



Die ganz normalen Verträge: Der «einfache» Auftrag

Zentralschweizer Praktikantenkurs, Luzern
Stiftung für Rechtsausbildung

Johannes Zuppiger, RA, LL.M., Dipl. Bau-Ing. ETH, SIA,
Fachanwalt SAV Bau- und Immobilienrecht

27. - 29 Juni 2019

PROGRAMM

Teil 1 9.15 - 10.00 Uhr

1. Einleitende Bemerkungen
2. Abgrenzungen
3. Abschluss des einfachen Auftrages

Teil 2 10.15 - 11.00 Uhr

4. Pflichten des Beauftragten
5. Pflichten des Auftraggebers

Teil 3 11.15 - 12.00 Uhr

6. Haftung im Auftrag (mit Übungsfall)
7. Beendigung des Auftrags (mit Übungsfall)

1. EINLEITUNG / DEFINITION

Definition Auftrag:

Der Auftrag (resp. das Mandat) ist ein zweiseitiger Vertrag, durch den sich der Beauftragte gegen oder ohne Entgelt zur sorgfältigen Besorgung ihm übertragener Geschäfte und Dienste tatsächlicher oder rechtlicher Art im Interesse und nach dem Willen des Auftraggebers verpflichtet.

(vgl. z.B. Heinrich Honsell, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil (2017) S.335)

1. EINLEITUNG / GRUNDAUFTRAGSFORMEN

Grundauftragsformen:

- Tathandlungsaufträge:

Auftragshandlungen bestehen in *faktischen Diensten* des B.

Beispiele können sein:

Verträge mit Arzt, Architekt, Ingenieur, Lehrperson, Bank, Liegenschaftsverwaltung oder Transportunternehmen.

- Rechtshandlungsaufträge:

Auftragshandlungen bestehen in der *direkten oder indirekten Vornahme von Rechtshandlungen* des B für den A. Dies setzt in der Regel eine entsprechende Vollmacht voraus.

Beispiele können sein:

Verträge mit Anwalt, Treuhänder, Bank.

1. EINLEITUNG / GESETZLICHE GRUNDLAGEN

Der einfache Auftrag

- OR 394 - 406
- Der «**einfache**» Auftrag

OR 406a II/412 II/425 II/
440 II/439:

Verweis auf OR 394ff.

Sonderformen

- Auftrag zur Ehe- oder Partnerschaftsvermittlung (OR 406a)
- Mäklervertrag (OR 412)
- Agenturvertrag (OR 418a)
- Kommission (OR 425)
- Speditionsvertrag (OR 439)
- Frachtvertrag (OR 440)
- etc.

2. ABGRENZUNGEN / EINE EWIGE STREITFRAGE

Spot 5 differences:



2. ABGRENZUNG / WERKVERTRAG

Werkvertrag	Auftrag
Geschuldet ist Arbeitserfolg	Geschuldet ist sorgfältiges Tätigwerden
Werk ist nach objektiven Kriterien auf Vertragskonformität mess- resp. überprüfbar und als richtig oder falsch qualifizierbar (BGE 4A_252/2010, E.4; BGE 53/2012, E.3.4)	Kein überprüfbares Arbeitsergebnis resp. Richtigkeit des Ergebnisses nicht objektiv garantiefähig (BGE 127 III 330, E.2c)
<ul style="list-style-type: none"> • Mängelhaftung teilw. kausal • Strikte Rügeobliegenheiten • Verjährung für Mängelrechte nach 2/5 Jahren (OR 371) • Rücktritt nach OR 377 	<ul style="list-style-type: none"> • Reine Verschuldenshaftung • Keine Rügeobliegenheiten • Verjährung SE-Anspruch gds. nach 10 Jahren (OR 127) • Rücktritt nach OR 404
Vergütung zwingend	Vergütung fakultativ

2. ABGRENZUNGEN / WERKVERTRAG

Gutachterauftrag (BGE 127 III 328, E.2c):

Gegenstand des Gutachterauftrages können unterschiedlichste Fragestellungen sein. So kann sich ein Sachverständiger verpflichten, eine rein technische Frage zu beantworten oder zu einer Streitfrage auch nur seine subjektive Meinung zu äussern. Diese Vielfalt der möglichen Vertragsinhalte verlangt eine Differenzierung bei der rechtlichen Einordnung des Gutachtervertrags. Namentlich technische Gutachten führen regelmässig zu einem Resultat, welches nach objektiven Kriterien überprüft und als richtig oder falsch qualifiziert werden kann. [...]

2. ABGRENZUNGEN / WERKVERTRAG

Gutachterauftrag (BGE 127 III 328, E.2c):

Die Richtigkeit des Gutachterergebnisses ist somit objektiv gewährleistet und kann als Erfolg versprochen werden. In Bezug auf derartige Gutachten steht der Anwendbarkeit von Werkvertragsrecht grundsätzlich nichts entgegen. [...]

Im vorliegenden Fall verpflichtete sich die Beklagte zur Erstellung einer *Verkehrswertschätzung*. Die Schätzung des Wertes einer Sache ist naturgemäss eine Ermessensfrage. Das Resultat einer Verkehrswertschätzung kann deshalb nicht nach objektiven Kriterien als richtig oder falsch bewertet werden.

2. ABGRENZUNGEN / ARBEITSVERTRAG

Zum Arbeitsvertrag:

- Einordnung in fremde Betriebsorganisation des Arbeitnehmers (Subordination)
- Weitgehendes Weisungsrecht des Arbeitgebers
- Soziale Abhängigkeit des Arbeitnehmers
- Mehr oder weniger unselbständiges Tätigwerden des Arbeitnehmers

2. ABGRENZUNGEN / ARBEITSVERTRAG

Holzdiebe und Kunstauge (BGE 48 II 487)

Sachverhalt (1922):

- A merkte, dass in seinem Wald Holz gestohlen wurde und weckte seinen Knecht, damit dieser mit ihm in den Wald kam, um nach den Dieben zu sehen.
- A und Knecht trafen drei Diebe; einer stach dem Knecht bei Handgemenge ins Auge. Das Auge musste durch ein Kunstauge ersetzt werden.
- Knecht verlangte von A Schadenersatz.



2. ABGRENZUNGEN / ARBEITSVERTRAG

Holzdiebe und Kunstauge (BGE 48 II 487, E.2)

[...] so kann doch der Auffassung nicht zugestimmt werden, dass ein Knecht ohne besondere vertragliche Bestimmung hierüber gehalten sei, den Bauern bei Überwachung und Verteidigung seines weiteren, über den unmittelbaren Bestand von Haus und Hof hinausgehenden Eigentums zu schützen. Wenn der Knecht der Aufforderung seines Dienstherrn, ihn bei der [...] Verfolgung der Holzdiebe [...] zu begleiten, Folge geleistet hat, so hat er damit keine ihm bereits aus dem Dienstvertrag obliegende Pflicht erfüllt, sondern er hat dadurch einen *besonderen, vom Dienstverhältnis unabhängigen Auftrag angenommen*, und es ist damit ein *besonderes Mandatsverhältnis* [...] entstanden.

2. ABGRENZUNGEN / ARBEITSVERTRAG

Holzdiebe und Kunstauge (BGE 48 II 487, E.2)

Ergebnis:

- Unentgeltlicher Auftrag
- Für Haftung des Auftraggebers nach OR 402 II fehlte es an dessen Verschulden für den Verlust des Auges.
- Für den unentgeltlichen Auftrag sehe das Gesetz die Regelung gemäss OR 422 I (GoA), wonach der Geschäftsherr den Schaden des Geschäftsführers (insbesondere auch aus riskanter Tätigkeit) nach richterlichem Ermessen zu ersetzen hat, versehentlich nicht vor, was nach ZGB 1 durch das Gericht zu korrigieren sei.
- Auftraggeber/Bauer wurde gestützt auf OR 422 I zur Bezahlung von CHF 3'000.- verurteilt.

2. ABGRENZUNGEN / GEFÄLLIGKEIT

Gefälligkeit:

- Aus der Übernahme von Gefälligkeiten des täglichen Lebens entstehen in Abweichung zum unentgeltlichen Auftrag *keine Vertragsansprüche*, insbesondere keine Erfüllungs- und vertraglichen Haftungsansprüche.
- Abgrenzungskriterium zum Auftrag ist *Rechtsbindungswille*.
- Bei *bloss faktischen, unentgeltlichen Tätigkeiten* ist im Zweifelsfalle kein Auftrag anzunehmen (BGE 116 II 695, E.2b).

2. ABGRENZUNGEN / GEFÄLLIGKEIT

Beispiele:

- Bereitschaftserklärung, während der Abwesenheit des Nachbarn nach dessen Haus zu sehen.
- Mitnahme von Nachbarskindern in den Kindergarten (BGE 137 III 539; Haftung nur aus Delikt)
- «Beauftragung» im Rahmen der Besorgung anderweitiger Kommissionen des Auftraggebers (Miteinkauf, Abholung von Sachen etc.)

2. ABGRENZUNGEN / GEFÄLLIGKEIT

Birnbaumfall (BGE 61 II 95)

Sachverhalt (1935):

- A bat seinen Nachbarn B, für ihn einen Birnbaum zu schütteln; er selbst könne wegen Schwindelns nicht mehr auf Bäume steigen.
- B stieg auf den Baum. Beim Schütteln brach ein grosser, gesund scheinender Ast und B stürzte vom Baum.
- B verlangte von A Schadenersatz.



2. ABGRENZUNGEN / GEFÄLLIGKEIT

Birnbaumfall (BGE 61 II 95, E.3)

Die Übertragung der Arbeit, den Baum zu schütteln, muss vielmehr nach den gesamten Umständen als *Auftrag* (Art. 394ff. OR) betrachtet werden; handelte es sich doch um eine *einmalige, begrenzte Aufgabe, deren Ausführung der Kläger [...]* wesentlich auf Grund der *guten nachbarlichen Beziehungen* zum Beklagten übernahm.

2. ABGRENZUNGEN / GEFÄLLIGKEIT

Birnbaumfall (BGE 61 II 95)

Ergebnis:

- Unentgeltlicher Auftrag
- Für Haftung des Auftraggebers nach OR 402 II fehlte es an dessen Verschulden, insbesondere weil der Ast gesund schien.
- Für den unentgeltlichen Auftrag sehe das Gesetz die Regelung gemäss OR 422 I (GoA), wonach der Geschäftsherr den Schaden des Geschäftsführers (insbesondere auch aus riskanter Tätigkeit) nach richterlichem Ermessen zu ersetzen hat, versehentlich nicht vor, was nach ZGB 1 durch das Gericht zu korrigieren sei.
- Haftung des Auftraggebers beim unentgeltlichen Auftrag nach OR 422 I

2. ABGRENZUNG / GEFÄLLIGKEIT

Menzi-Muck-Fall (BGE 129 III 181)

Sachverhalt (2002):



- B (Kläger) begab sich zu A, um ein Kalb zu besichtigen.
- B wurde von A veranlasst, beim Umplatzieren eines Rundholzes (mittels Menzi-Muck) zu helfen.
- B bestieg Leiter, von wo aus er eine an der Schaufel des Baggers befestigte Kette um das Rundholz legen sollte.
- B stürzte von der Leiter und verletzte sich schwer.
- B klagte gegen A auf Schadenersatz und Genugtuung.

2. ABGRENZUNG / GEFÄLLIGKEIT

Menzi-Muck-Fall (BGE 129 III 181, E.3.2)

Ob Vertrag oder Gefälligkeit vorliegt, entscheidet sich [...] nach den *Umständen des Einzelfalles*, insbesondere *der Art der Leistung*, ihrem *Grund und Zweck*, ihrer *rechtlichen und wirtschaftlichen Bedeutung*, den *Umständen*, unter denen sie erbracht wird, und der bestehenden *Interessenlage* der Parteien. *Für einen Bindungswillen spricht ein eigenes, rechtliches oder wirtschaftliches Interesse des Leistenden an der gewährten Hilfe oder ein erkennbares Interesse des Begünstigten, fachlich qualifiziert beraten oder unterstützt zu werden.*

2. ABGRENZUNG / GEFÄLLIGKEIT

Menzi-Muck-Fall (BGE 129 III 181, E.4.1)

Insoweit rechtfertigt sich auch die *analoge Anwendung von Art. 422 Abs. 1 OR* auf die Fälle von *Gefälligkeitshandlungen ohne Rechtsbindungswillen*. Die Haftung greift allerdings nur dann, wenn *sich das der gefährlichen Tätigkeit immanente Risiko verwirklicht*. Nicht davon erfasst werden so genannte Zufallsschäden. Deshalb ist eine Haftung zu verneinen, falls sich nicht das besondere Tätigkeitsrisiko, sondern das allgemeine Lebensrisiko verwirklicht hat.

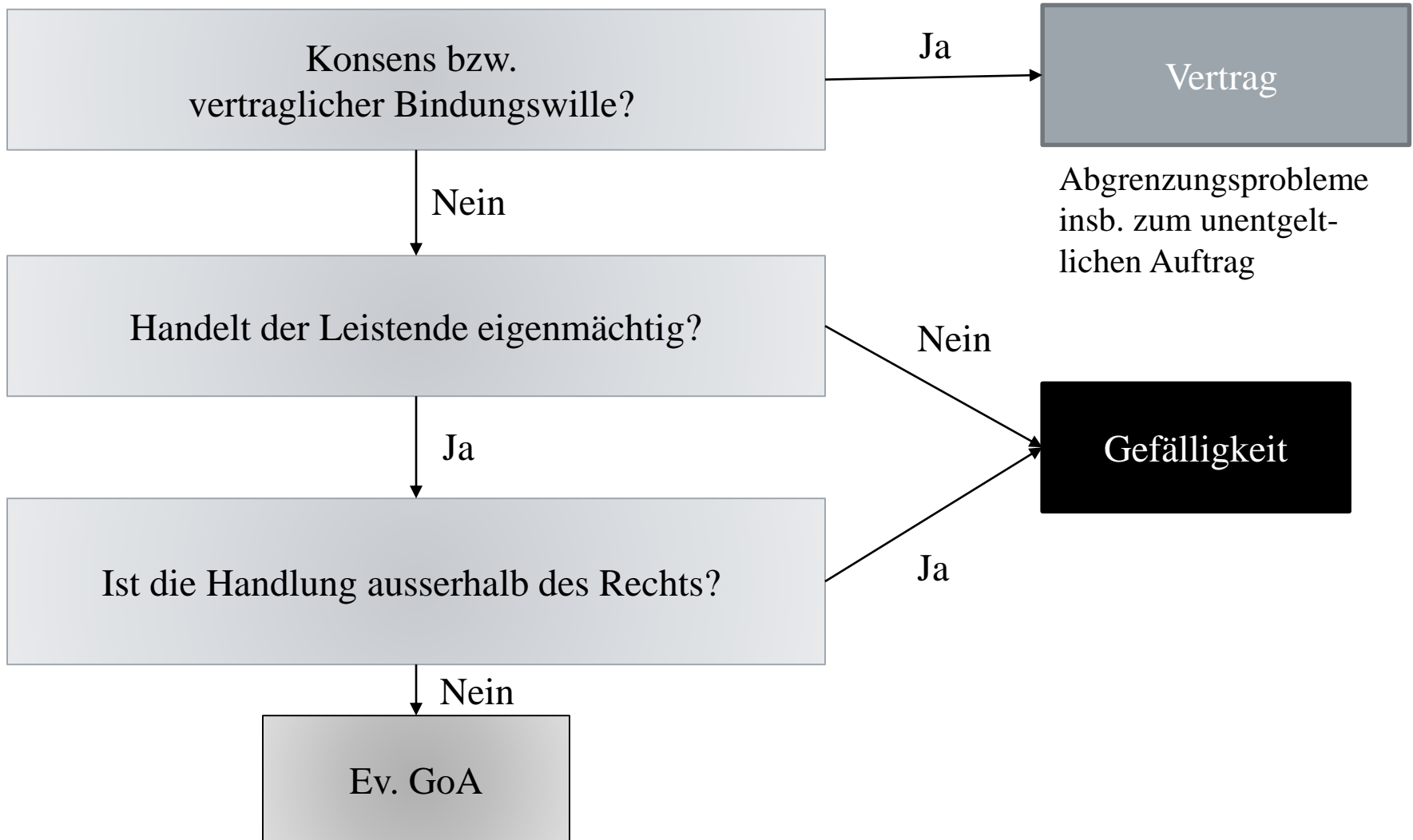
2. ABGRENZUNG / GEFÄLLIGKEIT

Menzi-Muck-Fall (BGE 129 III 181, E.3.2)

Ergebnis:

- Gefälligkeit und kein Auftrag, da kein Rechtsbindungswille
 - Art der Leistung («Hilfeleistung beim Umplatzieren eines Rundholzes»)
 - Fehlendes wirtschaftliches Interesse des B
 - Mangelndes Interesse von A an einer fachkundigen Beratung/Unterstützung
- Grundsätzlich keine Haftung aus Vertrag
- Aber vorliegend ausnahmsweise Haftung basierend auf analoger Anwendung von OR 422 I, weil der *Gefälligkeitshandlung ein typisches Risiko innewohnte* und der Schaden aufgrund der Verwirklichung dieses Risikos eintrat.

2. ABGRENZUNG / GEFÄLLIGKEIT



2. ABGRENZUNG / GEFÄLLIGKEIT

	Gefälligkeit	Echte berechnigte GoA	Auftrag	
			unentgeltlich	entgeltlich
Haftung des Gefälligkeitsempfängers/ GH/Auftraggebers	Gds keine Haftung; Ausnahme: OR 422 I analog wenn sich das der gefährlichen Tätigkeit immanente Risiko verwirklicht (BGE 129 III 181).	OR 422 I	OR 402 II und OR 422 I analog (bei Schaden infolge Risiko aus Auftrag)	OR 402 II (Exkulpation ist möglich)
Auslagenersatz /Befreiung von Verbindlichkeiten	Kein Anspruch (BGE 129 III 181, E.4.2)	OR 422 I	OR 402 I	OR 402 I
Haftung des Gefälligen/GF/ Beauftragten	Gds keine Haftung; ev. Haftung aus Schutzpflichtverletzung/Vertrauenshaftung	OR 420	OR 398 II (i.V.m OR 97)	

3. ABSCHLUSS DES AUFTRAGES

Abschluss des Auftrages:

- Materielle Voraussetzungen:
 - Konsens
 - Essentialia negotii
- Formelle Voraussetzungen (Schriftlichkeit empfohlen):
 - Entgeltlichkeitsregelung
 - Vollmachtregelung (vgl. dazu OR 396 III; Erforderlichkeit einer speziellen Vollmacht für die Prozessführung, Abschluss von Vergleichen, wesentliche Verbindlichkeiten einzugehen, Grundstücke zu veräußern oder Schenkungen zu machen)
 - Gerichtsstandvereinbarung (z.B. zur Vermeidung von Streitverkündungsklagen durch den A nach Art. 16 ZPO)
 - Rechtswahl

4. PFLICHTEN DES BEAUFTRAGTEN / ÜBERSICHT

Übersicht über die Pflichten des Beauftragten:

- Pflicht zur vorschrifts- und weisungsgemässen Ausführung des Auftrages (OR 394 I und OR 397)
- Pflicht zur sorgfältigen Ausführung im Interesse des Auftraggebers (OR 398)
- Pflicht zur getreuen Ausführung im Interesse des Auftraggebers (OR 398)
- (Grundsätzliche) Pflicht zur persönlichen Erfüllung (OR 398 III und OR 399)
- Pflicht zur jederzeitigen Rechenschaftsablegung (OR 400)

4. PFLICHTEN DES BEAUFTRAGTEN

Pflicht zur vorschrifts- und weisungsgemässen Ausführung / gesetzliche Grundlagen:

Art. 394 (A. Begriff)

¹ Durch die Annahme eines Auftrages verpflichtet sich der Beauftragte, die ihm übertragenen Geschäfte oder Dienste vertragsgemäss zu besorgen.

[...]

Art. 397 (II. Verpflichtungen des Beauftragten / 1. Vorschriftsgemässe Ausführung)

¹ Hat der Auftraggeber für die Besorgung des übertragenen Geschäftes eine Vorschrift gegeben, so darf der Beauftragte nur insofern davon abweichen, als nach den Umständen die Einholung einer Erlaubnis nicht tunlich und überdies anzunehmen ist, der Auftraggeber würde sie bei Kenntnis der Sachlage angeordnet haben.

² Ist der Beauftragte, ohne dass diese Voraussetzungen zutreffen, zum Nachteil des Auftraggebers von dessen Vorschriften abgewichen, so gilt der Auftrag nur dann als erfüllt, wenn der Beauftragte den daraus erwachsenen Schaden auf sich nimmt.

4. PFLICHTEN DES BEAUFTRAGTEN

Pflicht zur sorgfältigen Ausführung / gesetzliche Grundlagen:

Art. 398 (2. Haftung für getreue Ausführung / a. Im allgemeinen)

¹ Der Beauftragte haftet im allgemeinen für die gleiche Sorgfalt wie der Arbeitnehmer im Arbeitsverhältnis.

² Er haftet dem Auftraggeber für getreue und sorgfältige Ausführung des ihm übertragenen Geschäftes.

³ Er hat das Geschäft persönlich zu besorgen, ausgenommen, wenn er zur Übertragung an einen Dritten ermächtigt oder durch Umstände genötigt ist, oder wenn eine Vertretung Übungsgemäss zulässig ist.

4. PFLICHTEN DES BEAUFTRAGTEN

Pflicht zur sorgfältigen Ausführung

Sorgfaltspflicht:

- Verweis auf die Sorgfalt des Arbeitnehmers im Arbeitsverhältnis. Art. 321e Abs. 2 OR: Das Mass der Sorgfalt, für die der Arbeitnehmer einzustehen hat, bestimmt sich nach dem einzelnen Arbeitsverhältnis, unter Berücksichtigung des Berufsrisikos, des Bildungsgrades oder der Fachkenntnisse, die zu der Arbeit verlangt werden, sowie der Fähigkeiten und Eigenschaften des Arbeitnehmers, die der Arbeitgeber gekannt hat oder hätte kennen sollen.
- Sorgfaltsmassstab (Soll), an dem B zu messen ist, bestimmt sich nach *objektiven Kriterien* (BGE 115 II 61, E.3a). Ob eine Verletzung der Sorgfaltspflicht vorliegt, ist jeweils anhand des *konkreten Falles zu beurteilen*.

4. PFLICHTEN DES BEAUFTRAGTEN

Pflicht zur sorgfältigen Ausführung

Nicht berufsmässige Auftragsausübung:

- *Vertrauensverhältnis* steht im Vordergrund. A soll jemanden beauftragen, dem er den Auftrag zutraut.
- Der Sorgfaltsmassstab richtet sich nach den Fähigkeiten, Fachkenntnissen und Eigenschaften des B (eigenübliche Sorgfalt; *diligentia quam in suis*), die der A gekannt hat oder hätte kennen müssen. Erforderlich ist die Sorgfalt, welche ein gewissenhafter Beauftragter mit denselben Fähigkeiten, Kenntnissen etc. wie der Beauftragte in der gleichen Lage bei der Besorgung der ihm übertragenen Geschäfte anzuwenden pflegt.

4. PFLICHTEN DES BEAUFTRAGTEN

Pflicht zur sorgfältigen Ausführung

Berufsmässige Auftragsausübung:

- Hier weicht das Vertrauen in persönliche Fähigkeiten des B dem Grundsatz, dass ein *sorgfältiges Tätigwerden nach den Regeln des Berufsstandes* (state of the art) erforderlich ist.
- Bei der berufsmässigen Auftragsausübung sind in der Regel *höhere Anforderungen an die Sorgfalt* geschuldet. Die Handlungen des B haben dem *berufsspezifischen Durchschnittsverhalten* zu entsprechen. Bestehen für einen Beruf oder ein Gewerbe allgemein befolgte *Verhaltensregeln oder Usanzen*, können sie zur Bestimmung des Sorgfaltsmassstabes herangezogen werden (BGE 133 III 121, E.3; BGE 115 II 62, E.3). Übernimmt B hingegen ein Mandat, ohne die dazu vorausgesetzten Fähigkeiten zu verfügen, liegt eine Sorgfaltspflichtverletzung in der Übernahme des Auftrages (Übernahmeverschulden).

4. PFLICHTEN DES BEAUFTRAGTEN

Pflicht zur getreuen Ausführung / gesetzliche Grundlagen:

Art. 398 (2. Haftung für getreue Ausführung / a. Im allgemeinen)

- ¹ Der Beauftragte haftet im allgemeinen für die gleiche Sorgfalt wie der Arbeitnehmer im Arbeitsverhältnis.**
- ² Er haftet dem Auftraggeber für getreue und sorgfältige Ausführung des ihm übertragenen Geschäftes.**
- ³ Er hat das Geschäft persönlich zu besorgen, ausgenommen, wenn er zur Übertragung an einen Dritten ermächtigt oder durch Umstände genötigt ist, oder wenn eine Vertretung Übungsgemäss zulässig ist.**

4. PFLICHTEN DES BEAUFTRAGTEN

Pflicht zur getreuen Ausführung:

- Pflicht zur *umfassenden Interessenwahrung* des Auftraggebers
 - Pflicht, alles zu tun, um Schaden von A abzuwenden (BGE 115 II 62, E.3a)
 - Interessenkonflikte vermeiden
 - Verbot der Doppelvertretung und Selbstkontrahierens
- *Informationspflichten:*
 - Informations-/Aufklärungspflicht
 - Beratungspflicht
 - Warnpflicht
- Pflicht zur *Verschwiegenheit*

4. PFLICHTEN DES BEAUFTRAGTEN

Pflicht zur persönlichen Ausführung / gesetzliche Grundlagen:

Art. 398 (2. Haftung für getreue Ausführung / a. Im allgemeinen)

[...]

³ Er hat das Geschäft persönlich zu besorgen, ausgenommen, wenn er zur Übertragung an einen Dritten ermächtigt oder durch Umstände genötigt ist, oder wenn eine Vertretung übungsgemäss zulässig ist.

Art. 399 (Bei Übertragung der Besorgung auf einen Dritten)

¹ Hat der Beauftragte die Besorgung des Geschäftes unbefugterweise einem Dritten übertragen, so haftet er für dessen Handlungen, wie wenn es seine eigenen wären.

² War er zur Übertragung befugt, so haftet er nur für gehörige Sorgfalt bei der Wahl und Instruktion des Dritten.

³ In beiden Fällen kann der Auftraggeber die Ansprüche, die dem Beauftragten gegen den Dritten zustehen, unmittelbar gegen den Dritten geltend machen.

4. PFLICHTEN DES BEAUFTRAGTEN

Pflicht zur persönlichen Ausführung:

- Grundsatz der persönlichen Erfüllungspflicht
- Hilfsperson oder Substitution
- Unerlaubte Substitution
- Erlaubte Substitution
 - im alleinigen Interesse des A
 - im Interesse oder Mitinteresse des B
- Direktanspruchsrecht gegenüber Substituten/Dritten

4. PFLICHTEN DES BEAUFTRAGTEN

Hilfsperson (OR 101) vs. Substitution

- Hilfspersonen sind Personen, die den Beauftragten bei der Erfüllung des Auftrags nur unterstützen.
- Hilfspersonen sind Personen, die das Geschäft grundsätzlich alleine erfüllen, wobei sie in die Arbeitsorganisation des Beauftragten eingegliedert sind.

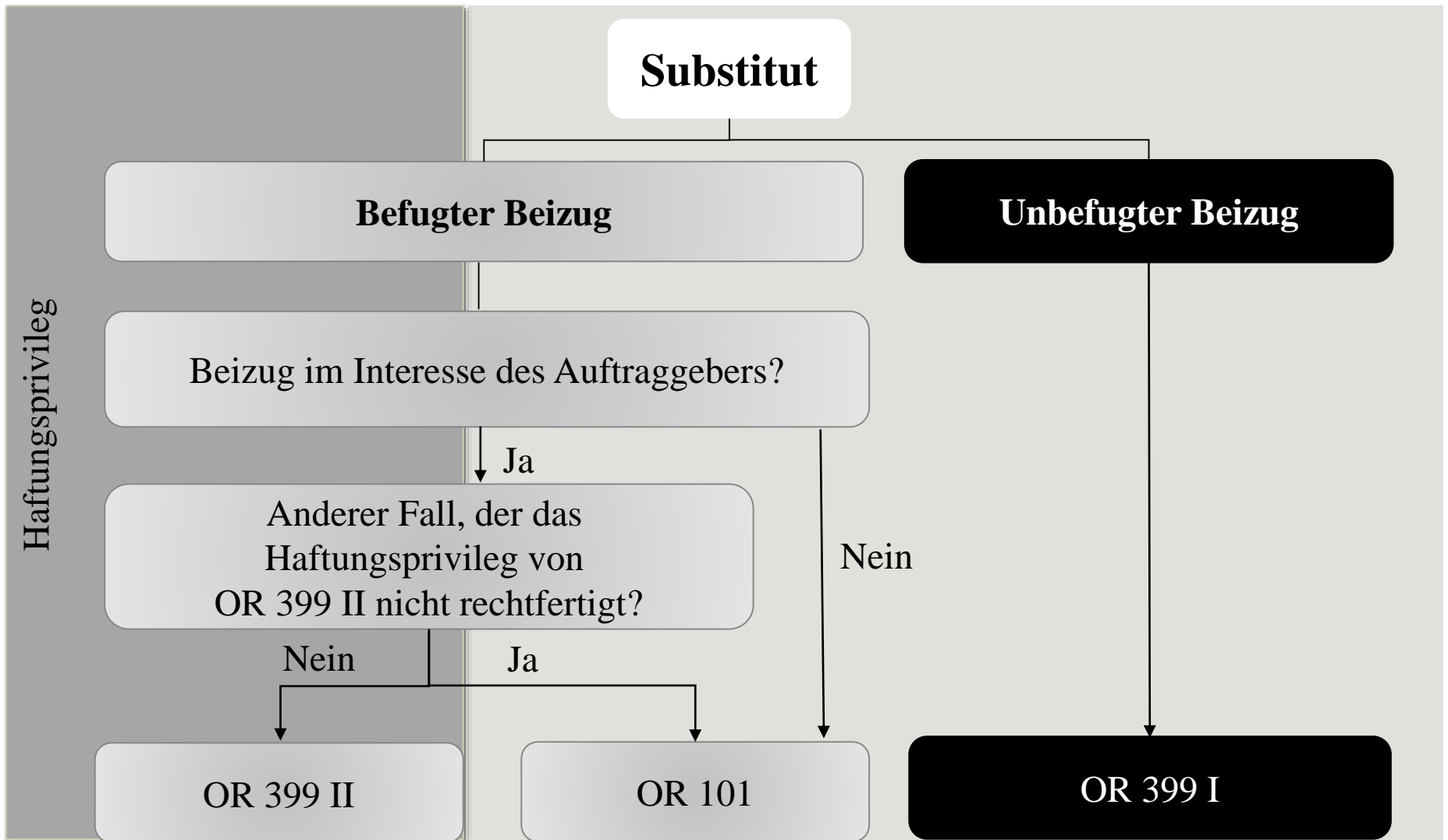
- Personen, die das Geschäft selbständig erfüllen.

Im Auftragsrecht:
Substitut (OR 399)

4. PFLICHTEN DES BEAUFTRAGTEN

	Hilfsperson (OR 101)	Substitut (OR 399)
Beizug	Wenn es auf die persönliche Leistungspflicht des Beauftragten nicht ankommt	<i>Erlaubte Substitution</i> (OR 398 III): <ul style="list-style-type: none"> • Ermächtigung • durch Umstände genötigt • Übungsgemäss zulässig
Haftung	OR 101	<i>Befugter</i> Beizug: Für sorgfältige Auswahl und Instruktion (OR 399 II) <i>Unbefugter</i> Beizug: OR 399 I
Beispiele	Schreibarbeiten durch Anwaltssekretärin	Anwalt beauftragt für eine Steuerfrage einen Steuerexperten

4. PFLICHTEN DES BEAUFTRAGTEN / SUBSTITUTION



4. PFLICHTEN DES BEAUFTRAGTEN

Pflicht zur jederzeitigen Rechenschaftsablegung / gesetzliche Grundlagen:

Art. 400 (Rechenschaftsablegung)

¹ Der Beauftragte ist schuldig, auf Verlangen jederzeit über seine Geschäftsführung Rechenschaft abzulegen und alles, was ihm infolge derselben aus irgendeinem Grund zugekommen ist, zurück zu erstatten.

² Gelder mit deren Ablieferung er sich in Rückstand befindet, sind zu verzinsen.

5. PFLICHTEN DES AUFTRAGGEBERS / ÜBERSICHT

Übersicht über die Pflichten des Auftraggebers:

- Pflicht zur Bezahlung der vereinbarten resp. üblichen *Vergütung* (OR 394 III)
- Pflicht zum *Auslagen- und Verwendungsersatz* sowie *Befreiung von Verbindlichkeiten* gegenüber B (OR 402 I)
- Pflicht zum *Ersatz der Schäden* resp. zur *Schadloshaltung* des B (OR 402 II resp. OR 422 I analog)
- Weitere gemäss Vertrag

5. PFLICHTEN DES AUFTRAGGEBERS

Pflicht zur Vergütung / gesetzliche Grundlagen:

Art. 394 (A. Begriff)

¹ Durch die Annahme eines Auftrages verpflichtet sich der Beauftragte, die ihm übertragene Geschäfte oder Dienste vertragsgemäss zu besorgen.

² Verträge über Arbeitsleistungen, die keiner besonderen Vertragsart dieses Gesetzes unterstellt sind, stehen unter den Vorschriften über den Auftrag.

³ Eine Vergütung ist zu leisten, wenn sie verabredet oder üblich ist.

5. PFLICHTEN DES AUFTRAGGEBERS / VERGÜTUNG

Vergütungsarten:

Geschuldet ist eine Geldleistung

- Zeithonorar
- Pauschalhonorar
- Prozenthonorar
- Erfolgshonorar (z.B. regelmässig beim Mäklerhonorar)

5. PFLICHTEN DES AUFTRAGGEBERS / VERGÜTUNG

Reduktion / Minderung der Vergütung:

- Die *Vergütung* ist grundsätzlich *auch dann geschuldet*, wenn die (sorgfältig ausgeführte) Tätigkeit des B *nicht zum Erfolg* führt.
- *Nicht zu vergüten* sind nun aber vertragswidrig resp. unsorgfältig ausgeführte Leistungen resp. Teilleistungen des B (BGE 124 III 423).
- Überhaupt *keine Vergütung* ist geschuldet, wenn die unsorgfältig ausgeführte Leistung gänzlich unbrauchbar ist (BGE 124 III 423; «assimilable à une totale inexécution, se relevant inutile ou inutilisable»).

5. PFLICHTEN DES AUFTRAGGEBERS / VERGÜTUNG

«Sicherungsrechte» des Beauftragten für seinen Vergütungsanspruch:

- Dingliches Retentionsrecht (Art. 895 ZGB)
- Leistungsverweigerungsrecht (Art. 82 OR)
- Obligatorisches Retentionsrecht (BGE 122 IV 322, E.2b, 5A.367/2007, E.3.2)
- Verrechnungsmöglichkeit mit Ablieferungsforderung (BGE 4C.221/2005, E.3.3)

5. PFLICHTEN DES AUFTRAGGEBERS

Pflicht zum Auslagen- / Verwendungsersatz sowie Befreiung von Verbindlichkeiten / gesetzliche Grundlagen:

Art. 402 (III. Verpflichtungen des Auftraggebers)

¹ Der Auftraggeber ist schuldig, dem Beauftragten die Auslagen und Verwendungen, die dieser in richtiger Ausführung des Auftrages gemacht hat, samt Zinsen zu ersetzen und ihn von den eingegangenen Verbindlichkeiten zu befreien.

² Er haftet dem Beauftragten für den aus dem Auftrage erwachsenen Schaden, soweit er nicht zu beweisen vermag, dass der Schaden ohne sein Verschulden entstanden ist.

5. PFLICHTEN DES AUFTRAGGEBERS

Pflicht zum Schadenersatz / Schadloshaltung / gesetzliche Grundlagen:

Art. 402 (III. Verpflichtungen des Auftraggebers)

¹ [...]

² Er haftet dem Beauftragten für den aus dem Auftrage erwachsenen Schaden, soweit er nicht zu beweisen vermag, dass der Schaden ohne sein Verschulden entstanden ist.

5. PFLICHTEN DES AUFTRAGGEBERS

Pflicht zum Schadenersatz / Schadloshaltung / gesetzliche Grundlagen (analog anzuwenden):

Art. 420

¹ Wenn die Übernahme einer Geschäftsbesorgung durch das Interesse des Geschäftsherrn geboten war, so ist dieser verpflichtet, dem Geschäftsführer alle Verwendungen, die notwendig oder nützlich und den Verhältnissen angemessen waren, samt Zinsen zu ersetzen und ihn in demselben Masse von den übernommenen Verbindlichkeiten zu befreien sowie für andern Schaden ihm nach Ermessen des Richters Ersatz zu leisten.

² [...]

6. HAFTUNG BEIM AUFTRAG

Haftung des Auftragnehmers:

Ansprüche des A auf Erfüllung / Schadenersatz:

- *Erfüllungsklage* für Hauptleistungspflicht *scheitert am jederzeitigen Widerrufsrecht* des B nach OR 404; möglich ist aber z.B. Klage auf *Rechenschaftsablegung* nach OR 400 (BGE 4A_191/2015). Zudem ist Verzugszins geschuldet. Durch Widerruf des Auftrags kann sich B nur der Erfüllung, aber nicht den weiteren Schadenersatzansprüchen entziehen.
- *Anspruch auf SE* infolge *Nichterfüllung*
- *Anspruch auf SE* infolge *Schlechterfüllung* (*pos. Vertragsverletzungen*)

Generell zu beachten beim unentgeltlichen Auftrag:

- *Haftungsmilderung nach OR 99 II* (Mass der Haftung wird nach Ermessen des Richters reduziert)

6. HAFTUNG BEIM AUFTRAG

Haftung des Auftragnehmers / Schadenersatz:

Anspruchsvoraussetzungen für Schadenersatz:

- *Vertragspflichtverletzung / Sorgfaltspflichtverletzung*
- *Kausalzusammenhang (natürlich und adäquat)*
- *Schaden*
- *Verschulden (keine Exkulpation)*

6. HAFTUNG BEIM AUFTRAG

Haftung des Auftragnehmers / Schadenersatz:

Anspruchsvoraussetzungen der Vertragsverletzung und des Verschuldens:

- Grundsätzlich obliegt es nach Art. 8 ZGB dem A, eine *Vertragsverletzung* zu *substantiieren und nachzuweisen*. Im Gegenzug obliegt B der *Exkulpationsnachweis* nach OR 97 (BGE 120 II 48).
- Bei «*objektiviertem*» *Verschuldensbegriff* decken sich diese Nachweise bei Sorgfaltspflichtverletzungen weitgehend (vgl. z.B. Fellmann, BK). Der Begriff der *Sorgfaltspflichtverletzung* und jener der *Fahrlässigkeit* fallen daher *praktisch zusammen*.

6. HAFTUNG BEIM AUFTRAG

Haftung des Auftragnehmers / Schadenersatz:

Anspruchsvoraussetzungen des kausalen Schadens:

- Differenzentheorie (Referenzzustand muss bestimmt werden)
- Positives Interesse (Erfüllungsinteresse) ist geschuldet; A ist *hypothetisch* so zu stellen, wie wenn B richtig erfüllt hätte. Krux: Beim Auftrag lässt sich definitionsgemäss kein Erfolg garantieren. B wird daher immer relativ glaubhaft dartun können, dass sich die Interessen von A nicht hätten realisieren lassen.
- Der hypothetische Kausalverlauf ist nach OR 42 II zu bejahen, wenn der Schaden bei sorgfältiger Abwicklung mit überwiegender Wahrscheinlichkeit nicht eingetreten wäre (BGE 4C.225/2000, E.2; BGE 4A.424/2007, E.3)

6. HAFTUNG BEIM AUFTRAG

Haftung des Auftragnehmers / Schadenersatz / Wahrscheinlichkeitsbeweis (BGE 4C.225/2000, E.2)

Steht [...] ein Schaden aufgrund einer sorgfaltswidrig unterlassenen gerichtlichen Geltendmachung von Ansprüchen und damit ein hypothetischer Kausalverlauf in Frage, ist der Kausalzusammenhang zwischen Sorgfaltspflichtverletzung und Schaden dann zu bejahen, wenn die unterlassene Rechtsvorkehr mit *überwiegender Wahrscheinlichkeit* zum Erfolg geführt hätte [...] (E.2a).

6. HAFTUNG BEIM AUFTRAG

Haftung des Auftragnehmers / Schadenersatz / Wahrscheinlichkeitsbeweis (BGE 4A_397/2008, E.4.3)

Dass die Vorinstanz ihrer Beurteilung ein unzutreffendes bundesrechtliches Beweismass zugrunde gelegt hätte, vermag die Beschwerdeführerin nicht darzutun. Sie vertritt zwar die Auffassung, eine 51%-ige Wahrscheinlichkeit sei überwiegend. [...]. Aus dem zitierten Urteil muss nicht abgeleitet werden, dass eine 51%-ige Wahrscheinlichkeit als überwiegend zu betrachten ist. [...]. Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung gilt ein *Beweis nach dem Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit als erbracht, wenn für die Richtigkeit der Sachbehauptung nach objektiven Gesichtspunkten derart gewichtige Gründe sprechen, dass andere denkbare Möglichkeiten vernünftigerweise nicht massgeblich in Betracht fallen.* [...]

6. HAFTUNG BEIM AUFTRAG

Haftung des Auftragnehmers / Schadenersatz / Wahrscheinlichkeitsbeweis (BGE 130 III 321, E.3.3)

Das Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit muss insbesondere von der Glaubhaftmachung [...] abgegrenzt werden. [...]. Zum anderen unterscheidet sich der jeweiligen geforderte Grad an Wahrscheinlichkeit. Glaubhaft gemacht ist eine Tatsache schon dann, wenn für deren Vorhandensein gewisse Elemente sprechen, selbst wenn das Gericht noch mit der Möglichkeit rechnet, dass sie sich nicht verwirklicht haben könnte [...]. Demgegenüber sind die Anforderungen beim Beweismass der *überwiegenden Wahrscheinlichkeit* höher: Die *Möglichkeit, dass es sich auch anders verhalten könnte, schliesst die überwiegende Wahrscheinlichkeit zwar nicht aus, darf aber für die betreffende Tatsache weder eine massgebende Rolle spielen noch vernünftigerweise in Betracht fallen.*

6. HAFTUNG BEIM AUFTRAG / FREIZEICHNUNG?

Ansätze für Haftungsausschlüsse / Freizeichnung des Beauftragten:

- Enthftung durch Reduktion des Sorgfaltsmassstabes
- Enthftung durch Reduktion des Verschuldens (OR 100 I). Eine Bank kann jedenfalls ihre Verantwortung für schweres Verschulden nicht ausschliessen (BGE 4A_81 2018, E.3.2.2)
- Enthftung für beigezogene Dritte (OR 101 für Hilfspersonen oder OR 399 II für Substituten)
- Enthftung für bestimmte Risikoursachen
- Enthftung für bestimmte Schäden (Personenschäden, Sachschäden, Verzögerungsschäden, reine Vermögensschäden)
- Grenzen der Enthftung: UWG 8, OR 101 I/II, OR 20, ZGB 27

6. HAFTUNG BEIM AUFTRAG

Haftung des Auftraggebers:

Ansprüche B auf Erfüllung/Schadenersatz/Schadloshaltung:

- Klage auf *Bezahlung* der vereinbarten/geschuldeten *Vergütung* resp. Honorars (inkl. Zins) nach OR 394 III und OR 107 II
- Klage auf *Ersatz von Auslagen und Verwendungen* (inkl. Zins) nach OR 402 I und OR 107 II
- *Klage auf Schadenersatz und/oder Schadloshaltung* (inkl. Zins) nach OR 402 II, OR 420 I, OR 97 und OR 107 II

6. HAFTUNG BEIM AUFTRAG / FALL

Verantwortung bei Anlageberatung:

Sachverhalt:

- A besass bei Bank B ein Konto. Der Gesamtwert seines Vermögens betrug ursprünglich USD 7.3 Mio.
- A schloss mit B 2010 *Vertrag mit Anlageberatungs-/Vermögensverwaltungscharakter*
- A war damit einverstanden, dass B auch Transaktionen unter Vorbehalt der nachträglichen Genehmigung durch A ausführte.
- Die Kundenberaterin von B stellte A jeweils die Vermögensübersichten zu, welche den offiziellen Depotauszügen der Bank teilweise nicht entsprachen. Gemäss Vermögensaufstellung 2014 betrug das Vermögen von A USD 8.2 Mio., gemäss Depotauszug der Bank aber effektiv lediglich USD 1.8 Mio.
- Bei 16 Titeln, welche zwar ins Depot gelangten, aber nie in der Vermögensübersicht aufgeführt waren, hat A nie eine Genehmigung erteilt.
- A klagt gegen B auf Schadenersatz von USD 6.4 Mio., der Differenz zu den in der Vermögensübersicht ausgewiesenen und den effektiv vorhandenen Geldern.

Wie ist die Rechtslage?

6. HAFTUNG BEIM AUFTRAG / FALL

Verantwortung bei Anlageberatung (BGE 144 II 155):

Handelsgericht ZH stützte die Klage:

- Handelsgericht ZH hiess die Klage von A gut.
- Qualifikation als Vertrag für *Anlageberatung mit Transaktionskompetenz* unter Vorbehalt der nachträglichen Genehmigung
- Schadensberechnung ist aufgrund einer *Einzelbetrachtung* angesichts der Vielzahl von Anlagen über einen Zeitraum von mehreren Jahren *nicht mehr möglich oder mindestens unzumutbar*. Bei Optionen sei zudem eine Ausscheidung des zugrunde liegenden Vermögens nicht möglich. Ferner setze sich eine auf Einzelanlagen beschränkte Schadensberechnung eher dem Vorwurf aus, nur die Verluste zu berücksichtigen und die im Wege der Vorteilsanrechnung zu berücksichtigenden Gewinne auszublenden.
- Schaden ist und darf nach OR 99 III i.V.m. OR 42 II aufgrund der hypothetischen Veränderung des Gesamtportfolios geschätzt werden (Wahrscheinlichkeitsbeweis).

6. HAFTUNG BEIM AUFTRAG / FALL

Verantwortung bei Anlageberatung (BGE 144 II 155):

Bundesgericht wies die Beschwerde in Zivilsachen von B gut:

- Unterscheidung zwischen drei möglichen Vertragsarten, einer reinen *Konto- / Depotbeziehung* sowie *Anlageberatungs-* und *Vermögensverwaltungsvertrag* (E.2):
 - *Vermögensverwaltung*: Kompetenz des Vermögensverwalters zu Transaktionen im Auftrag des Auftraggebers im Rahmen der vereinbarten Anlagestrategie zur Erreichung des persönlichen Anlageziels.
 - *Anlageberatung*: Kunde trifft Anlageentscheide grundsätzlich selbst.
- B hat bei den 16 Transaktionen ohne Weisung gehandelt und kann sich auch nicht auf eine Genehmigungsfiktion berufen (E.2.1.2). Es liegt eine Vertragsverletzung vor.
- Geschuldet ist nach OR 398 II i.V.m. OR 97 das *Erfüllungsinteresse* (E.2.2).
- *Differenztheorie* ist anwendbar. Der Schaden bestimmt sich als Differenz des hypothetisch und des effektiv vorhandenen Portfolios, wobei bei der Bestimmung des hypothetischen Portfolios von der Sorgfalt eines *durchschnittlich erfolgreichen Vermögensverwalters* während der gleichen Periode auszugehen ist (E.2.2). Dabei ist auf passende *Alternativanlagen* gemäss vereinbarter *Anlagestrategie* abzustellen (E.2.2.2).

6. HAFTUNG BEIM AUFTRAG / FALL

Verantwortung bei Anlageberatung (BGE 144 II 155):

Bundesgericht:

- Zwei mögliche Konstellationen
 - *Gesamtes Portfolio vertragswidrig verwaltet:* Schaden darf / muss aufgrund der hypothetischen Differenz des Gesamtportfolios geschätzt werden (E.2.2.1).
 - *Einzelne Anlagen vertragswidrig verwaltet:* Schaden muss aufgrund der hypothetischen Differenz der einzelnen pflichtwidrigen Anlagen bestimmt werden. Dabei dürfen allfällige Gewinne bei vertragskonform gehandelten Anlagen nicht mit den Verlusten verrechnet werden (E.2.2.2.).
- Der *Wahrscheinlichkeitsbeweis* entbindet den Anspruchsteller nicht davon, den Schaden resp. die Grundlagen zur Schätzung des Schadens soweit möglich und zumutbar zu substantiieren und nachzuweisen (E.2.3; BGE 143 III 297, E.8.2.5.2).
- Liefert die geschädigte Person nicht alle im Hinblick auf die Schätzung des Schadens notwendigen Angaben, ist eine Voraussetzung von OR 42 II nicht gegeben und die Beweiserleichterung resp. der Wahrscheinlichkeitsbeweis kommt nicht zur Anwendung (E.2.3).
- Vorliegend hätten die 16 vertragswidrig ausgeführten Transaktionen sowie deren jeweilige Schäden einzeln bestimmt werden können und müssen. Mangels diesbezüglicher Substantiierungen und Nachweisen hat A keinen Anspruch auf Schadenersatz (E.2.3.4 und E.2.3.5).

7. BEENDIGUNG DES AUFTRAGS / GRÜNDE

Mögliche Beendigungsgründe:

- Erfüllung (OR 114)
- Zeitablauf (bei Befristung)
- Eintritt Resolutivbedingung
- Widerruf / Kündigung durch A/B (OR 404)
- Aufhebungsvereinbarung (OR 115)
- Rücktritt infolge Gläubigerverzug (OR 95 i.V.m. OR 107ff.)
- Rücktritt infolge Schuldnerverzug (OR 107ff.)
- Novation (OR 116 I)
- Objektive Unmöglichkeit (OR 119)
- Tod, Handlungsunfähigkeit oder Konkurs A/B (OR 405 I)

7. BEENDIGUNG DES AUFTRAGS / GRÜNDE

OR 404 / gesetzliche Grundlage:

Art. 404 (D. Beendigung / I. Gründe / 1. Widerruf, Kündigung)

¹ Der Auftrag kann von jedem Teile jederzeit widerrufen oder gekündigt werden.

² Erfolgt dies zur Unzeit, so ist der zurücktretende Teil zum Ersatz des dem andern verursachten Schadens verpflichtet.

7. BEENDIGUNG DES AUFTRAGS / OR 404

Zwingende Natur von OR 404:

- BG hat mehrfach bestätigt, dass das jederzeitige *Widerrufsrecht* *zwingender Natur* ist (vgl. z.B. kürzlich BGE 4A_141/2011). Dies bedeutet:
 - Keine vertragliche Wegbedingung zulässig.
 - Keine faktische Wegbedingung zulässig, z.B. durch (unzulässige) Konventionalstrafe (BGE 106 II 157, E.2).
- Schadenpauschalierung im Hinblick auf den Schaden infolge Kündigung zur Unzeit ist möglich (BGE 110 II 380, E.3a).
- Widerruf zur Unzeit ist rechtswirksam, zieht aber Schadenersatzfolgen nach sich.
- Jederzeitiges Widerrufsrecht gilt auch für zusammengesetzte Verträge, soweit hinsichtlich der zeitlichen Bindung die Bestimmungen des Auftragsrechts sachgerecht erscheinen. (BGE 110 II 380, E.2).

7. BEENDIGUNG DES AUFTRAGS / ÄNDERUNGEN?

Motion «11.3909 Barthassat» (2011):

Im September 2016 hat der Bundesrat auf die Motion «Barthassat» folgenden Revisionsvorschlag in Vernehmlassung geschickt:

Art. 404a

¹ Das jederzeitige Widerrufs- und Kündigungsrecht kann wegbedungen oder eingeschränkt werden.

² Eine solche Abrede ist nichtig, wenn sie in allgemeinen Geschäftsbedingungen enthalten ist.

Nachdem im Rahmen der Vernehmlassung verschiedene Teilnehmer das jederzeitige Kündigungsrecht nach Art. 404 OR als wichtigen Bestandteil der Rechtsordnung bezeichnet hatten, beantragte der Bundesrat dem Parlament die Motion «Barthassat» abzuschreiben.

7. BEENDIGUNG DES AUFTRAGS / OR 404

Schadenersatzanspruch bei Widerruf zur Unzeit:

- Unzeitig ist ein Widerruf nur bei *Fehlen* eines *sachlich vertretbaren Grundes* (BGE 109 II 462).
- Unzeitigkeit des Widerrufs setzt nicht nur voraus, dass die Vertragsauflösung dem nicht widerrufenden Vertragspartner hinsichtlich des *Zeitpunkts* und der von diesem *getroffenen Dispositionen nachteilig* ist, sondern auch, dass er dem Widerrufenden *keinen begründeten Anlass* gesetzt hat (BGE 110 II 462).
- Unzeitigkeit des Widerrufs ist daher ausgeschlossen, wenn dem Beauftragten im Rahmen des Widerrufs hinreichend Zeit belassen wird, um sich auf die infolge Widerruf neu ergebenden Verhältnisse einzustellen (BGE 4P.125/2005).
- Es besteht *kein Anspruch auf Ersatz des entgangenen Gewinns*, sondern lediglich auf *Ausgleich der entstandenen besonderen Nachteile* als Folge des unzeitigen Widerrufs (BGE 110 II 380, E.4).
- Zu ersetzen ist also das *negative Vertragsinteresse*. Dabei ist zu berücksichtigen, dass der Schaden erheblich sein kann, wenn z.B. der Beauftragte im Hinblick auf den Auftrag seinen Betrieb hat ausbauen lassen und / oder andere Aufträge abgesagt hat (BGE 4P.125/2005).

7. BEENDIGUNG DES AUFTRAGS / KBOB

Allgemeine Vertragsbedingungen KBOB für Planerleistungen (Ausgabe 2014)

- 18.3 Das Vertragsverhältnis kann im Übrigen von jeder Partei jederzeit widerrufen oder gekündigt werden. Die bis zur Vertragsauflösung vertragsgemäss erbrachten Leistungen werden dem Beauftragten ohne Honorarzuschlag vergütet.
- 18.4 Erfolgt die Vertragsauflösung zur Unzeit, so ist die zurücktretende Vertragspartei verpflichtet, der anderen den nachgewiesenen Schaden (in keinem Fall jedoch den entgangenen Gewinn) ohne jeden Zuschlag zu ersetzen.
- 18.5 Es liegt keine Auflösung zur Unzeit vor, wenn der Beauftragte dem Auftraggeber oder dieser dem Beauftragten begründeten Anlass zur Vertragsauflösung gegeben hat.
- 18.6 Die Vertragsauflösung durch den Auftraggeber gilt ferner nicht als unzeitig, wenn:
- Kreditgenehmigungen und Freigaben durch die Legislative, die Exekutive oder eine andere Behörde ausbleiben;
 - Bewilligungen ausbleiben;
 - der Auftraggeber einzelne Phasen nicht auslöst;
 - eine oder mehrere Schlüsselpersonen des Beauftragten, deren Mitarbeit für das Projekt wesentlich ist, in ihrer Funktion ohne Zustimmung des Auftraggebers oder ohne dass die in Ziffer 7 hiervor vorbehaltenen Tatbestände vorliegen, ersetzt werden.

7. BEENDIGUNG DES AUFTRAGS / LHO 102

Ordnung SIA 102 (2014):

Ordnung für Leistungen und Honorare der Architektinnen und Architekten (vgl. BGE 109 II 462, E.4b [alte SIA-Ordnung])

**1.10
Vorzeitige
Beendigung
des Vertrages**

- .1 Der Vertrag kann unabhängig von seiner rechtlichen Qualifikation (Werkvertrag oder Auftrag) von jeder Partei jederzeit widerrufen oder gekündigt werden (siehe Art. 404 Abs. 1 OR).
- .2 Erfolgt eine solche Kündigung durch den Auftraggeber zur Unzeit, so ist der Beauftragte berechtigt, nebst dem Honorar für die vertragsgemäss geleistete Arbeit, einen Zuschlag zu fordern.
- .3 Der Zuschlag beträgt 10 % des Honorars für den entzogenen Auftragsteil oder mehr, wenn der nachgewiesene Schaden grösser ist. Eine Kündigung zur Unzeit durch den Auftraggeber liegt insbesondere vor, wenn der Beauftragte keinen begründeten Anlass zur Kündigung gegeben hat und die Kündigung hinsichtlich des Zeitpunktes und der von ihm getroffenen Dispositionen für ihn nachteilig ist.
- .4 Erfolgt die Kündigung durch den Beauftragten zur Unzeit, hat der Auftraggeber Anspruch auf Ersatz des aus der Unzeitigkeit entstehenden Schadens gemäss Art. 404 Abs. 2 OR.

7. BEENDIGUNG DES AUFTRAGS / FALL 1

Beendigung Ausbildungsvertrag:

Sachverhalt:

- Anfang 2007 schliessen Tourismus-Management-Spezialistin (B) und Studentin (A) einen Lehrvertrag (Unterricht, Kost und Logis).
- Gemäss AGB war vereinbart, dass bei Vertragsbeendigung durch Studierende nach Kursbeginn die Semestergebühren verfallen und nicht zurückerstattet werden müssen.
- Bezahlung der Semestergebühren von CHF 21'500.- durch A.
- A trat Kurs im 1. Semester 2007 nicht an und kündigte spätestens im Mai 2007.
- A klagte auf Rückerstattung der Kursgebühr.

Wie ist die Rechtslage?

7. BEENDIGUNG DES AUFTRAGS / FALL 1

Beendigung Ausbildungsvertrag (BGE 4A_141/2011):

Amtsgericht LU hiess die Klage gut:

- OR 404 ist anwendbar (jederzeitiges Widerrufsrecht)
- Widerruf erfolgte nach OR 404
- Da B keinen konkreten Schaden behauptet hatte, prüfte das Amtsgericht die Voraussetzungen für einen Schadenersatz infolge Widerruf zur Unzeit gemäss OR 404 II gar nicht.

7. BEENDIGUNG DES AUFTRAGS / FALL 1

Beendigung Ausbildungsvertrag (BGE 4A_141/2011):

Obergericht LU hiess die Appellation von B gut:

- Das jederzeitige Widerrufsrecht nach OR 404 gelange vorliegend nicht zur Anwendung, da es sich um ein «atypisches» Auftragsverhältnis handle und die Parteien nicht in einem absoluten Vertrauensverhältnis stünden.
- Die Abrede der Parteien in den AGB, wonach die Semestergebühren bei Vertragsbeendigung durch A nach Kursbeginn verfallen und nicht zurückerstattet werden müssen, sei wirksam.
- Da A den Vertrag nach Kursbeginn gekündigt habe, bestehe kein Anspruch auf Rückerstattung der geleisteten Kursgebühr .

7. BEENDIGUNG DES AUFTRAGS / FALL 1

Beendigung Ausbildungsvertrag (BGE 4A_141/2011):

Bundesgericht wies Beschwerde in Zivilsachen von A ab:

- Aufgrund der konstanten Rechtsprechung des BG zur zwingenden Natur von OR 404 werde vorliegend keine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung im Sinne von BBG 74 IIa aufgeworfen (E.1.3).
- Das jederzeitige Widerrufsrecht nach OR 404 gelte namentlich auch für gemischte Verträge, für welche hinsichtlich der zeitlichen Bindung die Bestimmungen des Auftragsrechts sachgerecht erschienen (BGE 115 II 464, E.2a). Dies sei insbesondere für Unterrichts- und Internatsverträge bereits bestätigt worden (BGE 4A_237/2008).
- Das Abweichen des OG LU von der konstanten bundesgerichtlichen Rechtsprechung indiziere Willkür in der Rechtsanwendung, was im Rahmen der subsidiären Verfassungsbeschwerde (BGG 113ff.) zu prüfen sei, sofern rechtsgenügend begründete Verfassungsrügen vorliegen (E.2.3).

7. BEENDIGUNG DES AUFTRAGS / FALL 1

Beendigung Ausbildungsvertrag (BGE 4A_141/2011):

- Beim Unterrichtsvertrag ist der Widerruf in der Regel unzeitig, wenn er mitten im Semester erfolgt. Dies sei vorliegend der Fall (E.2.4)
- Für den Widerruf zur Unzeit könne vertraglich eine Konventionalstrafe vorgesehen werden (E.2.4)
- Gemäss Vorinstanz sei nicht erstellt, dass B ein Fehlverhalten vorzuwerfen wäre
- Konventionalstrafe sei wirksam
- Mit der Begründung via Konventionalstrafe hätte die Klage von A abgewiesen werden können, weshalb der angefochtene Entscheid im Ergebnis und damit insgesamt nicht willkürlich sei

7. BEENDIGUNG DES AUFTRAGS / FALL 2

Rückbehalt der Akten durch Rechtsvertreter:

Sachverhalt:

- A entzieht B das Mandat, weil dieser über kein Anwaltspatent verfügt.
- A verlangt von B sofortige Aktenrückgabe und Auskunft über den Stand der Sache.
- B macht diese Forderungen abhängig von der vorgängigen Bezahlung von CHF 3'000.- (akonto) der von ihm behaupteten Honorarrestanz von insgesamt CHF 4'500.-.
- Unter dem Druck der laufenden Fristen bezahlt A das geforderte Honorar, um an die benötigten Akten und Informationen zu gelangen.

Wie ist die Rechtslage?

7. BEENDIGUNG DES AUFTRAGS / FALL 2

Rückbehalt der Akten (BGE 122 IV 322):

Bezirksgericht Lenzburg:

- Verurteilte B mit Strafbefehl wegen *Nötigung* und *mehrfacher Widerhandlung gegen das Anwaltsgesetz*.
- Im Rahmen eines Einspracheverfahrens sprach das Bezirksgericht B vom Vorwurf der mehrfachen Widerhandlung gegen das Anwaltsgesetz frei.

Obergericht Aargau:

- Wies die Berufung von B ab und bestätigte das erstinstanzliche Urteil.

7. BEENDIGUNG DES AUFTRAGS / FALL 2

Rückbehalt der Akten (BGE 122 IV 322):

- Das Verhalten von B war rechtswidrig und der Tatbestand der Nötigung erfüllt, weil sich B nicht auf ein Rückbehaltungsrecht berufen konnte (E.2 und E.3).
- Wenn B die verlangten Akten und Informationen bis zur Zahlung des Honorars zurückbehalten will, stehen ihm grundsätzlich das *Retentionsrecht* nach ZGB 895, das *Leistungsverweigerungsrecht* nach OR 82 und das von Lehre und Rechtsprechung herausgebildete *obligatorische Retentionsrecht* zur Verfügung (allenfalls auch vereinbartes Retentionsrecht (E.3))
- (Dingliches) Retentionsrecht nach ZGB 895 bestand nicht, weil die Akten und Informationen nicht verwertbar waren (E.3).

7. BEENDIGUNG DES AUFTRAGS / FALL 2

Rückbehalt der Akten (BGE 122 IV 322):

- Leistungsverweigerungsrecht nach OR 82 bestand nicht, weil die Herausgabe von Akten nicht auf die Hauptpflichten der Parteien ausgerichtet ist, es mithin am Austauschverhältnis fehlte (E.3).
- Zulassung eines obligatorischen Retentionsrechts an nicht verwertbaren Gegenständen wäre nicht sachgerecht (E.3).
- Obligatorisches Retentionsrecht kommt dort zur Anwendung, wo die Voraussetzungen von ZGB 895 und OR 82 nicht erfüllt sind. Es basiert auf dem Gedanken, dass es rechtsmissbräuchlich und unbillig wäre, wenn eine Partei vertragliche Ansprüche durchsetzen könnte, ohne ihre eigenen Pflichten zu erfüllen (E.3).

7. BEENDIGUNG DES AUFTRAGS / FALL 3

Kurzfristige Mandatsniederlegung:

Sachverhalt:

- 25. Januar 2012: Frist für Eingabe
- 20. Januar 2012: Zerwürfnis RA / Mandant
→ RA will Mandat niederlegen

Frage:

Wie ist Sach- und Rechtslage bei Mandatsniederlegung durch RA?

7. BEENDIGUNG DES AUFTRAGS / FALL 3

BGFA Art. 12 lit. a (Berufsregeln)

Für Anwältinnen und Anwälte gelten folgende Berufsregeln:

- a. Sie üben ihren Beruf sorgfältig und gewissenhaft aus.**

Schweizerische Standesregeln SAV

Art. 3 (Mandatsniederlegung)

Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte legen das Mandat nicht zur Unzeit nieder.

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!