verzichts auf die Verjährung).

b) Keine Gesetzesumgehung durch Innominatverträge

Sofern mit einem Innominatvertrag das zu erreichen versucht wird, was im Rahmen eines gesetzlich geregelten Vertrags verboten ist, liegt eine Gesetzesumgehung vor. Innominatverträge dürfen nicht dafür mißbraucht werden[202]. So ist es beispielsweise unzulässig, eine Arbeitsleistung, die klarerweise dem Modell des Arbeitsvertrags entspricht, als Innominatvertrag zu bezeichnen und damit den zwingenden Bestimmungen des Arbeitsvertragsrechts (Art. 361 und 362 OR) auszuweichen.

[199] BGE 109 II 217; MEIER-HAYOZ, SJK 1134, S. 4; SCHLUEP, S. 779; GIGER, Allg. Geschäftsbedingungen, S. 72 ff.; AUER, S. 17, 6 ff.; ENGEL, Cent ans de contrat, S. 54 ff.

[200] SCHÖNENBERGER/JÄGGI, N 500 ff. zu Art. 1 OR; vgl. auch SCHUBARTH, S. 573.

[201] GIGER, Allg. Geschäftsbedingungen, S. 99 ff.; vgl. aber AUER, S. 45 ff.

[202] MEIER-HAYOZ, SJK 1134, S. 4; SCHLUEP, S. 780.

Gesetzesumgehungen werden dadurch vereitelt, daß die umgangene Norm ausgelegt und anstelle der Vereinbarung auf den betreffenden Sachverhalt angewandt wird[203]. Diese allgemeine Regel wird vom Gesetz für einzelne Tatbestände ausdrücklich genannt. Bekannt ist insbesondere Art. 226m Abs. 1 OR, wonach die Bestimmungen des Abzahlungsvertrags für alle Rechtsgeschäfte und Verbindungen von solchen, insbesondere für Miet-Kauf-Verträge gelten, soweit die Parteien damit die gleichen wirtschaftlichen Zwecke wie beim Abzahlungskauf verfolgen, gleichgültig welcher Rechtsform sie sich dabei bedienen[204].

c) Zwingende Bestimmungen des Richterrechts

In Innominatverträgen können Interessenlagen auftreten, die zu vergleichen sind mit solchen, für die im Recht eines gesetzlichen Vertragstyps eine zwingende Regel besteht. Gesetzgeberische Wertungen, die von einem solchen Gewicht sind, daß sie zu zwingenden Regeln führen, sollen bei Innominatverträgen ebenfalls zum Tragen kommen. Der Richter hat daher gegebenenfalls eigenes zwingendes Recht für Innominatverträge zu schaffen[205].

Bei der Regelbildung wird sich der Richter an den zwingenden Bestimmungen des Vertragstypenrechts, welche eine ähnliche Interessenlage betreffen, orientieren und allenfalls solche Regeln analog anwenden. Es ist aber auch denkbar, daß ein Innominatvertrag eine etwas andere zwingende Regelung erforderlich macht.

[203] BGE 104 II 206; RIEMER, S. 357ff.; GUHL/MERZ/KUMMER, S. 118; JÄGGI/GAUCH, N 171 zu Art. 18 OR; KRAMER, N 145 zu Art. 18 OR.

[204] Weitere Einzeltatbestände finden sich z. B. in: Art. 493 Abs. 4 OR, Art. 691 Abs. 1 OR, Art. 527 Ziff. 4 ZGB, Art. 619 Abs. 2 ZGB, Art. 717 ZGB.

[205] BAUDENBACHER, Franchisevertrag, S. 214; BÜHLER, S. 173ff.

V. Beispiele richterlicher Regelbildung bei gesetzlich nicht geregelten Dienstleistungsverträgen

A. Vorzeitige Kündigung

1. Beschränkung der Handlungsfreiheit als Auflösungsgrund

Handelt es sich bei einem gesetzlich nicht geregelten Dienstleistungsvertrag um ein Dauerschuldverhältnis, haben beide Parteien ein Interesse daran, den Vertrag bei gewissen nicht vorausgesehenen Umständen, insbesondere bei Störung des Vertrauensverhältnisses, beenden zu können. Eine ähnliche Interessenlage besteht bei Verträgen betreffend eine längerfristige Leistung, die zwar nicht auf Zeit zu erbringen ist, aber dennoch ein erhebliches zeitliches Engagement mit sich bringt. Das Vertrauensverhältnis ist im weiteren dann von besonderer Bedeutung, wenn die Dienstleistung in sehr persönliche Bereiche eingreift. Schließlich besteht ein besonderes Vertrauensverhältnis, wenn sich die eine Partei der anderen in einem gewissen Sinne ausliefert. Wird ein solches Vertrauensverhältnis gestört, so ist es den Parteien ebenfalls nicht mehr zuzumuten, länger vertraglich aneinander gebunden zu sein.

Daß den Parteien erlaubt sein muß, unter den genannten Umständen einen Vertrag aufzulösen, ist letztlich ein Gebot der in Art. 27 Abs. 2 ZGB garantierten Handlungsfreiheit[206]. Für den Auftrag ist dieser Grundsatz mit dem freien Widerrufsrecht gemäß Art. 404 OR konkretisiert worden. Aber auch der Werkvertrag und der Arbeitsvertrag können bei bestimmten Voraussetzungen fristlos aufgelöst werden (Art. 377 und 337 OR). Wenn der Richter über die Auflösung von gesetzlich nicht geregelten Dienstleistungsverträgen zu befinden hat, muß er – in Ermangelung gesetzlicher Regeln – ebenfalls den in Art. 27 Abs. 2 ZGB enthaltenen Grundsatz der Handlungsfreiheit konkretisieren. Er kann sich dabei an den Auflösungsregeln

[206] Vgl. GAUTSCHI, N 10b zu Art. 404 OR.

orientieren, die der Gesetzgeber für die genannten Vertragstypen geschaffen hat. Die richterliche Auflösungsregel soll sich harmonisch in diese Regelungen einfügen.

2. Auflösung ohne Grundangabe oder aus wichtigen Gründen

Die Kündigung eines Dienstleistungsvertrags darf ohne Grundangabe erfolgen, wenn nur so der Handlungsfreiheit in genügendem Maß Rechnung getragen wird. Im gesetzlichen Vertragstypenrecht finden sich unbegründete Kündigungsmöglichkeiten beim Auftrag (Art. 404 OR) und beim Werkvertrag (Art. 377 OR). Bei Dauerverträgen rechtfertigt es sich, für eine fristlose Auflösung wichtige Gründe zu verlangen[207]. So macht auch das Arbeitsvertragsrecht die fristlose Auflösung vom Bestehen eines wichtigen Grundes abhängig (Art. 337 Abs. 1 OR). Bei gesetzlich nicht geregelten Dienstleistungsverträgen wird der Richter, je nachdem, welches Gewicht er im konkreten Fall der Handlungsfreiheit zumißt, eine unbegründete Auflösung zulassen oder aber diese von wichtigen Gründen abhängig machen.

3. Schadenersatz als Ausgleich der Folgen der Vertragsauflösung

a) Abwägung der Interessen

Wenn eine Partei den Vertrag fristlos auflöst, kann für die andere unter Umständen ein beträchtlicher Schaden entstehen. Es fragt sich daher, ob eine solche Vertragsauflösung Schadenersatz nach sich ziehen soll. Eine Schadenersatzpflicht erschwert allerdings die sofortige Vertragsauflösung und steht somit in einem Spannungsverhältnis zur Handlungsfreiheit. Bei gesetzlich nicht geregelten Verträgen obliegt es dem Richter, die gegensätzlichen Interessen zu harmonisieren. Er hat das Interesse an einer sofortigen und möglichst unbehinderten Auflösung gegen das wirtschaftliche Interesse an der Fortführung des Vertrags bzw. gegen eine Schadenersatzpflicht bei Vertragsauflösung abzuwägen. Je nach Gewichtung dieser Interessen wird die Vertragsauflösung praktisch entschädigungslos erfolgen dürfen, oder sie wird eine beschränkte bzw. volle Schadenersatzpflicht nach sich ziehen. So ist z. B. nach Art. 404 Abs. 2 OR

[207] GAUCH, Dauerverträge, S. 199; vgl. auch BUCHER, Obligationenrecht, S. 343; PEYER, S. 106f.

die Haftung infolge Widerrufs des Auftrags auf die Fälle der Unzeit beschränkt, währenddem nach Art. 377 OR der Werkvertrag nur gegen volle Schadloshaltung widerrufen werden kann.

b) Schadenersatz bei Vertragsauflösung ohne Grundangabe

Wird eine fristlose Vertragsauflösung ohne Grundangabe zugelassen, ist die Haftung am Tatbestand der Auflösung selber anzuknüpfen. Der Auflösende haftet mit andern Worten ohne Verschulden und obschon er ein Recht zur Auflösung hat[208]. So ist der Schadenersatz gemäß Art. 404 und 377 OR ausschließlich eine Folge der fristlosen Auflösung des Auftrags bzw. des Werkvertrags.

Der infolge einer Vertragsauflösung ohne Grundangabe geschuldete Schadenersatz kann reduziert werden, wenn der Gegenpartei ein Verschulden anzulasten ist, das für den Widerruf von Bedeutung ist. So ist z. B. sowohl für den Auftrag als auch den Werkvertrag die Auffassung vertreten worden, der infolge fristloser Aufhebung geschuldete Schadenersatz könne reduziert werden, wenn der Vertrag aus wichtigen, von der Gegenpartei zu verantwortenden Gründen aufgehoben worden sei[209]. Eine Schadenersatzreduktion kann sich aber auch rechtfertigen, wenn die Vertragsauflösung auf einen von keiner Partei verschuldeten wichtigen Grund zurückzuführen ist.

c) Schadenersatz bei Vertragsauflösung aus wichtigen Gründen

Wird ein Vertrag aus wichtigen Gründen fristlos aufgelöst, kann der wichtige Grund in einer Vertragsverletzung bestehen oder auch außerhalb einer solchen liegen[210]. Liegt keine Vertragsverletzung vor, haftet der Auflösende wiederum ohne Vorliegen eines Verschuldens. Auch hier ist der Schadenersatz zu reduzieren, wenn der wichtige Grund nicht in der Interessensphäre des Auflösenden entstanden ist. Es ist in Analogie zu Art. 337b Abs. 2 OR vorzugehen, wonach der Richter die vermögensrechtlichen Folgen der fristlosen Auflösung unter Würdigung aller Umstände nach seinem Ermessen bestimmt.

[208] GAUCH, Dauerverträge, S. 228 ff., spricht in diesem Zusammenhang von einer Kausalhaftung, obschon hier nicht nur kein Verschulden vorausgesetzt wird, sondern infolge der Berechtigung zur Auflösung bereits eine Widerrechtlichkeit fehlt.

[209] GAUCH, BR 1985, S. 56 f.; GAUCH, Werkvertrag, N 409.

[210] GAUCH, Dauerverträge, S. 224 ff.

Er wird z. B. diejenige Partei zu Schadenersatz verpflichten, welche ein Interesse an der Vertragsauflösung hat oder in deren Bereich der wichtige Grund eingetreten ist[211].

Liegt der wichtige Grund, der zur Vertragsauflösung geführt hat, in einer Vertragsverletzung einer Partei, hat diese Partei den durch die Vertragsauflösung entstandenen Schaden zu tragen. Dieser Schadenersatz hat seinen Grund zwar in einer vertraglichen Haftung (Art. 97 OR), doch erscheint er praktisch als Folge der durch die Vertragsverletzung verursachten Vertragsauflösung. Eine solche Regelung hat der Gesetzgeber beim Arbeitsvertrag getroffen. Nach Art. 337 b Abs. 1 OR hat nämlich eine Partei vollen Schadenersatz zu leisten, wenn der wichtige Grund zur fristlosen Auflösung des Arbeitsverhältnisses in ihrem eigenen vertragswidrigen Verhalten liegt. Ein solcher Schadenersatz kann infolge Mitverschuldens reduziert werden[212].

4. Zwingende oder dispositive Auflösungsregel?

Richterliche Auflösungsregeln für gesetzlich nicht geregelte Dienstleistungsverträge können zwingender oder dispositiver Natur sein. Auflösungsregeln, die in starkem Maß von der Handlungsfreiheit geprägt sind, müssen infolge von Art. 27 Abs. 2 ZGB als zwingend betrachtet werden. Im Vertragstypenrecht ist in dieser Beziehung auf die zwingende Natur des Widerrufsrechts beim Auftrag und der Kündigung des Arbeitsvertrags aus wichtigen Gründen hinzuweisen. Steht bei einem gesetzlich nicht geregelten Dienstleistungsvertrag die Handlungsfreiheit aber nicht im Vordergrund, kann es den Parteien überlassen werden, die richterliche Auflösungsregel abzuändern oder überhaupt wegzubedingen. So kommt dem Widerrufsrecht beim Werkvertrag (Art. 377 OR) dispositive Bedeutung zu[213], denn der Rücktritt des Werkbestellers stellt regelmäßig nicht in gleichem Maße einen Ausfluß der unverzichtbaren Handlungsfreiheit dar wie das Widerrufsrecht des Auftraggebers. Die Regelung der fristlosen Auflösung beim Arbeitsvertrag gemäß Art. 337 Abs. 1 und 2 und 337 b Abs. 1 OR gilt hinge-

[211] STREIFF/GOTTESMANN, N 7 zu Art. 337 b OR.

[212] BRÜHWILER, N 2 zu Art. 337 b OR.

[213] GAUCH, Werkvertrag, N 412 ff.; a. M. GAUTSCHI, N 10 zu Art. 377 OR; TERCIER, L'extinction prématurée du contrat, N 1205, hält das Widerrufsrecht für zwingend bei «persönlichen» Werkverträgen.

gen als zwingendes Recht (Art. 361 OR). Bei Dauerverträgen rechtfertigt es sich ganz allgemein, die fristlose Auflösung aus wichtigen Gründen als zwingendes Recht zu betrachten[214].

5. Zulässigkeit von Konventionalstrafen und Schadenspauschalen

Zwingende Regeln betreffend die fristlose Vertragsauflösung lassen nicht zu, daß für den Fall einer solchen Auflösung eine (unechte) Konventionalstrafe abgemacht wird, denn diese beschränkt das Kündigungsrecht[215]. Die Vereinbarung eines pauschalierten Schadenersatzes ist aber m. E. mit dem Kündigungsrecht zu vereinbaren, denn sie hat den Zweck, den Beweis der Schadenshöhe zu erleichtern. Der vereinbarte Betrag bleibt aber Schadenersatz und ist daher nur geschuldet, wenn ein Schaden entstanden ist. Der pauschalierte Schadenersatz kann auch infolge Verschuldens der Gegenpartei reduziert werden.

Eine solche Schadenspauschale muß aber in einer Größenordnung liegen, die der Haftung entspricht, welche für die fristlose Auflösung des betreffenden Vertrags angemessen ist. Unzulässig wäre es z. B., wenn in einem Vertrag, dessen Auflösung nur eine beschränkte Schadenersatzpflicht nach sich ziehen darf, eine Schadenspauschale in der Größenordnung des Erfüllungsinteresses vereinbart würde.

Den Parteien muß m. E. der Beweis offenstehen, daß tatsächlich ein kleinerer oder größerer Schaden eingetreten ist als die vereinbarte Pauschale. Ist der Beweis eines kleineren Schadens für eine Partei schwierig, rechtfertigt es sich, die zulässige Höhe der Schadenspauschale eher tief zu halten.

6. Einseitiges oder zweiseitiges Auflösungsrecht

Ist in einem Vertragsverhältnis das Vertrauen für beide Parteien in gleichem Maß Voraussetzung für die Durchführung des Vertrags, rechtfertigt es sich, beide Parteien in bezug auf die Vertragsauflösung gleich zu behandeln. In diesem Fall kommt

[214] TERCIER, L'extinction prématurée du contrat, N 1191.

[215] Die frühere bundesgerichtliche Praxis (vgl. z. B. BGE 104 II 116), welche in der Konventionalstrafe eine unzulässige Erschwerung der Kündigungsmöglichkeit sah, war durchaus zutreffend; vgl. auch GAUCH, BR 1985, S. 15. Heute läßt das Bundesgericht im Rahmen von Art. 404 OR eine Konventionalstrafe zu, vgl. BGE 110 II 383, 109 II 468.

beiden Parteien das gleiche Recht zur fristlosen Vertragsauflösung zu. Im gesetzlichen Vertragstypenrecht besteht daher nach Art. 404 OR für beide Parteien das gleiche Recht, einen Auftrag fristlos zu widerrufen bzw. zu kündigen. Sind die Parteien aber in einem unterschiedlichen Maß auf ein Vertrauensverhältnis angewiesen, ist ein zweiseitiges Auflösungsrecht in der Regel nicht am Platz. Nach Art. 377 OR steht das Recht zur fristlosen Auflösung des Werkvertrags daher nur dem Besteller zu.

7. Fallgruppen von vorzeitigen Kündigungen

a) «Managementvertrag»

Um einen Dienstleistungsvertrag, der nur bei Bestehen eines vollständig intakten Vertrauensverhältnisses durchführbar ist, handelt es sich z. B. bei dem in BGE 104 II 108 ff. beurteilten «Managementvertrag». In diesem verpflichtete sich eine Sängerin für fünf Jahre, das Management für ihre Auftritte und Produktionen einem Talentstudio zu überlassen. Dieser Vertrag geht über interessenwahrende Dienstleistungen, wie sie dem Modell des Auftrags entsprechen, hinaus. Er ist daher als gesetzlich nicht geregelter Dienstleistungsvertrag (wohl ohne verkehrstypische Verbreitung) zu betrachten[216]. Dies hat zur Folge, daß der Richter die Vertragsauflösung nach einer eigenen Regel zu beurteilen hat.

Wenn ein solcher Vertrag nicht überhaupt mit Art. 27 ZGB unvereinbar ist[217], muß er (im Sinne einer zwingenden Regel) mindestens jederzeit aufgelöst werden können. Dies ist im Hinblick auf das für den Vertrag notwendige Vertrauensverhältnis und die intensive zeitliche und persönliche Bindung geboten. Ein Ausgleich des durch die Vertragsauflösung entstehenden Schadens kann hier, selbst wenn dieser beträchtlich sein sollte, grundsätzlich nicht angeordnet werden, denn dadurch würde die aus Gründen der Handlungsfreiheit unerläßliche Kündigungsmöglichkeit zu stark beschränkt. Denkbar ist höchstens ein Ausgleich von besonderen Nachteilen, die aus einem ungünstigen Auflösungszeitpunkt entstehen. Der Richter wird sich mit andern Worten bei einem solchen Innominatvertrag im wesentlichen an die Widerrufsregel des Auftragsrechts (Art. 404 OR) anlehnen.

[216] MERZ, Rechtsprechung 1978, S. 21.

[217] Das Bundesgericht nahm Unvereinbarkeit mit Art. 27 ZGB an, die Vorinstanz hatte diese Frage offengelassen, vgl. BGE 104 II 116.

b) Internatsvertrag

Ein anderer Ausgleich der Interessen ist erforderlich bei Dienstleistungsverträgen, die zwar im Hinblick auf die Handlungsfreiheit jederzeit auflösbar sein müssen, bei denen das Auflösungsrecht aber nicht dermaßen unabdingbar ist, daß ein gewisser Ausgleich von entgegenstehenden wirtschaftlichen Interessen von vornherein auszuschließen wäre. Um einen solchen Vertrag handelt es sich z. B. beim Internatsvertrag.

Dieser Vertrag kann nur dann sinnvoll erfüllt werden, wenn das Vertrauensverhältnis zwischen den Eltern und der Internatsschule gewährleistet ist[218] und wenn bei Störungen desselben der Vertrag sofort und ohne Grundangabe aufgelöst werden kann[219]. Eine gewisse Erschwerung des Kündigungsrechts durch einen Schadenersatzanspruch der Gegenpartei erscheint hingegen nicht als unzulässig. Auf der Seite des Internats sprechen erhebliche wirtschaftliche Interessen gegen eine jederzeitige entschädigungslose Auflösung. Angemessen erscheint deshalb ein beschränkter Schadenersatz, der zwar nicht dem Erfüllungsinteresse entspricht, aber auch nicht auf den Ausgleich «besonderer Nachteile» im Sinne von Art. 404 Abs. 2 OR beschränkt ist. Unpraktikabel ist es aber, der Gegenpartei einen Anspruch auf Ersatz des negativen Interesses einzuräumen, d. h. sie so zu stellen, wie wenn der Vertrag von vornherein nicht über das vorzeitige Vertragsende hinaus gegolten hätte. Wie bereits vorn[220] gezeigt worden ist, ist ein solcher Schaden nur sehr schwer beweisbar. Es ist daher sachgerechter, beim Internatsvertrag in analoger Anwendung von Art. 337 b Abs. 2 OR den Richter den Schaden in Würdigung aller Umstände ermessensweise festlegen zu lassen. Es bestünde z. B. die Möglichkeit, den Schaden auf die Entschädigung für das laufende Quartal bzw. Trimester zu beschränken[221], denn auf diese Frist müßte der Vertrag wohl ohnehin kündbar sein[222]. Die Gefahr der Beeinträchtigung der Handlungsfreiheit rechtfertigt es im übrigen, die skizzierte Kündigungsregelung als zwingendes Recht zu betrachten.

[218] SJZ 79/1983, S. 247.

[219] SCHAFFITZ, S. 104 ff., macht beim reinen Schulvertrag, in dem das Vertrauensverhältnis eine weniger große Rolle spielt, die fristlose Auflösung von wichtigen Gründen abhängig.

[220] Ziff. III, C, 1, b, aa.

[221] So SJZ 79/1983, S. 249, allerdings unter dem Gesichtspunkt der Unzeit.

[222] Vgl. hinten Ziff. V, A, 7, e.

c) Architektenvertrag, Reiseveranstaltungsvertrag

Der Architektenvertrag und der Reiseveranstaltungsvertrag sind zwar inhaltlich verschieden; in bezug auf die fristlose Auflösung ergeben sich aber ähnliche Lösungen.

aa) Richterliche Auflösungsregel

Beim Architekten- und Reiseveranstaltungsvertrag besteht ein schutzwürdiges Interesse, unter gewissen Umständen den Vertrag fristlos auflösen zu können. Beim Architektenvertrag spricht vor allem das wirtschaftliche Vertrauensverhältnis für die Möglichkeit einer fristlosen Auflösung, die beiden Parteien offen stehen muß[223]. Auch das Bundesgericht ist (indem es Auftragsrecht auf die Auflösung des Architektenvertrags angewandt hat[224]) von einem beidseitigen Auflösungsrecht ausgegangen. Im weiteren muß auch der Reiseveranstaltungsvertrag fristlos aufgelöst werden können, wenn beim Kunden Umstände eintreten, die es für ihn unzumutbar machen, die bereits Monate zum voraus gebuchte Reise anzutreten. Hier läßt sich ein beidseitiges (d. h. auch für den Reiseveranstalter geltendes) Auflösungsrecht aber nicht rechtfertigen[225].

In beiden Verträgen entspricht es der Interessenlage am besten, wenn die Auflösung ohne Grundangabe erfolgen kann. Ein solches Auflösungsrecht ist vergleichbar mit demjenigen beim Werkvertrag, dem der Architektenvertrag und der Reiseveranstaltungsvertrag bisweilen angenähert werden[226]. Im Gegensatz zu Art. 377 OR, der nur ein Auflösungsrecht des Bestellers vorsieht[227], muß das Auflösungsrecht beim Architektenvertrag aber als beidseitig verstanden werden. Die Interessen, die für eine sofortige Auflösung sprechen, sind beim Architekten- und beim Reiseveranstaltungsvertrag nicht schutzwürdiger als die entgegenstehenden Interessen, denn eine Vertragsauflösung bringt für die Beteiligten erhebliche Nachteile. Die der Vertragsauflösung entgegenstehenden Interessen erfordern beim Architekten- und Reiseveranstaltungsvertrag einen Aus-

[223] GAUTSCHI, Architektenvertrag, S. 23.
[224] BGE 110 II 382 ff., 109 II 466.
[225] Vgl. GIRSBERGER, S. 83 ff.
[226] Für den Architektenvertrag: Vgl. TERCIER, S. 9; für den Reiseveranstaltungsvertrag: GIRSBERGER, S. 79 ff.; vgl. auch STAUDER, S. 444.
[227] Für den Unternehmer besteht höchstens die Möglichkeit der Vertragsauflösung aus wichtigen Gründen, vgl. GAUCH, Werkvertrag, N 419.

gleich durch eine volle Entschädigung[228] und zwar in Form einer verschuldensunabhängigen Haftung. Der Schadenersatz kann reduziert werden bei Verschulden der Gegenpartei und dann, wenn die Vertragsauflösung infolge eines wichtigen, nicht vom Widerrufenden zu verantwortenden Grundes erfolgt, z. B. beim Reiseveranstaltungsvertrag infolge Krankheit des Kunden[229].

bb) Zwingender Charakter

Das wirtschaftliche Vertrauensverhältnis zwischen Bauherr und Architekt, aber auch das Interesse des Reisekunden, sich nicht weit zum voraus ohne Ausweg binden zu müssen, rechtfertigen es, die skizzierte Auflösungsmöglichkeit als zwingendes Recht zu betrachten[230]. Eine (unechte) Konventionalstrafe für den Fall der fristlosen Vertragsauflösung ist daher unzulässig.

Im Sinne einer Schadenspauschalierung wäre die Regel von Art. 1.14.3 der SIA-Norm 102 (Ausgabe 1984) hingegen nicht zu beanstanden. Diese Bestimmung sieht vor, daß der Architekt, dem der Auftrag ohne sein Verschulden zur Unzeit entzogen worden ist, ein Honorar von 10 % des entzogenen Auftragsteils verlangen kann. Dieser Prozentsatz ist mit der Größenordnung des zulässigen Schadenersatzes vereinbar[231]. Unzulässig war jedoch die in Art. 8.1 der SIA-Norm 102 (Ausgabe 1969) enthaltene Bestimmung, wonach der Bauherr im Falle des Rücktritts vom Vertrag dem Architekten einen Zuschlag von 15 % des bereits verdienten Honorars zu bezahlen hatte. Ein solcher Prozentsatz stand in keinem Verhältnis zum mutmaßlichen Schaden.

Die Beträge, die der Kunde aufgrund der Reiseveranstalter-AGB bei fristloser Kündigung zu entrichten hat, wären ebenfalls daraufhin zu überprüfen, ob sie sich in der Größenordnung des zu erwartenden Schadens bewegen[232].

[228] Vgl. auch FRANK, Reiseveranstaltungsvertrag, S. 148, der den Rücktritt nach Antritt der Reise nach Art. 97 ff. OR behandelt.
[229] GIRSBERGER, S. 80; vgl. auch Art. 337 b Abs. 2 OR und SJZ 79/1983, S. 248.
[230] Im Gegensatz zur dispositiven Natur von Art. 377 OR.
[231] TERCIER, L'extinction prématurée du contrat, N 1276.
[232] Vgl. GIRSBERGER, S. 81 f.

d) Franchise-, Factoring-, Veranstaltungs-, Liegenschaftsverwaltungsvertrag

In den Vertragsbeziehungen betreffend die Liegenschaftsverwaltung, das Factoring und das Franchising besteht in der Regel aufgrund der längeren Dauer dieser Verträge ein erhöhtes Vertrauensverhältnis. Ähnliches gilt für einen länger dauernden Veranstaltungsvertrag. Dieses Vertrauensverhältnis spricht zwar für die Möglichkeit einer fristlosen Vertragsauflösung. Für die Parteien ist es aber auch von erheblichem wirtschaftlichem Interesse, eine solche Vertragsauflösung zu verhindern. Beide Parteien müssen sich nämlich auf diese Dienstleistungen einrichten, und ein neuer Vertragspartner kann meist nicht sofort gefunden werden. Eine unbegründete fristlose Kündigung, welche ganz ins Ermessen einer Partei gestellt ist, entspricht der geschilderten Interessenlage daher nicht[233]. Der Richter wird in seiner Regelbildung hier die fristlose Vertragsauflösung wie bei Dauerverträgen ganz allgemein von wichtigen Gründen abhängig machen. In Rechtsprechung und Lehre wird denn auch für den Franchisevertrag und den Factoringvertrag die Möglichkeit der Vertragsauflösung aus wichtigen Gründen genannt[234]. Auch das Bundesgericht hatte beim Liegenschaftsverwaltungsvertrag früher zu Recht die Möglichkeit einer Kündigung aus wichtigen Gründen angenommen[235]. Diese Rechtsprechung wurde allerdings nach der Wende zum numerus clausus und zur Subsidiarität des Auftragsrechts verlassen[236].

In analoger Anwendung von Art. 337b OR muß eine Vertragsauflösung aus wichtigen Gründen bei den hier genannten, gesetzlich nicht geregelten Dienstleistungsverträgen zu einem Ausgleich durch Schadenersatz führen. Ist der wichtige Grund einer Partei als Verschulden anzurechnen, so hat diese Partei der anderen den durch die Vertragsauflösung entstandenen Schaden zu ersetzen. In den andern Fällen soll der Richter in Würdigung aller Umstände nach Ermessen eine Regelung des Schadenersatzes treffen.

[233] Vgl. für den Factoringvertrag: REY, S. 179; SCHLUEP, S. 836; für den Franchisevertrag: BAUDENBACHER, Franchisevertrag, S. 215.

[234] Für den Franchisevertrag: BAUDENBACHER, Franchisevertrag, S. 216; SCHLUEP, S. 856; für den Factoringvertrag: SCHLUEP, S. 836; vgl. aber ZR 85/1986, S. 29f.

[235] BGE 83 II 530.

[236] BGE 106 II 159.

e) Abkürzen einer vertraglichen Kündigungsfrist?

Bei gewissen längerdauernden Dienstleistungsverträgen stellt sich bisweilen die Frage, ob eine lange Kündigungsfrist im Interesse der Handlungsfreiheit einer Partei abgekürzt werden könne. Dies trifft z. B. auf den Fernkursvertrag zu, bei dem der Schüler bei Vertragsabschluß noch nicht abschätzen kann, ob er dem Lehrgang überhaupt folgen können wird und ob der Vertrag für ihn auf längere Frist von Nutzen sein kann. Aus diesem Grund muß beim Fernkursvertrag eine Kündigungsmöglichkeit – und zwar als zwingendes Recht – angenommen werden (z. B. jeweils auf das Semesterende)[237]. Ähnliches gilt für die Kündigung des Factoringvertrags[238].

In Dienstleistungsverträgen, bei denen eine solche zwingende Kündigungsmöglichkeit nicht erforderlich erscheint, kann eine Partei unter Umständen geltend machen, die in den AGB enthaltene lange Kündigungsfrist sei für sie ungewöhnlich und müsse zudem objektiv als geschäftsfremd bezeichnet werden. Um zu entscheiden, ob die betreffende Kündigungsfrist geschäftsfremd sei, hat der Richter für den betreffenden gesetzlich nicht geregelten Dienstleistungsvertrag eine dispositive Kündigungsregel zu schaffen. Für den Franchisevertrag wird z. B. eine 6monatige[239] Kündigungsfrist als angemessen betrachtet. Weicht die vereinbarte Kündigungsfrist erheblich von dieser ab und ist auch die Voraussetzung der subjektiven Ungewöhnlichkeit erfüllt, kann der Richter eine solche Kündigungsfrist abkürzen.

B. Mangelhafte Erfüllung von gesetzlich nicht geregelten Dienstleistungsverträgen

1. Maßstab der richtigen Erfüllung

Der Maßstab der richtigen Erfüllung kann nicht bei allen Dienstleistungen derselbe sein. Teilweise sind Dienstleistungen einer objektiven Überprüfung kaum zugänglich. Hier bildet eine Sorgfaltshaftung wie beim Auftrag oder beim Arbeitsvertrag die angemessene Lösung. Andere Dienstleistungen (z. B. die Aufstellung eines Kostenvoranschlags) können hingegen

[237] BÜHLER, S. 230 ff.; vgl. auch BURKHARDT, S. 40.

[238] ZR 85/1986, S. 29; es erscheint allerdings fraglich, ob die 60tägige Kündigungsfrist als zwingend zu betrachten sei.

[239] BAUDENBACHER, Franchisevertrag, S. 215; SCHLUEP, S. 856.

durchaus in objektiver Weise beurteilt werden. Hier kann eine Mängelhaftung gleich wie beim Werkvertrag Platz greifen. Der Richter hat bei gesetzlich nicht geregelten Dienstleistungsverträgen das der entsprechenden Dienstleistung angepaßte Haftungsmaß anzuwenden.

2. Notwendigkeit einer Mängelrüge?

Wenn die Haftung für nicht richtige Erfüllung eines gesetzlich nicht geregelten Dienstleistungsvertrags zum Teil nach einem subjektiven Maßstab (d. h. in analoger Anwendung des Auftragsrechts) und zum Teil nach einem objektiven Maßstab (d. h. in analoger Anwendung des Werkvertragsrechts) erfolgt, stellt sich die Frage, ob im eher werkvertraglichen Bereich eine Mängelrüge Voraussetzung für eine Haftung bilde[240]. Dies ist zu verneinen, denn auch wenn die Haftung nach verschiedenen Maßstäben beurteilt wird, ist nicht gesagt, daß die Anzeige einer nicht richtigen Erfüllung ebenfalls nach verschiedenen Regeln erfolgen muß. Eine Spaltung der Rechtsfolgen in dem Sinn, daß bei eher werkvertraglichen Elementen die Mängelrüge verlangt wird, hingegen nicht bei reinen Arbeitsleistungen, ist unpraktikabel. Es ist z. B. einem Bauherrn nicht zuzumuten, bei einer Schlechterfüllung durch den Architekten jedesmal abzuschätzen, ob die Mängelhaftung in analoger Anwendung des Werkvertragsrechts oder des Auftragsrechts erfolgt. Das gleiche gilt auch für den Patienten des Zahnarzts sowie für den Kunden des Reiseveranstalters.

Zweck der Mängelrüge ist es, dem Unternehmer möglichst rasch nach der Ablieferung Gewißheit darüber zu geben, ob das Werk genehmigt oder beanstandet wird[241]. Wer über eine mangelhafte Erfüllung Bescheid weiß, kann diese unter Umständen verbessern und so die Haftung reduzieren. Dies ist dann wesentlich, wenn eine spätere Verbesserung nicht mehr möglich ist. Bei den verschiedenen gesetzlich nicht geregelten Dienstleistungsverträgen hat der Richter je nach der Interessenlage die Haftung für eine nicht richtige Erfüllung von einer raschen Anzeige abhängig zu machen oder aber auf das Erfordernis einer solchen Anzeige zu verzichten. Zu berücksichtigen ist auch, daß bei Dienstleistungen vielfach nicht von einer eigentlichen Ablieferung gesprochen werden kann und darum

[240] ABRAVANEL, Contrat d'architecte, N 119.
[241] GAUCH, Werkvertrag, N 1514.

nicht immer klar ist, bis wann die Leistung geprüft und allfällige Mängel gerügt werden müssen.

Für den Architekten und den Zahnarzt ist es im allgemeinen nicht von Bedeutung, daß eine unrichtige Vertragserfüllung wie beim Werkvertrag innert kürzester Frist angezeigt wird[242]. Wer Fehler erst spät anzeigt, trägt aber unter Umständen zu einer Vergrößerung des Schadens bei und kann dafür verantwortlich gemacht werden. Für den Reiseveranstalter hingegen besteht ein wesentliches Interesse an einer sofortigen Anzeige von Mängeln, da eine Verbesserung vielfach nur während kurzer Zeit erfolgen kann. Aus diesem Grund ist es gerechtfertigt, vom Reisekunden eine sofortige Anzeige von Mängeln zu verlangen und Genehmigung anzunehmen, wenn eine solche unterbleibt[243].

3. Nachbesserung und Honorarminderung

Je nachdem, ob eine objektiv bewertbare Dienstleistung vorliegt oder eine solche, welche nur auf Sorgfaltspflichtverletzungen hin überprüft werden kann, gestaltet sich auch der Ausgleich für die nicht richtige Erfüllung verschieden. Der Richter hat seine Haftungsregelung der konkreten Art der Dienstleistung anzupassen. Für objektiv bewertbare Dienstleistungen ist eine Haftung in Form von Nachbesserung und Preisminderung unter Umständen angemessen, während bei subjektiven Sorgfaltshaftungen in analoger Anwendung des Auftragsrechts nur der Verlust des Honorars und Schadenersatz in Frage kommen.

4. Baukostenüberschreitung

Die pflichtwidrige Vertragsausführung des Architekten kann darin liegen, daß er eine Baukostenüberschreitung verursacht. Eine solche entsteht vielfach, wenn er den Kostenvoranschlag nicht richtig erstellt, eigenmächtige Projektänderungen vornimmt oder bei nachträglichen Abänderungswünschen des Bauherrn nicht abmahnt[244]. Bei Aufstellung eines Kostenvor-

[242] Vgl. BGE 110 II 375: Die Vorinstanz hatte hier angenommen, der Patient hätte eine Zahnbehandlung (Einsetzen von Kronen) genehmigt, weil er keine Mängelrüge erhoben hatte. Das Bundesgericht hielt die Mängelrüge für entbehrlich, weil es im Gegensatz zur früheren Praxis die Zahnbehandlung, auch wenn sie Werke umfaßt, ganz dem Auftragsrecht unterstellte.

[243] FRANK, Reiseveranstaltungsvertrag, S. 160.

[244] GAUCH, BR 1986, S. 62; vgl. auch SCHUMACHER, N 609 ff.

anschlags verfügt der Architekt allerdings über einen gewissen Spielraum von ungefähr 10 %, innerhalb welchem der Bauherr im allgemeinen eine Kostenüberschreitung tolerieren muß[245]. Wenn diese 10 %-Grenze überschritten wird, ist der Architekt bei Verschulden schadenersatzpflichtig. Problematisch ist für den Bauherrn die Ermittlung des Schadens. Dieser kann nicht mit den Mehrkosten gleichgesetzt werden, denn der Bauherr hat sich den Mehrwert, den seine Baute durch den unbeabsichtigten Mehraufwand erfahren hat, anrechnen zu lassen[246]. Als Mehrwert gelten allerdings nur vermögenswerte Vorteile und nicht reine Affektionswerte. Diese Rechtslage ist für den Bauherrn vielfach unbefriedigend, weil er einen nicht gewünschten Mehrwert akzeptieren muß und infolgedessen das Baubudget nicht einhalten kann. Er wird gezwungen, Kapitalwerte wirtschaftlich unfruchtbar zu immobilisieren[247], und gerät unter Umständen in wirtschaftliche Schwierigkeiten.

Wenn auf den Architektenvertrag Auftragsrecht oder Werkvertragsrecht angewandt wird, kann eine Schadenersatzforderung nur dann Erfolg haben, wenn ein vertragswidriges Verhalten in schuldhafter Weise zu einem Schaden geführt hat. Wird der Architektenvertrag aber als gesetzlich nicht geregelter Vertrag behandelt, hat der Richter die Möglichkeit, nach Art. 1 ZGB die angemessene Regelung selber zu schaffen. Während im Rahmen eines Auftrags dem Kostenvoranschlag nur dann die Bedeutung einer Kostengarantie zukommt, wenn die Parteien diesbezüglich eine klare, zusätzliche Vereinbarung getroffen haben[248], könnte im Rahmen einer richterlichen Regel dem Kostenvoranschlag in einem weiteren Umfang diese Bedeutung gegeben werden. Insbesondere für überblickbare Bauvorhaben würde sich eine solche Regel rechtfertigen, wobei dem Architekten auch hier eine gewisse Toleranz zugebilligt werden müßte. Wird der Kostenvoranschlag in diesem Sinn als Kostengarantie verstanden, hat der Bauherr unabhängig von einer allfälligen Wertsteigerung Anrecht auf den Ersatz der Kosten, welche die garantierte Bausumme sowie eine angemessene Toleranz übersteigen.

[245] SJZ 82/1986, S. 179, mit weiteren Hinweisen auf die Rechtsprechung; GAUCH, BR 1986, S. 62; SCHUMACHER, N 635 ff.; TERCIER, BR 1984, S. 14 (kritisch gegenüber einer starren 10 %-Grenze).

[246] SJZ 82/1986, S. 180; GAUCH, BR 1986, S. 62; vgl. SCHUMACHER, N 661 ff.

[247] SJZ 82/1986, S. 180, SJZ 60/1964, S. 72; BGE 28 II 545.

[248] SCHUMACHER, N 695 ff.; KREIS, S. 117 ff.

Eine solche richterliche Regelung müßte, da weder die öffentliche Ordnung noch die Sittlichkeit betroffen ist, als dispositives Recht betrachtet werden. Dieses kann somit vertraglich wegbedungen werden. Im Rahmen von Allgemeinen Geschäftsbedingungen darf von einer solchen Regel aber nicht in irreführender Weise erheblich abgewichen werden.

VI. Richterrecht und Gesetzgebung bei neuen Dienstleistungsverträgen

A. Nebeneinander von Richterrecht und gesetzlichen Vertragstypen nach der Konzeption des Obligationenrechts

1. Offener Katalog von Vertragstypen

Die meisten der im Obligationenrecht aufgenommenen Vertragstypen haben sich im Laufe einer (zum Teil auf das römische Recht zurückgehenden) Entwicklung im Geschäfts- und Wirtschaftsleben herausgebildet. Vielfach leisteten Richterrecht und Rechtslehre dazu ihren Beitrag. Zur Zeit der Kodifikation oder bei späteren Revisionen nahm der Gesetzgeber jeweils die nach seiner Beurteilung häufigsten und regelungsbedürftigsten Verträge ins Gesetz auf. Der Entscheid, ob ein Vertragstyp Aufnahme in das Gesetz finden soll, ist abhängig von den historisch-wirtschaftlichen Gegebenheiten. Der Katalog der gesetzlichen Vertragstypen kann somit kein geschlossener sein[249]. Art. 19 OR hält denn auch fest, daß (in den Schranken der Rechtsordnung) jeder beliebige Vertrag auch außerhalb der Vertragstypen abgeschlossen werden kann.

2. Richterrecht als Konsequenz der Vertragstypenfreiheit

Im wesentlichen beschränkt sich die Aufgabe des Richters bei gesetzlich nicht geregelten Verträgen darauf, diese auszulegen und allenfalls zu ergänzen. Im Rahmen der Vertragsergänzung hat er, sofern erforderlich, dispositive Regeln selber zu schaffen. Dazu hat er auch im Rahmen der AGB-Kontrolle Gelegenheit, wenn er zu entscheiden hat, welche Regel der Natur eines bestimmten Vertrags entspricht. Unter bestimmten Umstän-

[249] VISCHER, Einleitung zu Bd. VII des Schweizerischen Privatrechts, S. XI; ENGEL, Traité, S. 128; MEIER-HAYOZ, SJK 1134, S. 5; SCHLUEP, S. 798; BUCHER, Hundert Jahre OR, S. 318; KRAMER, Innominatverträge, S. 24 und N 29.

den hat der Richter auch für gesetzlich nicht geregelte Verträge zwingendes Recht zu schaffen.

Das Richterrecht erweist sich somit als eine notwendige Konsequenz der Anerkennung von gesetzlich nicht geregelten Verträgen. Die ausdrückliche Anweisung für die richterliche Regelbildung findet sich in Art. 1 Abs. 2 und 3 ZGB. Das Richterrecht ist für das schweizerische Vertragsrecht durchaus vorgesehen und stellt nicht etwa eine systemfremde Anleihe bei der anglo-amerikanischen Common law-Tradition dar, obschon in dieser Hinsicht gerade von dort nützliche Anregungen ausgehen könnten.

3. Bindung an das Richterrecht

Die unteren Gerichte sind zwar grundsätzlich nicht an die Entscheide der oberen Gerichte und insbesondere des Bundesgerichts gebunden. Sie sind denn auch frei, abweichend von der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu urteilen, und sie können auf diesem Weg unter Umständen erreichen, daß eine Frage vom Bundesgericht erneut geprüft wird. Abgesehen von diesen Fällen berufen sich die Gerichte aber im allgemeinen – insbesondere aus Gründen der Rechtssicherheit – in den meisten Fällen auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung. Dabei ist auch von Bedeutung, daß bei Abweichen von dieser Rechtsprechung mit der Aufhebung eines Entscheides gerechnet werden muß. Insofern besteht praktisch eine Bindung an bundesgerichtliches Richterrecht[250]. Es ist denn auch die Aufgabe des Bundesgerichts, für eine einheitliche Rechtsanwendung zu sorgen. Entscheidet der Richter im Bereiche von gesetzlich nicht geregelten Verträgen nach einer eigenen Regel, dann soll diese auch für andere gleiche oder ähnliche Fälle gelten. Dadurch werden Einzelentscheide mit der Zeit zu einem Regelungsgefüge, das über den Einzelfall hinauswirkt.

4. Beeinträchtigung der Rechtssicherheit?

Vor gesetzlich nicht geregelten Verträgen und dem damit notwendigen Richterrecht wurde gewarnt, weil dadurch die Rechtssicherheit leide und die Verhältnisse unklar würden[251].

[250] MEIER-HAYOZ, N 474ff. zu Art. 1 ZGB; vgl. BUCHER, Hundert Jahre OR, S. 311ff.

[251] GAUTSCHI, Architektenvertrag, S. 23; PERRIN, S. 21.

Es ist zwar nicht zu bestreiten, daß gesetzlich nicht geregelte Verträge vielfach schwieriger zu beurteilen sind als gesetzliche Vertragstypen[252]. Auch ist es aufwendig, sich im Bereiche des Richterrechts über die Rechtslage Klarheit zu verschaffen. Diese Schwierigkeiten sind aber die unausweichliche Folge der Vertragstypenfreiheit.

Es ist im übrigen auch nicht immer einfach, Verträge, die als gesetzlich nicht geregelte zu behandeln wären, unter einen gesetzlichen Vertragstyp, insbesondere unter den Auftrag zu subsumieren[253]. Es entsteht bei diesem Vorgehen höchstens eine «Pseudo-Sicherheit»[254], daß ein gesetzlicher, wohlbekannter Vertragstyp Anwendung finde. Gerade beim Architektenvertrag ist oben[255] gezeigt worden, daß die Rechtssicherheit bei der gezwungenen Unterstellung unter einen gesetzlichen Vertragstyp leidet. Zu Unsicherheiten führt aber auch eine überdehnte Anwendung des Werkvertragsrechts[256]. Durch diese Rechtsprechung verlieren die gesetzlichen Vertragstypen die Konturen, welche für die Rechtssicherheit von wesentlicher Bedeutung sind. Offenbar wird bisweilen einer mit Unsicherheiten verbundenen gerichtlichen Beurteilung von Dienstleistungsverträgen dadurch ausgewichen, daß die Parteien die Streitentscheidung einem fachkundigen Schiedsgericht übertragen[257].

B. Beitrag des Richterrechts zur Bewältigung einer dynamischen Vertragspraxis

1. Entlastung des Gesetzgebungsprozesses durch Richterrecht

Der Gesetzgebungsprozeß ist verhältnismäßig aufwendig. Die Vorbereitung einer Gesetzesvorlage durch die Verwaltung oder eine Expertenkommission, die Vernehmlassung, die Ausarbeitung der bundesrätlichen Botschaft sowie die parlamentarische Behandlung nehmen oft Jahre oder Jahrzehnte in Anspruch[258].

[252] BUCHER, Hundert Jahre OR, S. 322.

[253] SCHAUB, S. 95; vgl. auch ISLER, S. 125f., der auf die Rechtsunsicherheit hinweist, die bei der Einengung des Widerrufsrechts von Art. 404 OR entstanden ist.

[254] BUCHER, Hundert Jahre OR, S. 322.

[255] Vgl. oben III, C, 2, a; vgl. auch KOLLER-TUMLER, S. 54.

[256] Vgl. oben III, C, 2, b.

[257] Vgl. SCHAUB, S. 95f. und N 130.

[258] Bei der Revision des Arbeitsvertrages lag im Jahre 1957 ein Vorentwurf des BIGA vor, und im gleichen Jahr wurde eine Expertenkommission einge-

Der Gesetzgeber ist schon aus diesem Grund nicht in der Lage, alle denkbaren Vertragstypen gesetzlich zu regeln. Dies wäre aber auch nicht sinnvoll, weil dadurch eine starre, unübersichtliche und kasuistische Gesetzgebung entstünde.

Der Richter ist daher dazu aufgerufen, dort Recht zu schaffen, wo der Gesetzgeber keine Regelung getroffen hat. Auf diese Weise erfährt der Gesetzgebungsprozeß eine notwendige Entlastung[259]. Befriedigt eine Gerichtspraxis, kann der Gesetzgeber davon absehen, selber zu legiferieren. Entspricht das Richterrecht den Vorstellungen des Gesetzgebers aber nicht, ist er frei, dieses durch eine gesetzliche Regelung zu ändern. Vielfach wird er auch, wie beim Agenturvertrag, im Richterrecht eine Grundlage für die gesetzliche Regelung finden[260].

Da mit zunehmendem zeitlichem Abstand zur Kodifikation das Bedürfnis nach gesetzlich nicht geregelten Verträgen gerade im Bereiche der Dienstleistungen eher stärker wird, ist der Richter vermehrt zu eigener Regelbildung aufgerufen. Ohne solche entsteht (in Anbetracht der beschränkten gesetzgeberischen Möglichkeiten) ein Defizit an Normen.

2. Bewußtes Schaffen von Richterrecht

Indem gesetzliche Vertragstypen überdehnt werden, gerät die Rechtsprechung – ohne daß man sich dessen bewußt ist – in die Richtung von sui generis-Verträgen. Mit der Dehnung des Auftragsrechts beim Architektenvertrag gibt die Rechtsprechung z. B. vor, gesetzliches Vertragstypenrecht anzuwenden, währenddem sie im Grunde faktisch richterliches Recht schafft[261]. Dadurch wird die Unterscheidung von gesetzlichen Vertragstypen und richterlicher Regelbildung in unzulässiger Weise verwischt. Es ist wünschbar, daß Richterrecht bewußt gebildet wird. Der Richter soll darlegen, aus welchen Gründen er eine bestimmte Regel für gerechtfertigt hält. Ein solches Vorgehen ist sinnvoller als die Begründung einer überdehnten

setzt; 1963 war ein vollständiger Entwurf fertiggestellt; 1967 wurde die Botschaft des Bundesrates veröffentlicht; das revidierte Arbeitsvertragsrecht wurde schließlich 1972 in Kraft gesetzt; vgl. STAEHELIN, N 7 der Vorbemerkung zu Art. 319–372 OR.

[259] KRAMER, Innominatverträge, S. 25.

[260] MEIER-HAYOZ, SJK 1134, S. 9.

[261] Nach TERCIER, Encore la nature juridique..., S. 9, ist der Architektenvertrag ein so atypischer Auftrag, daß letztlich Werkvertragsrecht darauf angewendet worden sei.

Anwendung eines gesetzlichen Vertragstyps. Es wäre z. B. nützlicher, zu erörtern, warum der Architekt bei fristloser Auflösung des Vertrags durch den Bauherrn zu entschädigen ist, als zu versuchen, eine Konventionalstrafe mit dem Auftragsrecht in Einklang zu bringen.

Ein offenes Deklarieren von Richterrecht schafft auch gegenüber dem Gesetzgeber klare Verhältnisse. Während dieser eine unbefriedigende richterliche Gesetzesauslegung nur zurückhaltend mit einer neuen Regel ändern wird, ist eine solche Zurückhaltung nicht am Platz, wenn unbefriedigendes Richterrecht durch eine gesetzliche Regel abgelöst werden soll.

3. Angemessene Ausstattung der Gerichte als Voraussetzung für die Rechtsfortbildung

Die richterliche Regelbildung ist eine anspruchsvolle Aufgabe. Der Richter hat sich dabei Rechenschaft über die Rechtstatsachen zu geben, denn der typische Parteiwille, der aus einer dispositiven Regel ersichtlich sein soll, kann nur in Kenntnis der üblichen Interessenlage formuliert werden. Im weiteren wird der Richter die Präjudizien zu sichten und zu analysieren haben, die im Zusammenhang mit der zu regelnden Frage stehen. Er wird nach ähnlichen Interessenlagen suchen, die der Gesetzgeber, allenfalls auch der ausländische, bereits in einer Regelung berücksichtigt hat. Eine in Aussicht genommene richterliche Regel muß sich ferner in die gesetzlichen Regelungen harmonisch einfügen lassen und ist in ihren Auswirkungen gründlich zu überdenken.

Für diese Aufgabe muß der Richter über die notwendige Zeit und eine genügende Unterstützung durch Mitarbeiter verfügen[262]. Obschon heute die richterliche Rechtsfortbildung von zunehmender Bedeutung ist, sind die Gerichte infolge Zeitdrucks und mangels Mitarbeiter weniger denn je in der Lage, verantwortungsvoll Richterrecht zu schaffen. Es sei hier nur an die bundesgerichtliche Rechtsprechung zum Architektenvertrag erinnert, der in den letzten Jahren Geradlinigkeit und Kohärenz gefehlt haben. Der Gesetzgeber sollte sich daher vermehrt Rechenschaft darüber geben, daß er sich mit einer

[262] LEUENBERGER, S. 103 ff.; vgl. im weiteren ENGEL, Cent ans de contrat, S. 32, und ZÄCH, Privatrecht in veränderter Umwelt, S. 39, welche die richterliche Rechtsfortbildung skeptisch beurteilen, da den Gerichten die nötige Zeit fehle.

angemessenen Ausstattung der Gerichte die notwendige Entlastung in der gesetzgeberischen Arbeit verschafft.

C. Notwendiges Handeln des Gesetzgebers

1. Grenzen des Richterrechts – notwendige gesetzliche Regelung

Der Richter hat bei seiner Regelbildung nach Art. 1 ZGB zu verfahren wie der Gesetzgeber. Dadurch sollen aber die Gewichte im System der Gewaltenteilung nicht verschoben werden. Der Richter hat nämlich nur die für den zu entscheidenden Fall notwendige Regel zu schaffen. Er muß dabei zwar ein gewisses Konzept vor Augen haben; doch hat er schrittweise vorzugehen. Aus Gründen der Rechtssicherheit kann aber unter Umständen nicht gewartet werden, bis sich durch eine Reihe von «Test»-Fällen eine gefestigte Rechtsprechung gebildet hat. Richterrecht muß versagen, wenn die Gerichte (z. B. infolge des geringen Streitwerts) nur selten angerufen werden. In dieser Beziehung sind die Möglichkeiten des Richterrechts begrenzt und gesetzliche Regelungen gerechtfertigt.

Eine weitere Grenze des Richterrechts liegt darin, daß der Richter nicht nur an die allgemeinen Bestimmungen des Obligationenrechts gebunden ist; er hat auch die Wertungen des Gesetzgebers zu beachten, die im Vertragstypenrecht ersichtlich sind. Der Richter soll daher nur Regeln bilden, die sich in diese Wertungen harmonisch einfügen lassen. Bedeutende Weichenstellungen soll er nicht selber vornehmen[263]. Sind solche in einem Bereich notwendig, ist es am Gesetzgeber, die entsprechenden Regeln zu schaffen.

2. Neue Vertragstypen?

Die gesetzlichen Vertragstypen, die im Laufe der geschichtlichen Entwicklung aufgrund einer bestimmten gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Lage ins Gesetz aufgenommen wurden, sind zwar von Zeit zu Zeit dahin zu überprüfen, ob sie noch die hauptsächlichsten Bedürfnisse abdecken[264]. Der Gesetzgeber sollte aber im Hinblick auf die Belastung des Gesetzgebungsprozesses nur dann neue Vertragstypen gesetzlich

[263] MEIER-HAYOZ, N 344ff. zu Art. 1 ZGB; BÜHLER, S. 165ff.
[264] KRAMER, Innominatverträge, S. 37.

regeln, wenn diese aufgrund der allgemeinen Bestimmungen des Obligationenrechts und mit richterlicher Rechtsfortbildung nicht befriedigend bewältigt werden können. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn neue, im gesetzlichen Vertragstypenrecht noch nicht enthaltene Wertungen vorzunehmen sind.

Gerade im Bereiche der Dienstleistungsverträge ist zu beachten, daß sich die allenfalls gesetzlich zu regelnden Dienstleistungen in rascher Entwicklung befinden. Eine in Einzelheiten gehende Regelung läuft daher Gefahr, in zehn oder zwanzig Jahren veraltet zu sein. Gleichzeitig werden dann die Gerichte bereits neue Formen von Dienstleistungen zu beurteilen haben.

Die gesetzliche Regelung eines bestimmten Vertragstyps hängt wesentlich auch von politischen Überlegungen ab. Offenbar bestand im Jahre 1949 die Überzeugung, die von den interessierten Kreisen geforderte Regelung des Agenturvertrags sei notwendig[265]. Eine solche wäre aber gerade hier entbehrlich gewesen, da eine gefestigte Rechtsprechung bestanden hatte[266] und vom Gesetzgeber keine wesentlichen neuen Wertungen vorgenommen werden mußten. Eine gesetzliche Regelung wäre demgegenüber eher für den Reiseveranstaltungsvertrag zu erwägen, weil es sich um einen Vertrag mit sehr großer Verbreitung handelt[267]. Allerdings hat sich hier eine gewisse Rechtsprechung bereits gebildet und es stellen sich kaum wesentliche neue Wertungsprobleme. Aus diesen Gründen ist eine gesetzliche Regelung nicht vordringlich[268].

3. Zwingendes Vertragstypenrecht zur Ausschaltung von AGB?

Wenn der Gesetzgeber neues Vertragstypenrecht schafft, besteht die Tendenz, dieses Recht als zwingendes Recht zu erlassen[269]. Dies hat seinen Grund unter anderem darin, daß gerade die neu entstandenen Innominatverträge vielfach bis in die Einzelheiten in AGB ausformuliert werden. Der Gesetzgeber ist darum offenbar der Meinung, es bedürfe des zwingenden Rechts, um eine bestimmte gesetzliche Regelung durchzuset-

[265] ENGEL, Traité, S. 128.
[266] MEIER-HAYOZ, SJK 1134, S. 9.
[267] Vgl. STAUDER, S. 447 ff.
[268] GIRSBERGER, S. 102 ff., und FRANK, Reiseveranstaltungsvertrag, S. 161 f.
[269] Beim Vorschlag von TERCIER zur gesetzlichen Regelung des Reiseveranstaltungsvertrags, abgedruckt bei GIRSBERGER, S. 102 ff., handelt es sich wohl zum größten Teil um zwingende Bestimmungen.

zen. Dies ist aber nur dann notwendig, wenn jede abweichende Parteivereinbarung ausgeschlossen werden soll. Vielfach bedarf es aber nicht einer derart einschneidenden Regelung. Dann könnte auch der Erlaß von dispositivem Recht durchaus sinnvoll sein. Dieses ist nämlich, wie oben gezeigt worden ist[270], auch in Konkurrenz zu AGB nicht bedeutungslos, weil daraus ersichtlich ist, was vom Gesetzgeber als gerechter Ausgleich von Rechten und Pflichten betrachtet wird[271].

4. Allgemeine Regeln statt neuer gesetzlicher Vertragstypen

M. E. ist es sinnvoller, statt neuer, kasuistischer Vertragstypen allgemeine Bestimmungen zu schaffen[272]. Solche Regeln würden dem Richter nicht nur bei der Beurteilung einzelner Vertragstypen, sondern bei einer großen Zahl gesetzlich nicht geregelter Verträge dienen. Im Hinblick auf die Dienstleistungsverträge ist es z. B. wünschbar, die Frage der fristlosen Auflösung und des dafür allenfalls geschuldeten Schadenersatzes in allgemeinen Bestimmungen zu regeln. Es wären dabei etwa im Sinne der oben skizzierten Auflösungsregeln[273], das Vertrauensverhältnis, die Handlungsfreiheit und die wirtschaftlichen Interessen an der Fortführung des Vertrags bzw. an einem Schadenersatz bei dessen Auflösung in Einklang zu bringen[274]. Gesetzliche Regeln wären gerade in diesem Bereich nützlich, ergeben sich doch bei der fristlosen Vertragsauflösung, werde sie nun in einer strengen oder überdehnten Auslegung von Art. 404 OR oder nach Werkvertragsrecht vorgenommen, immer wieder erhebliche Schwierigkeiten.

[270] Vgl. oben IV, B, 3.

[271] Vgl. KRAMER, Innominatverträge, S. 38, der neben der gesetzlichen Regelung von neuen Vertragstypen ebenfalls eine verstärkte AGB-Kontrolle postuliert.

[272] Vgl. auch HUBER, S. 3.

[273] Vgl. oben V, A.

[274] Vgl. GAUCH, Dauerverträge, S. 188 ff. und 199, der eine gesetzliche Regelung für die fristlose Auflösung von sämtlichen (im OR geregelten) Dauerverträgen fordert.

VII. Zusammenfassung

Im Bereiche der Dienstleistungen gibt es die unterschiedlichsten Vertragsverhältnisse, die vom Modell der gesetzlichen Vertragstypen wie Auftrag, Werkvertrag und Arbeitsvertrag nur teilweise abgedeckt werden. Mit seiner Rechtsprechung zum numerus clausus unterstellt das Bundesgericht nun aber alle diejenigen Vertragsverhältnisse dem Auftragsrecht, welche nicht unter einen andern gesetzlichen Vertragstyp fallen. Damit wird der Anwendungsbereich des Auftrags erheblich ausgeweitet und dessen ursprüngliches Modell verlassen. Daß auf diesen erweiterten Anwendungsbereich die Regeln des ursprünglichen Auftragsmodells (insbesondere das jederzeitige Widerrufsrecht nach Art. 404 OR) nicht immer passen, ist nicht verwunderlich. So sind bei gewissen Verträgen durch eine strenge Anwendung des entschädigungslosen Widerrufsrechts unsachgemäße Ergebnisse entstanden. Zur Umgehung solcher Ergebnisse ist beim Architektenvertrag das Auftragsrecht überdehnt worden. Auch wird in gewissen Bereichen dem Auftrag dadurch ausgewichen, daß Werkvertragsrecht angewandt wird.

Es kann aber nicht der Sinn des Gesetzes sein, im Bereiche der Dienstleistungsverträge einen numerus clausus und eine subsidiäre Anwendung des Auftragsrechts einzuführen. Der ursprüngliche gesetzgeberische Wille spricht ebenfalls nicht für eine solche Rechtsprechung. Aufgrund der Vertragsfreiheit steht es den Parteien vielmehr frei, auch im Bereiche der Dienstleistungen jeden beliebigen (mit der Rechtsordnung zu vereinbarenden) Vertrag abzuschließen. Die Parteien haben das Recht, daß solche Abmachungen respektiert und nicht in einen gesetzlichen Vertragstyp gepreßt werden. Die gesetzlichen Vertragstypen und die gesetzlich nicht geregelten Verträge stehen nach der Konzeption des Obligationenrechts nebeneinander.

Da für die Ergänzung gesetzlich nicht geregelter Verträge kein dispositives Recht zur Verfügung steht, ist der Richter zur

eigenen Regelbildung aufgerufen. Bei verkehrstypischen Innominatverträgen hat er nach Art. 1 ZGB diejenige Regel zu schaffen, die er als Gesetzgeber aufstellen würde. Eine solche Regel dient ihm auch als Vergleichsmaßstab, wenn zu entscheiden ist, ob eine AGB-Bestimmung von der «Natur» eines Vertrags erheblich abweicht. Diese richterliche Regelbildung ist eine Konsequenz der Anerkennung von gesetzlich nicht geregelten Verträgen.

Der Gesetzgeber könnte gar nicht alle verkehrstypischen Innominatverträge gesetzlich regeln. Das Richterrecht kann dem Gesetzgebungsprozeß daher die nötige Entlastung bringen. Allerdings sind dem Richter bei seiner Regelbildung Grenzen gesetzt, da er nur im Einzelfall und schrittweise Regeln bilden kann und sich im weiteren an die gesetzgeberischen Wertungen halten soll. Sind eigentliche neue Weichenstellungen vorzunehmen, hat der Gesetzgeber zu handeln. Neue gesetzliche Vertragstypen sollten aber nur dann normiert werden, wenn sie mit Richterrecht nicht bewältigt werden können. Allfällige neue Vertragstypen brauchen im weiteren nicht vorwiegend aus zwingenden Bestimmungen zu bestehen, da auch dispositives Recht durchaus von Bedeutung ist, insbesondere bei der Beurteilung von AGB-Bestimmungen. Schließlich wäre es vorzuziehen, anstelle von kasuistischen Vertragstypen gewisse allgemeine Regeln zu schaffen, die der Beurteilung einer Vielzahl, im besonderen Vertragsrecht nicht geregelter Verträge dienen könnten.