

## **Regierungsrat**

Rathaus / Barfüssergasse 24  
4509 Solothurn  
www.so.ch

Bundesamt für Justiz  
Direktionsbereich Zivilrecht  
Bundesrain 20  
3003 Bern

312.16.009

13. Dezember 2016

### **Vernehmlassung zur Änderung des Obligationenrechts (Auftragsrecht)**

Sehr geehrte Frau Bundesrätin  
Sehr geehrte Damen und Herren

Wir nehmen Bezug auf Ihr Schreiben vom 16. September 2016 in oben genannter Angelegenheit, danken Ihnen für die Gelegenheit zur Stellungnahme und äussern uns dazu gerne wie folgt:

#### **A. Grundsätzliches**

Wir lehnen die Einführung eines neuen Art. 404a OR ab. Unseres Erachtens sollte der zwingende Charakter von Art. 404 OR beibehalten werden. Dem erläuternden Bericht ist insoweit zuzustimmen, dass nicht zwischen typischen und atypischen Verträgen unterschieden werden sollte. Eine solche Unterscheidung würde zu Rechtsunsicherheiten führen.

Ein Auftragsverhältnis zeichnet sich durch die inhaltliche Offenheit aus. Zum Zeitpunkt, in dem ein Vertrag geschlossen wird, lässt sich der genaue Inhalt eines Auftrages typischerweise gerade nicht vollständig bestimmen. Der Auftrag erfährt während der Vertragserfüllung oftmals Veränderungen und Anpassungen. Hierzu gehört namentlich auch die jederzeitige Möglichkeit des Auftraggebers, durch Weisungen Präzisierungen anzubringen (Art. 397 OR). Beim Auftrag handelt es sich um einen unvollständigen Vertrag, weil grosse Teile der relevanten Leistungen ex ante oftmals nicht vollständig definiert werden können (vgl. Buff Felix /von der Crone Hans Caspar, Zwingende Natur von Art. 404 OR – Bundesgerichtsurteil 4A\_284/2013 vom 13. Februar 2014, in: SWZ 2014, S. 332 ff., 337). Demgemäss kommt beim Auftrag eine Sorgfalts- und keine Erfolgshaftung zum Tragen. Gewiss gibt es, wie im erläuternden Bericht ausgeführt, Dienstleistungsverträge, bei denen die Leistungen der Parteien in umfangreichen Katalogen relativ genau im Voraus umschrieben sind oder sich aus der Natur des Geschäfts ergeben. Die konkrete Leistung, die der Beauftragte zu erbringen hat mit all ihren Eventualitäten, lässt sich jedoch im Voraus kaum verbindlich regeln (vgl. Buff Felix /von der Crone Hans Caspar, a.a.O., S. 338). Diese Unbestimmtheit eines Auftrags ist es, welche unter anderem den zwingenden Charakter von Art. 404 OR rechtfertigt.

Vor diesem Hintergrund sind wir der Ansicht, dass die vom Bundesgericht vertretene Meinung, wonach das Vertrauensverhältnis zur zwingenden Natur von Artikel 404 OR führt, gerechtfertigt ist. Zuzustimmen ist dem höchsten Gericht vor allem darin, dass es bei Verlust des Vertrauens bzw. bei einem zerstörtem Vertrauensverhältnis keinen Sinn macht, den Vertrag noch aufrecht-erhalten zu wollen. Das aufgeführte Beispiel im erläuternden Bericht, wonach das Vertrauen einer plötzlichen Auftragsbeendigung beispielsweise während der Operation oder mitten auf der Bergtour entgegensteht, ist im Grundsatz richtig. Es ist aber entgegenzuhalten, dass diesem Umstand mit Art. 404 Abs. 2 OR (Beendigung zur Unzeit) genügend Rechnung getragen wird. Der zwingende Charakter von Art. 404 OR ist umso mehr gerechtfertigt, als die Unbestimmtheit der geschuldeten Leistung ein Vertrauensverhältnis zwischen Auftraggeber und Beauftragtem bedingt. Umgekehrt bedingt das Vertrauensverhältnis die dynamische Anpassungsfähigkeit des Auftrags und damit seine Unbestimmtheit (vgl. Buff Felix /von der Crone Hans Caspar, a.a.O., S. 339).

Wir stimmen zu, dass die atypischen Auftragsverhältnisse nicht so unbestimmt sind und nicht dieselbe Vertrauensgrundlage besitzen, wie die typischen Auftragsverhältnisse. Diesem Umstand wird jedoch unseres Erachtens mit der Beendigung zur Unzeit gemäss Art. 404 Abs. 2 OR Rechnung getragen. Denn je unbestimmter ein Auftrag ist bzw. je ausgeprägter sein höchstpersönlicher Charakter ist, desto weniger schnell wird eine Beendigung zur Unzeit anzunehmen sein. Demgegenüber wird die Unzeit eher zu bejahen sein, wenn die Modalitäten eines Auftragsverhältnisses genau definiert sind und keine Persönlichkeitsrechte berührt werden. Diesfalls besteht weniger Anlass zu einer unverzüglichen Vertragsauflösung (vgl. Buff Felix /von der Crone Hans Caspar, S. 340). Damit Schadenersatz geschuldet wird, muss der geschädigten Partei ein besonderer Nachteil entstanden sein. Ein besonderer Nachteil ist insbesondere darin zu erblicken, dass die geschädigte Partei zum Zeitpunkt der Kündigung im Hinblick auf den Fortbestand des Auftragsverhältnisses bereits Dispositionen getätigt hat. Aufträge mit erheblichen Dispositionen werden somit durch die Beendigung zur Unzeit geschützt.

Im erläuternden Bericht wird festgehalten, dass ein jederzeitiges Beendigungsrecht im Auftragsrecht als gerechtfertigt erscheint, ein solches jedoch nicht in allen Fällen vorgesehen sein muss. Wir sind der Ansicht, dass der zwingende Charakter beibehalten werden muss. Für jene Auftragsverhältnisse, wo ein solcher zwingender Charakter nicht notwendig erscheint, wirkt als Korrektiv die Beendigung zur Unzeit gemäss Art. 404 Abs. 2 OR. Die Rechtsprechung kann somit durchaus auch mit einer Beibehaltung der zwingenden Natur von Art. 404 OR angemessene Antworten je nach der Natur des in Frage stehenden Auftrages bieten.

## B. Bemerkungen zu einzelnen Bestimmungen

### *Art. 404a OR*

Zu Abs. 1: Wie Eingangs eingehend erläutert, stimmen wir einem dispositiven Charakter von Art. 404 OR nicht zu.

Zu Abs. 2: Sofern ein Art. 404a OR eingeführt werden sollte, begrüßen wir es, dass eine diesbezügliche Vereinbarung nicht in AGB'S getroffen werden darf.

Gerne hoffen wir auf eine Berücksichtigung unserer Anliegen im weiteren Gesetzgebungsverfahren.

Mit freundlichen Grüßen

IM NAMEN DES REGIERUNGSRATES

sig.  
Roland FÜRST  
Landammann

sig.  
Andreas ENG  
Staatsschreiber