



SJWZ

stiftung
juristische
weiterbildung
zürich

Kernprobleme und Entwicklungen im Auftragsrecht

Einführung

Alexander Brunner
Handelsgericht Zürich

Einführung

Inhaltsübersicht

1. Aktuelle Entwicklungen des Auftragsrechts
 - 1.1 Offene Ausgestaltung der Dienstleistungsverträge
 - 1.2 Neue Entwicklungen I (bspw. Airbnb und Uber)
 - 1.3 Neue Entwicklungen II (bspw. Leihmutter, Liebe und Sex)
 - 1.4 Eingriffsnormen (präventive Dienstleistungssicherheit)
2. Kernprobleme des Auftragsrechts im allgemeinen
 - 2.1 Grundlagen I (Vertrauen und Sorgfalt als Kerngehalt)
 - 2.2 Grundlagen II (Sorgfaltspflicht und Beweislast)
3. Kernprobleme des Auftragsrecht im besonderen
(Treuepflicht, Informationspflicht, Auskunftspflicht,
Rechenschaftsablage, Herausgabepflicht, Geheimnispflicht)
4. Wichtige Vertragstypen des Auftragsrechts in Entwicklung
(Anwaltsvertrag, Architektenvertrag, Arztvertrag, Treuhand
und Revision, Vermögensverwaltung)

1. Aktuelle Entwicklungen des Auftragsrechts

1.1 Offene Ausgestaltung der Dienstleistungsverträge

OR 394

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

2 Verträge über Arbeitsleistung, 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.

1. Aktuelle Entwicklungen des Auftragsrechts

1.1 Offene Ausgestaltung der Dienstleistungsverträge



→ Verträge über **Arbeitsleistung**, die keiner besonderen Vertragsart dieses Gesetzes unterstellt sind, stehen unter den Vorschriften über den **Auftrag**.

Auffang-Tatbestand des Auftragsrechts OR 394-406

Rechtsbegriff der Dienstleistungsverträge allgemein

Der Dienstleistungsvertrag ist ein Vertrag, mit dem sich der Beauftragte im Wesentlichen verpflichtet, für den Auftraggeber eine **körperliche oder geistige Leistung** (Arbeit) zu erbringen (*Tätigwerden* als charakteristische Leistung)

CHRISTOPH LEUENBERGER, Dienstleistungsverträge, ZSR 1987 II 1-92, 1

1. Aktuelle Entwicklungen des Auftragsrechts

1.1 Offene Ausgestaltung der Dienstleistungsverträge



Rechtsbegriff der Dienstleistungsverträge im Europarecht

RICHTLINIE 2006/123/EG vom 12. Dezember 2006 über Dienstleistungen im Binnenmarkt (DL-RL)

DL-RL Art. 4 Ziff. 1

„**Dienstleistung**“ (ist) jede ... selbstständige **Tätigkeit**, die in der Regel **gegen Entgelt** erbracht wird

d.h.

Dienstleistungstätigkeit unter Inanspruchnahme des freien Dienstleistungsverkehrs im Binnenmarkt (vgl. Erw. 36 DL-RL)

Implizit auch EU-Recht: **Körperliche und/oder geistige Leistung**

1. Aktuelle Entwicklungen des Auftragsrechts

1.1 Offene Ausgestaltung der Dienstleistungsverträge



Sowohl in der Schweiz als auch in der EU ist demnach der **Rechtsbegriff der Dienstleistungen gleich**

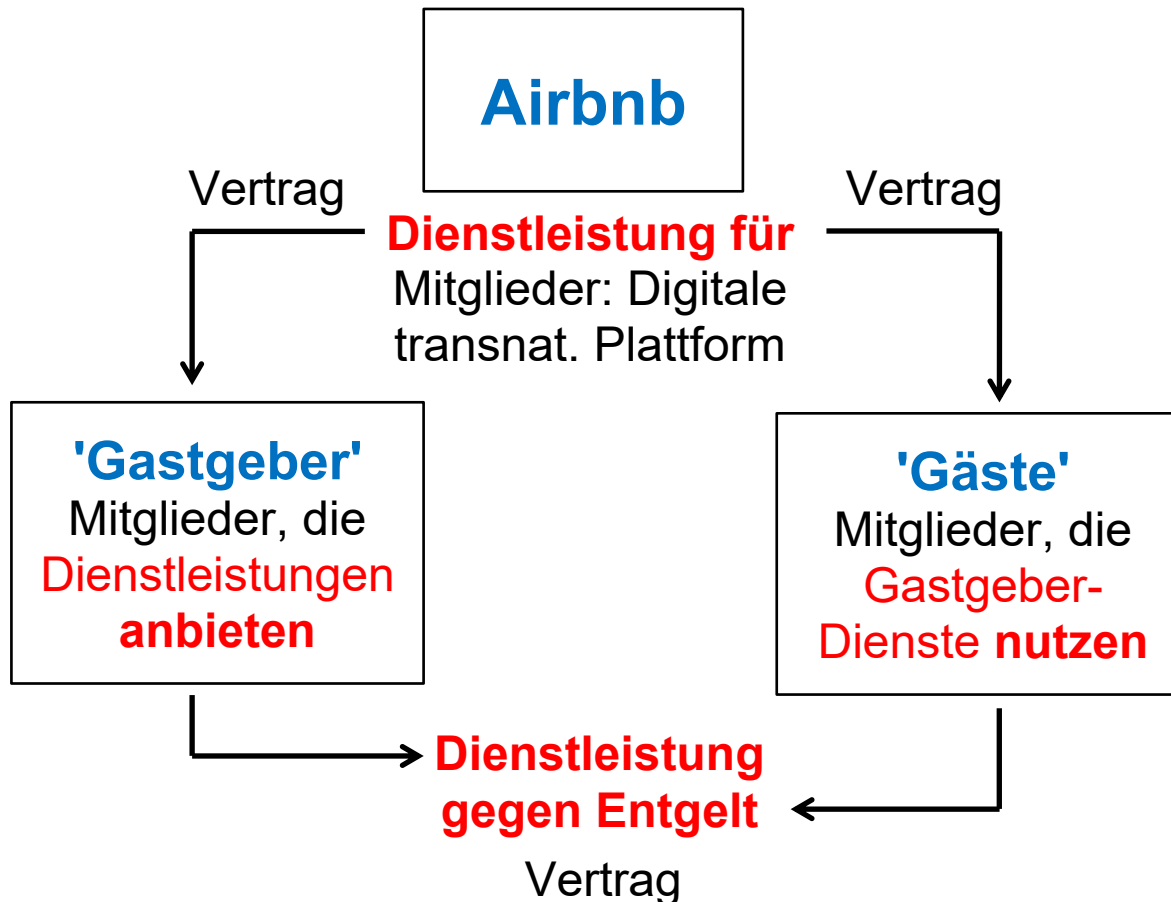
Offene Ausgestaltung aller Arten von Vertragstypen, die sowohl **gesetzlich** geregelt oder **Innominat**kontrakte sind und **Arbeit** im Sinne von **körperlichen und/oder geistigen Leistungen** des Beauftragten für den Auftraggeber enthalten

Damit sind die Dienstleistungsverträge auch **offen für neue Entwicklungen** bei körperlichen und geistigen Leistungen



1. Aktuelle Entwicklungen des Auftragsrechts

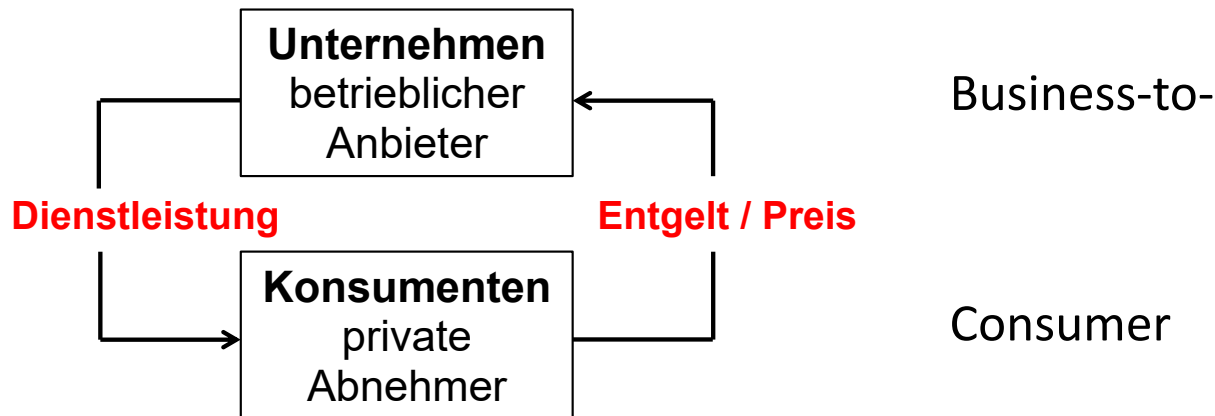
1.2 Neue Entwicklungen I (bspw. Airbnb und Uber)



1. Aktuelle Entwicklungen des Auftragsrechts

1.2 Neue Entwicklungen I (bspw. Airbnb und Uber)

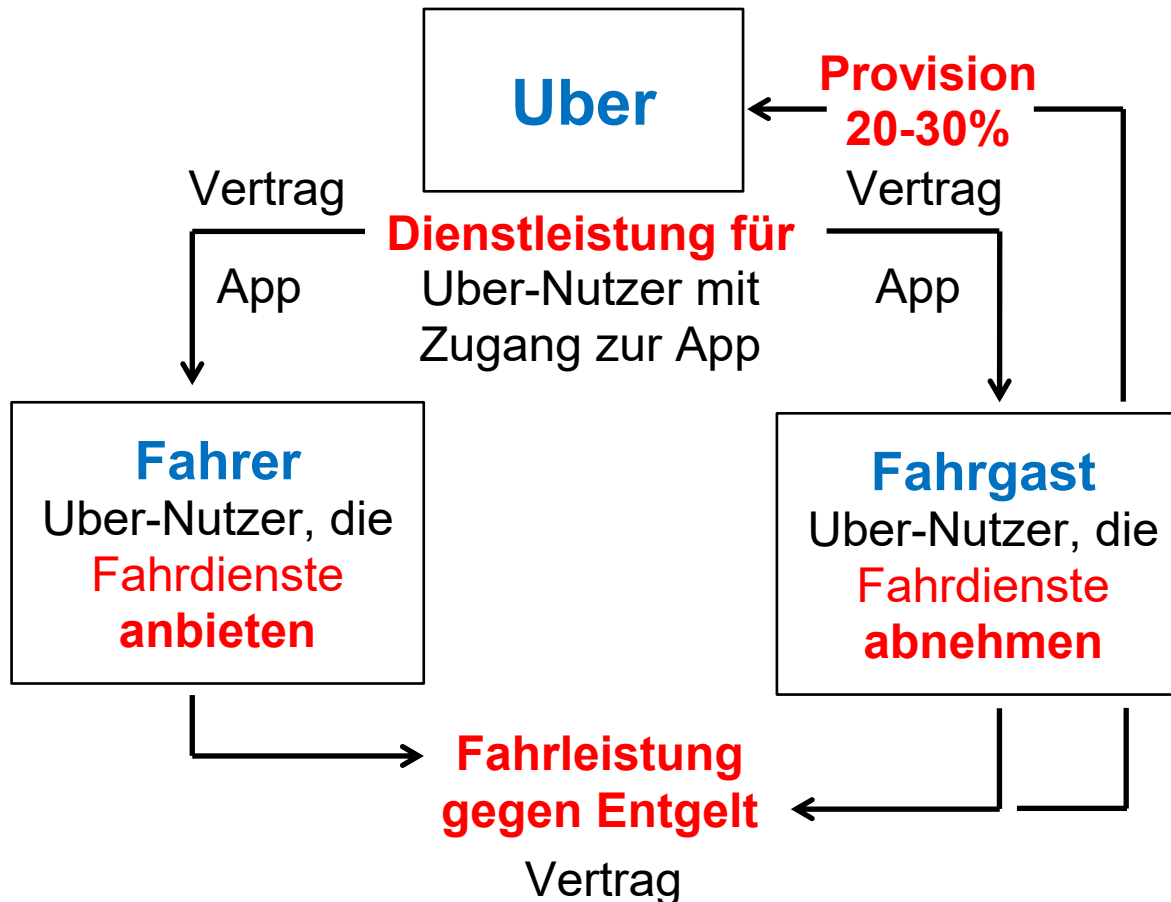
Wie **Airbnb** ist **Uber** eine Innovation der **sharing economy** und zeigt damit völlig neue wirtschaftliche Entwicklungen. Anstelle des **klassischen Konsumrechts** mit Verträgen **B2C**



treten an deren Stelle (mit der Innovation des Internets) neue **Dreiecksverhältnisse** der sharing economy mit der Möglichkeit eines wirtschaftlichen Kontakts 'Peer-to-Peer' **P2P**

1. Aktuelle Entwicklungen des Auftragsrechts

1.2 Neue Entwicklungen I (bspw. Airbnb und Uber)



1. Aktuelle Entwicklungen des Auftragsrechts

1.3 Neue Entwicklungen II (bspw. Leihmutter, Liebe und Sex)

Grundlagenarbeit zu neuen Entwicklungen des Auftragsrechts

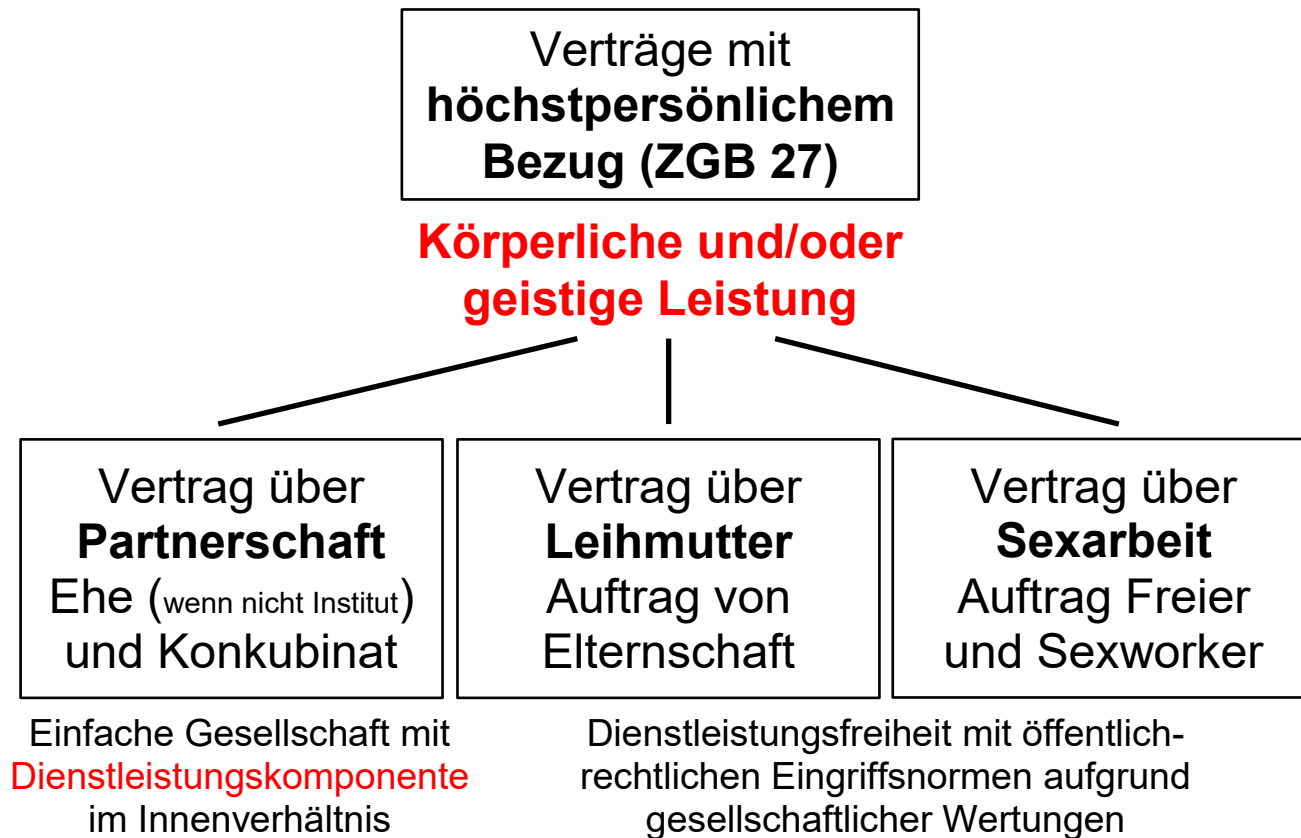
SANDRA HOTZ, Selbstbestimmung im Vertragsrecht unter besonderer Berücksichtigung von Verträgen zu "Liebe", Sex und Fortpflanzung, Zürcher Habilitationsschrift, Bern 2017

Bahnbrechende Forschung auf dem Gebiet des Auftragsrechts und der Dienstleistungen unter **Einbezug von Komponenten höchstpersönlicher Art** im Auftragsverhältnis, insb.

- **Persönlichkeitsrecht** nach ZGB 27
- **Persönliche Freiheit** und Wirtschaftsfreiheit nach BV 27
- **Selbstbestimmung** und Autonomie der Person

1. Aktuelle Entwicklungen des Auftragsrechts

1.3 Neue Entwicklungen II (bspw. Leihmutter, Liebe und Sex)



1. Aktuelle Entwicklungen des Auftragsrechts

1.3 Neue Entwicklungen II (bspw. Leihmutter, Liebe und Sex)

Einordnung der Auftrags-Typen mit den neuen Entwicklungen

Körperliche und geistige Arbeit / Dienstleistung

Arzt und Physiotherapeut beim Auftrag von med. Handlungen

Schwerpunkt geistige Arbeit / Dienstleistung

Reine Beratungstätigkeiten von Psychotherapeut (unter Aufsicht Arzt), **Anwalt**, **Architekt** und **Finanzberater**

Schwerpunkt körperliche Arbeit / Dienstleistung

Leihmutter, Sexwork

1. Aktuelle Entwicklungen des Auftragsrechts

1.4 Eingriffsnormen (präventive Dienstleistungssicherheit)



Grundsatz: Alle privatrechtlichen Rechtsverhältnisse, so auch **Dienstleistungsverträge, werden normativ ergänzt** durch die **öffentlich-rechtlichen Eingriffsnormen**. Die Vertragsfreiheit, körperliche und geistige Dienstleistungen am Markt zu erbringen, als Bestandteil der Wirtschaftsfreiheit nach BV 27 darf aber als Grundrecht nur beschränkt werden unter den Voraussetzungen von BV 36:

1. Gesetzliche Grundlage
2. Öffentliches Interesse
3. Verhältnismässigkeit
4. Unantastbarkeit des Kerngehalts des Grundrechts



1. Aktuelle Entwicklungen des Auftragsrechts

1.4 Eingriffsnormen (präventive Dienstleistungssicherheit)

Analoger Grundsatz im Europarecht:

RICHTLINIE 2006/123/EG vom 12. Dezember 2006 über Dienstleistungen im Binnenmarkt (DL-RL), vgl. auch Erw. 40

Die Dienstleistungsfreiheit im Binnenmarkt darf nur unter klaren Voraussetzungen beschränkt werden gemäss

DL-RL Art. 4 Ziff. 8 und Art. 10

- Nichtdiskriminierung
- Zwingender Grund des Allgemeininteresses
- Verhältnismässigkeit der Zulassungsbedingungen
- Objektiver, transparenter, allgemein zugänglicher Kriterien

1. Aktuelle Entwicklungen des Auftragsrechts

1.4 Eingriffsnormen (präventive Dienstleistungssicherheit)



Grundsatz der transnationalen Dienstleistungsfreiheit

Freizügigkeit zwischen der Schweiz und der EU

Freizügigkeitsabkommen (FZA) 0.142.112.681 (1999, Stand 2017)

FZA Art. 1

" **... Erleichterung der Erbringung von Dienstleistungen** im Hoheitsgebiet der Vertragsparteien, (jedoch grds. mit einer Einschränkung auf 90 Arbeitstage pro Jahr; FZA Art. 5 Abs. 1)

FZA Art. 9 und Anhang III des FZA

Jedoch **Garantie der Dienstleistungssicherheit** durch **kontrollierte** Zulassung der **Diplome und Fähigkeitsausweise**

1. Aktuelle Entwicklungen des Auftragsrechts

1.4 Eingriffsnormen (präventive Dienstleistungssicherheit)

Ergebnis: Alle **Dienstleistungsverträge** welcher Art auch immer sind durch die Wirtschaftsfreiheit (hier: Dienstleistungsfreiheit) geschützt, **grundsätzlich aber im öffentlichen Interesse** in der privatrechtlichen Ausgestaltung **beschränkt (Eingriffsnormen)**

Das gilt *einerseits* für die **traditionellen Auftragstypen** wie Anwaltsvertrag (u.a. **BGFA**), Architektenvertrag (u.a. **Baurecht**), Arztvertrag (u.a. **Medizin- und Heilmittelrecht**) und die Vielfalt von Finanzdienstleistungen (u.a. **FINMAG, FINIG und FIDLEG**)

andererseits aber auch für die **Bedingungen der Zulassung** durch regionale Rechtsakte bei Airbnb und Uber sowie Partnerschaft und Sexarbeit oder einer Leihmutter

2. Kernprobleme des Auftragsrechts im allgemeinen

2.1 Grundlagen I (Vertrauen und Sorgfalt als Kerngehalt)

Wesensmerkmal des Auftrags

Vertrauensverhältnis zwischen dem Auftraggeber und dem Beauftragten

Rechtsfolge: Jederzeitige Möglichkeit der Vertragsauflösung

Widerrufsrecht nach OR 404 - Bei gestörtem Vertrauensverhältnis wäre es unerträglich, wenn die Parteien des Auftrags nicht unverzüglich Abstand nehmen könnten

Rechtsgrund: Unzumutbarkeit des Auftragsverhältnisses

Unzulässige Beschränkung der Handlungsfreiheit bzw. des Persönlichkeitsrechts der Parteien nach ZGB 27

2. Kernprobleme des Auftragsrechts im allgemeinen

2.1 Grundlagen I (Vertrauen und Sorgfalt als Kerngehalt)

Jedoch Änderungsversuch Bundesrat entsprechend Vorstoss der Motion 11.3909 zur Anpassung von OR 404, vgl. Entwurf:

D. Beendigung / I. Gründe/ 1. Widerruf, Kündigung

a. Grundsatz (neuer Randtitel)

Art. 404 *geltender Gesetzestext*

b. Abweichende Vereinbarungen (neuer Randtitel - abgelehnt)

Art. 404a

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

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

2. Kernprobleme des Auftragsrechts im allgemeinen

2.1 Grundlagen I (Vertrauen und Sorgfalt als Kerngehalt)

Ablehnung der Revision des Widerrufsrechts nach OR 404

Die am 29. September 2011 eingereichte und vom Parlament am 23. Dezember 2011 (Nationalrat) bzw. am 27. September 2012 (Ständerat) angenommene **Motion 11.3909 «Artikel 404 OR. Anpassung an die Erfordernisse des 21. Jahrhunderts» ...**

... wurde nach eingehender Vernehmlassung und wegen überwiegender Ablehnung der Motion auf **Antrag des Bundesrates vom 25. Oktober 2017** hernach im Parlament abgeschrieben. **OR 404 bleibt unverändert zwingendes Recht**

2. Kernprobleme des Auftragsrechts im allgemeinen

2.1 Grundlagen I (Vertrauen und Sorgfalt als Kerngehalt)

Würdigung der Ablehnung einer Revision des Widerrufsrechts (jederzeitiger Widerruf mit Vorbehalt der Unzeit) nach OR 404

Sorgfalt des Beauftragten bei der Erfüllung des Auftrags als weiterer Kerngehalt. Häufig und typischerweise *Fachkunde* des Beauftragten *bei besonderen Auftragsverhältnissen*. Bei Fehlen der Expertise ein Übernahmeverschulden gegeben mit grosser Wahrscheinlichkeit von Unsorgfalt

Unsorgfältige Vertragserfüllung rechtfertigt in solchen Auftragsverhältnissen die jederzeitige Möglichkeit der Auflösung des Vertrags

2. Kernprobleme des Auftragsrechts im allgemeinen

2.2 Grundlagen II (Sorgfaltspflicht und Beweislast)

Unsorgfalt und Problem der gleichen Sach- und Rechtsfrage

Sorgfaltspflichtverletzung (= Vertragsverletzung) und Beweislast

Beweislast Auftraggeber Geschädigter Gläubiger	Beweislast Beauftragter OR 97 Schädigender Schuldner
Unsorgfalt als <u>Vertragswidrigkeit</u>	
Schaden	
Kausalzusammenhang zwischen Unsorgfalt und Schaden	
Verschulden (keine Beweislast) Unsorgfalt als <u>Fahrlässigkeit</u>	Exkulpation - kein Verschulden <u>Keine Unsorgfalt keine Fahrlässigkeit</u>

2. Kernprobleme des Auftragsrechts im allgemeinen

2.2 Grundlagen II (Sorgfaltspflicht und Beweislast)

Unsorgfalt und Problem der gleichen Sach- und Rechtsfrage

Lösungsansatz für die Beweislast bei Vertragswidrigkeit
= Fahrlässigkeit

Problemlösung I

Durch positive und konkrete Feststellung des Sachverhalts mit **Beweis** d.h. erfolgreiche Beweisführung einer der Parteien

Problemlösung II

- **Identität** der (Sach- und) Rechtsfrage (BGE 102 II 20)
- **Abgrenzungstheorie** (THOMAS GRIEDER, Vertragswidrigkeit und objektivierte Fahrlässigkeit, Zürich 2002, 157 ff.)

3. Kernprobleme des Auftragsrecht im besonderen **(Treuepflicht, Informationspflicht, Auskunftspflicht, Rechenschaftsablage, Herausgabepflicht, Geheimnispflicht)**

Vor Auftrag ————— Informationspflicht

Während
Auftrag

- Treuepflicht
- Informationspflicht
- Auskunftspflicht
- Rechenschaftsablage
- Herausgabepflicht
- Geheimnispflicht

Nach Auftrag

- Treuepflicht
- Herausgabepflicht
- Geheimnispflicht

4. Wichtige Vertragstypen des Auftragsrechts in Entwicklung **(Anwaltsvertrag, Architektenvertrag, Arztvertrag, Treuhand und Revision, Vermögensverwaltung)**

Anwaltsvertrag Referat Georg Rauber

Architektenvertrag Referat Jérôme Baumann

Arztvertrag Referat Ueli Kieser

Treuhand und Revision Referat Daniel Lengauer

Vermögensverwaltung Referat Armin Kühne

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!
Alexander Brunner