

Haus und Recht

Die jederzeitige Kündbarkeit des Auftrags ist überholt

Zu den bekanntesten und umstrittensten Vorschriften des schweizerischen Obligationenrechts gehört wohl Artikel 404 OR, der die Beendigung des einfachen Auftrags regelt. Nach herrschender Lehre und Rechtsprechung sind Aufträge zwingend jederzeit kündbar. Das betrifft im Bauwesen insbesondere den Architektenvertrag, wenn der Architekt die Gesamtleistung oder die Bauleitung erbringt, und andere Planerverträge sowie Verträge über Gutachten, Baumanagement, Rechtsberatung und Liegenschaftsverwaltung.

Mögliche Schadenersatzforderungen

Die Regeln des Auftragsrechts finden grundsätzlich auf alle Dienstleistungsverträge Anwendung, für die das Gesetz keine Regelungen enthält. Die Beendigungsregeln gelten auch für gemischte Verträge aus Auftrag und Werkvertrag, wie Planerverträge, für welche die Bestimmungen des Auftragsrechts sachgerecht erscheinen. In der Praxis erscheint aber gerade bei den genannten Verträgen die jederzeitige Widerrufbarkeit nicht als sachgerecht. Ein beauftragter Planer richtet seinen Personaleinsatz und seinen Auftragsbestand im Vertrauen auf einen einmal erteilten Auftrag aus und sieht sich durch eine Kündigung oft in eine schwierige wirtschaftliche Situation gedrängt. Der Auftraggeber wiederum wird bei einer Kündigung des Auftragnehmers ebenfalls vor schwierige Ersatz- und damit Verzögerungsprobleme gestellt.

Ein Auftrag kann von jeder Partei jederzeit und ohne Begründung widerrufen oder gekündigt werden. Dies kann grundsätzlich auch dann geschehen, wenn die Partei, der gekündigt wird, keinen Grund für die Auflösung gesetzt hat oder der Zeitpunkt für diese ungünstig ist. Dann allerdings steht dieser Partei eine Schadenersatzforderung für den daraus entstandenen Schaden (negatives Vertragsinteresse) gegenüber dem Zurücktretenden zu. Das Bundesgericht hat in einer reichen Rechtsprechung zu dieser Gesetzesbestimmung immer wieder bestätigt, dass die jederzeitige Kündbarkeit absolut zwingend sei. Das heisst, sie kann nicht durch anderslautende vertragliche Abmachungen (Kündigungsfristen, Konventionalstrafe) der Parteien geändert werden. Solche Vereinbarungen sind nichtig. Die sogenannte 10-Prozent-Klausel in den SIA-Verträgen für Architekten und Ingenieure (SIA 102, 103, 108) hat das Bundesgericht lediglich als pauschalierte Schadenersatzzahlung für eine

unzeitige Auflösung gebilligt.

Keine differenzierte Betrachtung

Die konstante Rechtsprechung des Bundesgerichts, und damit die Verweigerung einer differenzierten Betrachtung der Auftragsverhältnisse zum Beispiel nach dem Gehalt der höchstpersönlichen Note des Auftrags oder danach, ob ein Auftragsverhältnis typisch oder untypisch ist, wurde von der Lehre oft kritisiert. Trotzdem ist kaum zu erwarten, dass das höchste Gericht von seiner Praxis bald abweichen wird.

In der Baupraxis schafft diese kategorische Haltung Probleme, insbesondere bei auf Dauer angelegten Auftragsverhältnissen. Gerade im Bereich der Dauerschuldverhältnisse ist die Rechtsprechung uneinheitlich. Im Entscheid BGer 4C.228/2000, E. 4, vom 11. Oktober 2000 verneint das Bundesgericht für einen Franchisevertrag die analoge Anwendbarkeit der auftragsrechtlichen Bestimmung von Art. 404 OR und die jederzeitige Kündbarkeit ausdrücklich. Eine nähere Begründung bleibt das Gericht – wie oft bei besonders interessierenden Fragen – schuldig.

Dem Bedürfnis der Vertragsparteien, einem Auftragsverhältnis eine gewisse «Dauerhaftigkeit» zu verleihen, auf die jederzeitige Kündbarkeit zu verzichten oder die Kündbarkeit mit einer der Bedeutung des Vertrags entsprechenden Frist zu verbinden, ist im heutigen globalen Umfeld ein grösseres Gewicht beizumessen als bei der Entstehung von Art. 404 OR. Zudem ist diese Bestimmung im europäischen Umfeld einzigartig, was ausländische Auftraggeber und Auftragnehmer abschreckt oder zum Ausweichen auf – soweit möglich – andere Vertragstypen oder anderes anwendbares Recht und einen anderen Gerichtsstand verleitet. Gängige Verträge mit auf Dauer angelegten Leistungen sind zum Beispiel der Management-Vertrag, der Liegenschaftsverwaltungsvertrag, der Girovertrag, der Anlage-/ Depotverwaltungsvertrag oder IT-Wartungs- und -Updating-Verträge.

Gesetzesvorlage in Arbeit

Eine im Nationalrat eingereichte Motion zur Anpassung von Artikel 404 an die Erfordernisse der heutigen Zeit wurde mit Zustimmung von Bundesrat (2011), National- (2011) und Ständerat (2012) überwiesen. Eine Gesetzesvorlage liegt noch nicht vor. Es ist nun die Aufgabe des Gesetzgebers, die oben beschriebene, differenzierte Betrachtung adäquat umzusetzen, indem der Artikel neu dispositives, also der Parteiverein-

barung offenstehendes Recht enthält, das seine Schranken einzig im stark persönlichkeits- und vertrauensbestimmten Charakter eines Vertrags findet.

Marie-Theres Huser
www.baurecht.ch