

DIENSTLEISTUNGSVERTRÄGE: JEDERZEIT KÜNDBAR – ODER DOCH NICHT?

Viele Verträge über Dienstleistungen erweisen sich aufgrund der Rechtsprechung des Bundesgerichts als jederzeit kündbar, auch wenn die Parteien etwas anderes abgemacht haben. Dieser Beitrag beschreibt, wann das Risiko eines jederzeitigen Kündigungsrechts besteht – und wie man ihm begegnen kann.

■ Von Dr. Philipp Meier Schleich, Rechtsanwalt

Auch wenn es Dienstleister und Kunden oft nicht wissen, wenn sie ihren Vertrag abschliessen: Verträge über Dienstleistungen unterstehen aus juristischer Sicht häufig den gesetzlichen Bestimmungen über den Auftrag. Diese finden sich in den Art. 394 ff. Obligationenrecht (OR).

Bestimmungen im Obligationenrecht

Darin enthalten: Art. 404 OR, der schon seit längerer Zeit Gegenstand eines Meinungsstreits ist, der zwischen dem Bundesgericht einerseits und dem Grossteil der juristischen Lehre andererseits besteht. Art. 404 Abs. 1 OR bestimmt: «Der Auftrag kann von jedem Teile jederzeit widerrufen oder gekündigt werden» (wobei «widerrufen» nichts anderes meint als eine Kündigung, die vom Auftraggeber bzw. Kunden ausgesprochen wird).

Rechtsprechung Bundesgericht

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts gilt, dass das jederzeitige Kündigungsrecht gemäss Art. 404 OR zwingend ist und auch nicht indirekt beschränkt werden kann, wie etwa durch Vereinbarung einer Konventionalstrafe. Konsequenz: Dienstleister wie Kunde sind jederzeit berechtigt, den Vertrag per sofort zu kündigen – auch wenn sie in ihrem Vertrag etwas anderes vereinbart haben, wie insbesondere Kündigungsfristen. So kann der Fall eintreten, dass eine umfangreiche vertragliche Kündigungsregelung, auf welche zumindest der eine Vertragspartner vertraut hat, plötzlich Makulatur darstellt.

Kündigung «zur Unzeit»

Ein Anspruch auf Schadenersatz des Vertragspartners des Kündigenden kommt nur in beschränktem Rahmen infrage. Nach Art. 404 Abs. 2 OR setzt ein solcher Anspruch voraus, dass die Kündigung «zur Unzeit» erfolgte. Sprich: Wenn sie in einem für den Vertragspartner ungünstigen Moment und ohne sachliche Rechtfertigung erfolgt und dem Vertragspartner dabei besondere Nachteile verursacht. Beschränkt ist aber auch der Umfang des allenfalls zu ersetzenden Schadens. Dieser ist aufgrund von Art. 404 Abs. 2 OR auf den Ersatz dessen limitiert, was der Vertragspartner gehabt hätte, wenn die Kündigung nicht gerade zur Unzeit erfolgt wäre.

Ersatzfähig ist demnach im Prinzip nur das sogenannte negative Vertragsinteresse (der «Vertrauensschaden») wie die Kosten des Vertragsschlusses und für unnütz gewordene Dispositionen. Nicht ersatzfähig ist dagegen das sogenannte positive Vertragsinteresse

(«Erfüllungsinteresse») wie der entgangene Gewinn, der demjenigen Gewinn entspricht, den der Vertragspartner bei einer Fortdauer des Vertrags aus diesem hätte ziehen können.

Dass Art. 404 OR bei «typischen» Aufträgen zwingend sein soll, ist aber nicht der Stein des Anstosses für die juristische Lehre. Einen «typischen» Auftrag kennzeichnet, dass er entweder unentgeltlich ist (was bei Dienstleistungsverträgen selten vorkommt), oder aber dass er eine höchstpersönliche Natur aufweist. Als Aufträge mit höchstpersönlicher Natur angesehen werden zum Beispiel die Auftragsverhältnisse mit Ärzten, Anwälten und Treuhändern.

Bei atypischen und gemischten Verträgen

Der Stein des Anstosses ist vielmehr der Umstand, dass Art. 404 OR vom Bundesgericht auch bei «atypischen» Aufträgen als zwingend angesehen wird, sprich bei solchen Aufträgen, die weder unentgeltlich noch höchstpersönlicher Natur sind. Darüber hinaus erstreckt sich die zwingende Anwendbarkeit von Art. 404 OR nach dem Bundesgericht auch auf «gemischte Verträge» (die auch Elemente von anderen Vertragstypen enthalten), «für welche hinsichtlich der zeitlichen Bindung der Parteien die Bestimmungen des Auftragsrechts als sachgerecht erscheinen».

Entsprechend ging das Bundesgericht bei unterschiedlichsten Dienstleistungsverträgen von einer zwingen-

WICHTIGER HINWEIS



Mithin eröffnet die zwingende Anwendbarkeit von Art. 404 OR sowohl dem Auftraggeber als auch dem Beauftragten die Möglichkeit eines jederzeitigen Ausstiegs aus dem Vertrag, ohne Beachtung der vereinbarten Kündigungsregelungen. Der Auftraggeber muss jederzeit damit rechnen, dass die Dienstleistungen plötzlich wegfallen. Demgegenüber muss der Beauftragte befürchten, dass sein Kunde unversehens aus dem Vertrag aussteigt.



den Anwendbarkeit von Art. 404 OR aus. Beispiele dafür sind Auftragsverhältnisse mit Architekten, Liegenschaftsverwaltungsverträge, Musikmanagement-Verträge, Unterrichts- und Internatverträge. Bei «atypischen» Aufträgen oder «gemischten Verträgen», so die Meinung vieler juristischer Autoren, solle Art. 404 OR aber entgegen dem Bundesgericht nicht als zwingend angesehen werden und sollen abweichende Vereinbarungen zwischen den Vertragspartnern zulässig sein.

Kritik am Bundesgericht

Ob das Bundesgericht die kritischen Stimmen aus der juristischen Lehre erhören wird, erscheint als zweifelhaft. Bisher hat das höchste Gericht die Einwände aus der Lehre ausdrücklich zurückgewiesen. Hinzu kommt, dass Bemühungen des Gesetzgebers zur Abschaffung der zwingenden Natur von Art. 404 OR gescheitert sind. Eine darauf gerichtete Gesetzesrevision, die der Bundesrat nach einer Motion des damaligen Nationalrats Luc Barthassat im Jahr 2016 unterbreitet hatte und die von vielen Juristen begrüsst worden war, ist nach negativen Rückmeldungen im Vernehmlassungsverfahren wieder schubladisiert worden.

WICHTIGER HINWEIS



Für die Praxis erscheint es daher als ratsam, von der Annahme auszugehen, dass das Bundesgericht auch weiterhin an seiner Rechtsprechung zur zwingenden Anwendbarkeit von Art. 404 OR festhalten wird. Entsprechend müssen sich vor allem Dienstleister fragen, ob auch ihre Verträge davon betroffen sein könnten und wie sie diesem Risiko begegnen wollen.

Prüfung, ob Auftrag vorliegt

Zuerst einmal ist zu prüfen, ob der konkrete Dienstleistungsvertrag überhaupt als Auftrag im Rechtssinne einzustufen ist bzw. ob Art. 394 ff. OR überhaupt anwendbar sind. Bei einem Auftrag verpflichtet sich der Beauftragte (entgeltlich oder unentgeltlich), die «ihm übertragenen Geschäfte oder Dienste vertragsgemäss zu besorgen» (Art. 394 Abs. 1 OR).

Zudem bilden die Art. 394 ff. eine eigentliche «Auffangregelung» für Dienstleistungsverträge. Art. 394 Abs. 2 OR sieht nämlich vor, dass Verträge über Arbeitsleistungen, die keinem anderen gesetzlichen Vertragstypus unterstellt

sind, nach den Vorschriften über das Auftragsrecht zu beurteilen sind. Dies bedeutet, dass viele Dienstleistungsverträge dem Auftragsrecht unterstehen. Dies gilt namentlich auch für Verträge, in denen es um Dienstleistungen aus dem IT-Bereich geht.

Vorliegen eines Werkvertrags

Je nach Inhalt des Vertrags kann aber auch ein anderer Typus vorliegen und die Anwendbarkeit des Auftragsrechts ausgeschlossen sein. Infrage kommen könnte unter Umständen eine Qualifikation als Werkvertrag nach Art. 363 ff. OR. Denkbar wäre dies, wenn nicht wie beim Auftrag bloss ein «Wirken» (im Sinne eines sorgfältigen Tätigwerdens) geschuldet ist, sondern ein «Werk» (im Sinne eines Leistungserfolgs, der anhand von objektiven Kriterien beurteilt werden kann).

Einordnung als Arbeitsvertrag

Ebenfalls denkbar wäre eine Einordnung als Arbeitsvertrag nach Art. 319 ff. OR, wenn der Dienstleister in einem Subordinationsverhältnis zum Kunden steht, wenn er in den Betrieb des Kunden eingegliedert ist und wenn dem Kunden umfassende Weisungsrechte zustehen. Freilich

bringt die nachträgliche Erkenntnis, dass statt eines Auftrags ein Arbeitsvertrag vereinbart wurde, insbesondere für den Kunden in den meisten Fällen anderweitige rechtliche Probleme. In diesem Fall untersteht der Vertrag nämlich den zwingenden Bestimmungen des Arbeitsrechts, und es sind die Vorschriften des Sozialversicherungsrechts zu beachten.

Vetragsredaktion bei Dienstleistungsverträgen

Bei den meisten Dienstleistungsverträgen kommt aber eine Qualifikation als anderer gesetzlicher Vertragstyp nicht infrage. Dann kann man in Betracht ziehen, im Fall von atypischen Aufträgen und von gemischten Verträgen bei der Vertragsredaktion das zu berücksichtigen, was das Bundesgericht als Grund für die zwingende Natur von Art. 404 OR anführt: Dass bei einem Auftrag ein besonderes Vertrauensverhältnis zwischen den Parteien bestehe und dass es bei einer Störung dieses Vertrauensverhältnisses keinen Sinn mache, den Vertrag aufrechtzuerhalten.

Entsprechend kann man versuchen, mittels möglichst detaillierter Regelungen und Beschreibungen der Leistungen die Situation zu schaffen, dass von der Erforderlichkeit eines besonderen Vertrauensverhältnisses kaum mehr die Rede sein kann. Auf diese Weise kann je nach Umständen auch

erreicht werden, dass in Bezug auf die Qualifikation höchstens ein «gemischter Vertrag» anzunehmen ist, bei dem die Anwendung von Auftragsrecht zudem als nicht sachgerecht angesehen wird. In diesem Zusammenhang ist hervorzuheben, dass sich in der Rechtsprechung der kantonalen Gerichte viele Entscheide finden, in denen die zwingende Anwendbarkeit von Art. 404 OR auf atypische Aufträge abgelehnt wurde.

Zudem kann beim Ausarbeiten des Vertragstextes versucht werden, die Auflösung zur Unzeit und deren Konsequenzen – in dem nach Art. 404 Abs. 2 OR zulässigen Rahmen – bereits möglichst weitreichend zu regeln und für beide Vertragspartner vorhersehbar zu machen. Dazu können die möglichen Tatbestände umschrieben werden, in denen eine Kündigung als in einem ungünstigen Zeitpunkt ohne sachliche Rechtfertigung erfolgt angesehen und der anderen Partei bestimmte besondere Nachteile verursachen würde.

Schadenersatzregelungen

Was den zu ersetzenden Schaden angeht, ist es im Prinzip zulässig, für diesen eine Pauschalsumme zu vereinbaren (sog. Schadenspauschale, pauschalierter Schadenersatz oder Liquidated Damages). Voraussetzung ist allerdings, dass die Schadenspauschale keinen Strafcharakter hat,

spricht keine Konventionalstrafe darstellt. Vielmehr darf die Pauschale nur die nach Art. 404 Abs. 2 OR ersatzfähigen Posten abdecken. Daher wird eine Pauschale, welche die Höhe des vollen Honorars erreicht, in der Regel als unzulässige Konventionalstrafe angesehen werden.

Je nach Konstellation kann es zweckmässiger sein, die einzelnen ersatzfähigen Schadensposten konkret zu beschreiben. So etwa die Beträge der vom Dienstleister getätigten Investitionen, die Abschreibungssätze und die Kosten für die Auflösung der vom Dienstleister eingegangenen Verträge. Ebenso unter Umständen den Wert der Dienstleistungsverträge mit Dritten, auf die der Dienstleister zugunsten des gegenständlichen Vertrags verzichtet hat. Auf diese Weise werden dem Kunden die finanziellen Risiken vor Augen geführt, die ihm bei der Aussprache einer Kündigung zur Unzeit drohen können. Zudem kann der Dienstleister so seine Chancen erhöhen, in diesem Fall zumindest gewisse Schadensposten ersetzt zu erhalten.

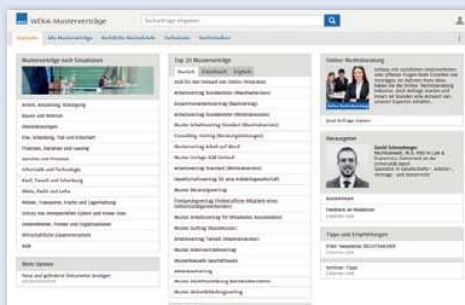
AUTOR



Dr. Philipp Meier Schleich, ist Rechtsanwalt und Partner bei LANTER Anwälte & Steuerberater. Er berät und vertritt regelmässig Private und Unternehmen im Vertragsrecht.

WEKA-Musterverträge

Über 1000 Schweizer Musterverträge und Mustervorlagen



Mit der bekannten Schweizer Online-Vertragsdatenbank schliessen Sie Ihre Verträge schneller, einfacher und garantiert rechtssicher ab. Alle über 1000 Musterverträge und Vorlagen in Word werden von Fachanwälten laufend geprüft und mit wertvollen Tipps für die Anwendung in der Praxis veredelt. Profitieren Sie jetzt gleich von den über 1000 Musterverträgen und Checklisten zu allen relevanten Rechtsgebieten nach Schweizer Recht.

Lassen Sie sich Ihren Online-Zugang für nur CHF 1.09 pro Tag freischalten, und Sie können jederzeit auf die komplette Vertragsdatenbank zugreifen. Alle Verträge sind für Sie im Word-Format zum uneingeschränkten Download verfügbar.

Bestellung und weitere Informationen: www.weka.ch/mustervertraege.html