

§ 12 AUFTRAG IN ALLGEMEINEN (EINFACHER AUFTRAG) - (OR 394-406)

Literatur:

B. v. Büren, OR II, p. 127-143; K. Dürr, Werkvertrag und Auftrag, Vira 1983; G. Gautschi, OR 394-406; J. Hofstetter, SPR VII/2, p. 1-109; F. Knoepfler/J. Guinand, SJK Nr. 326-328a, 1986.

I. Allgemeines

1. Terminologie

Im 13. Titel werden neben dem Auftrag im eigentlichen Sinn (OR 394-406) weitere Auftrags-Sondertypen normiert (Kreditbrief/Kreditauftrag, OR 407-411; Mäklervertrag, OR 412-418; Agenturvertrag, OR 418a-418v). Da die Bezeichnung "Auftrag" als Oberbegriff all dieser Vertragstypen verwendet wird, muss der eigentliche Auftrag terminologisch abgehoben werden und heisst im Gesetz "einfacher Auftrag". Meist (und auch hier) spricht man kurz von "Auftrag", um diesen zu bezeichnen. Geläufig ist auch heute noch der römische Ausdruck "Mandat".

Beteiligte Personen:	Auftraggeber	-	Beauftragter
	Mandant	-	Mandatar

Nach einhelliger Auffassung können Aufträge auch juristischen Personen erteilt werden.

2. Begriff

Durch den Abschluss eines (einfachen) Auftrages verpflichtet sich der Beauftragte zur entgeltlichen oder unentgeltlichen Besorgung der ihm übertragenen Dienste oder Geschäfte im Interesse und nach dem Willen des Auftraggebers.

Die traditionelle Einteilung in Rechthandlungs- und Tathandlungsaufträge (dh. Unterscheidung nach dem Kriterium, ob der Mandatar rechtsgeschäftlich handeln soll [und hiezu nach Stellvertretungsgrundsätzen Vollmacht braucht] oder nicht), ist historisch bedingt durch die zeitweilige Verbindung des Stellvertretungsrechts mit dem Mandat (dazu unten Zif. IV), hat jedoch keine selbständige Bedeutung innerhalb des Auftragsrechts.

Pflicht zu blossem Unterlassen oder Dulden wird nicht als Auftrag verstanden; wohl aber als Nebenpflicht zum Hauptgegenstand des Auftrages möglich.

3. Entstehung und Vertragsgegenstand

a) Der Auftrag entsteht durch Konsens und formfrei, oft durch konkludentes Handeln. Gemäss Sonderregelung von OR 395 gilt der Auftrag (präziser: die Offerte eines solchen) als angenommen, wenn er nicht sofort abgelehnt wird im Falle berufsmässiger Ausübung seitens des Mandatars, dh. bei Gewerbmässigkeit, öffentlicher Empfehlung oder öffentlich-rechtlicher Konzessionierung (Anwälte, Aerzte, Banken, Transportunternehmen usw.).

Davon zu unterscheiden ist eine allfällige öffentlich-rechtliche Pflicht zum Tätigwerden (amtliche Verteidigungen und Beistandschaften der Rechtsanwälte).

Die Auftragserteilung bleibt grundsätzlich auch dann noch formfrei, wenn der Auftrag zum Kauf einer Liegenschaft und zu deren Weiterübertragung (Ablieferung) an den Auftraggeber verpflichtet (BGE 64 II 228 lit. c; 65 II 161).

- b) Der Vertrag ist zustande gekommen, wenn sich die Parteien über die Art der vom Beauftragten abzuwickelnden Geschäfte geeinigt haben. Vertragsgegenstand kann auch eine Geschäftsbeziehung als solche sein (Vereinbarung betr. Eröffnung eines Bankkontos, Vermögensverwaltung usw.), wobei die Bestimmung der abzuwickelnden Transaktionen der Zukunft vorbehalten bleiben kann. Erteilung eines "Auftrages" zu Zahlung, Wertpapierkauf o.dgl. ist dann nicht neuer Vertragsschluss, sondern Erteilung einer Weisung/Instruktion im Rahmen eines bereits geschlossenen Vertrages (insbesondere keine Anfechtung wegen Willensmängel). Vgl. im übrigen auch BGE 110 II 284.

4. Anwendungsbereich der Art. 394-406 OR

- a) Die Regeln über den "einfachen" Auftrag gelten auch für die Auftrags-Sondertypen des 13. Titels: Kreditbrief und Kreditauftrag (OR 407/I; unten § 15/VI, VII), Mäklervertrag (OR 412/II; unten § 13/I) und Agenturvertrag (OR 418b/I; unten § 13/II), weiterhin kraft ausdrücklicher Verweisung auch für die Kommission (OR 425/II; unten § 13/III, den Frachtvertrag (OR 440/II; unten § 13/IV) und den Speditionsvertrag (OR 439, 440/II; unten § 13/V). Schliesslich kann die Geschäftsführung ohne Auftrag (OR 419-423; unten § 14) nicht losgelöst vom Mandatsrecht verstanden werden. Bei liberalen Berufen, welche öffentlich-rechtlich geregelt sind, überlagern sich den OR-Vorschriften allenfalls öffentlich-rechtliche Normen mit Auswirkung auf die vertragliche Beziehung der Parteien. So können Kantone für Anwälte einen zwingenden Honorartarif aufstellen (BGE 66 I 55, 41 II 481); zur Stellung der Notare BGE 90 II 278. - Die sog. SIA-Normen (Normen des Schweizerischen Ingenieur- und Architekten-Vereins) schaffen für die betroffenen Berufsgruppen das dispositive Mandatsrecht abändernde und ergänzende Regeln, die allerdings bloss im Falle expliziter Vereinbarung als massgeblich betrachtet werden dürfen.
- b) Keine Exklusivgeltung des Auftragsrechts
Nach OR 394/II ist Auftragsrecht auf alle Arbeits- und Dienstleistungsverträge anzuwenden, die nicht einem gesetzlichen Sondertypus (Arbeitsvertrag oder einzelne Auftrags-Typen, Verlagsvertrag o.dgl.) unterliegen. Der These von Gautschi (OR 394 N. 56) folgend wollten BGE 104 II 110 und 106 II 158 daher die zwingenden auftragsrechtlichen Vorschriften (OR 404, unten Zif. V/1 und 2) auf sämtliche im Gesetz nicht geregelten Vertragstypen mit Dienstleistungselementen ausdehnen. In "Referat", ZSR 1983/II p. 286/7 und Anm. 38 wurde gezeigt, dass der in der Revision von 1911 in OR 394 eingefügte Abs. II keineswegs diese weittragenden Folgen rechtfertigt. In BGE 109 II 466 (bestätigt 110 II 382 und 112 II 46) wird dementsprechend der Auftrag nicht mehr als Vertragstypus verstanden, der ausserhalb stehende, auf Dienstleistung gerichtete Verträge untersagen oder Zwischenlösungen (Verträge, die z.B. zwischen Auftrag und Werkvertrag stehen) ausschliessen würde. Vgl. dazu Ch. Leuenberger, "Dienstleistungsverträge", ZSR 106 (1987) II S. 26-51.

II. Geschichte/Rechtsvergleichung

Ursprünge im römischrechtlichen *mandatum*; die romanistische Tradition ist auch heute entscheidend wichtig zum Verständnis des Auftragsrechts. Gefälligkeitsgeschäft (Konsensualkontrakt), *per definitionem unentgeltlich*. Trotz Unentgeltlich-

keit sollten die Verhältnisse nicht im rechtsfreien Raum belassen, sondern geregelt werden: Verwendungsersatz, Ablieferungspflicht, Sorgfalts- und Treuepflicht (diese hat dem Institut den Namen gegeben: mandatum von manum dare, die Hand geben, sc. zum Zeichen der getreulichen Ausführung). Mit der Unentgeltlichkeit hängt der Fundamentalgrundsatz zusammen, dass der Beauftragte wie auch der Auftraggeber jederzeit fristlos kündigen kann. Unentgeltlichkeit indessen im römischen Recht nur relativ: ein Honorar (honorarium, "Ehrensold") kann verabredet oder üblich sein, wenn es auch bis in die Spätzeit hinein unklagbar ist.

Im schweizerischen Recht ist die Unentgeltlichkeit nicht Begriffsmerkmal des Auftrages, dh. die Parteien können ein Entgelt verabreden, wobei Unentgeltlichkeit vermutet wird (Einfluss des franz. CC art. 1986: "Le mandat est gratuit, s'il n'y a convention contraire". Entgeltlichkeit auch im ABGB, § 1004, zugelassen). Damit entfällt teilweise die Rechtfertigung der jederzeitigen Kündbarkeit nach OR 404/I (vgl. auch v. Büren, OR II, p. 104 ff.; Hofstetter, p. 52 ff.; Jäggi, SJZ 69, p. 304; Ruppert, SJZ 66, p. 284). - An der romanistischen Unentgeltlichkeit hält das BGB (§ 662) fest, was die deutsche Praxis zwingt, die Tätigkeit der liberalen Berufe einem modifizierten (insbesondere die Unterordnung des Dienstnehmers einschränkenden) Dienstvertragsrecht, teilweise auch dem Werkvertrag zu unterstellen.

NOTA: Beachte den grundlegenden Unterschied der Unentgeltlichkeit bei der Berücksichtigung deutscher Literatur!

Grosse praktische Bedeutung des Mandatsrechts: regelt weite Bereiche der Tätigkeit von Banken, Treuhandgesellschaften usw. sowie zur Hauptsache die Vertragsbeziehungen der liberalen Berufe (Rechtsanwälte! - Bezüglich liberale Berufe vgl. F. Dessemontet, Les contrats de service, ZSR 106 [19871 II S. 114 ff.]). Sodann grosser indirekter Anwendungsbereich (oben Zif. I/4).

III. Abgrenzung

1. Gegenüber Arbeitsvertrag

Arbeitsvertrag

Unterordnungsverhältnis; Entgelt
Begriffsnotwendig

Umfassendes Weisungsrecht des Arbeitgebers;
Arbeitnehmer muss weisungsgemäss handeln,
auch wenn er dies für unzweckmässig erachtet.

Kündigung im Normalfall nur befristet/
terminiert möglich:

Gehört zum Wesen des Vertrages, dass er für
eine bestimmte Zeit wirkt, spricht das für
Arbeitsvertrag (so BGE 83 II 529 für
Liegenschaftsverwaltung).

Auftrag

Kein Unterordnungsverhältnis; Beauftragter ist
weder organisatorisch noch örtlich in den
Betrieb des Auftraggebers eingeordnet.

Auftraggeber kann zwar verbindliche
Weisungen erteilen, die sich aber mehr auf das
zu besorgende Geschäft i.S. des
anzustrebenden Ziels als auf die Art der
Durchführung beziehen. Pflicht des (i.d.Regel
fachkundigen) Beauftragten, gegenüber
unzweckmässigen Weisungen
Gegenvorstellung zu erheben (Ausfluss
Treuepflicht).

Möglichkeit, sich der Befolgung von
Weisungen durch sofort wirkende Kündigung
zu entziehen (OR 404; unten Zif. V/1).

Eine Unterscheidung nach dem Gegenstand des Vertrages lässt sich nicht treffen; dieselben Arbeitsleistungen (Rechtsgeschäfte, Tathandlungen) können sowohl Inhalt eines Arbeitsvertrages als auch eines Auftrages sein. Auch das Mass der geforderten Sorgfalt ist dasselbe (OR 398).

2. Gegenüber Werkvertrag

Grundlegender Unterschied, dass beim Werkvertrag ein bestimmter Erfolg geschuldet wird, während bei den Auftragsverhältnissen (wie auch beim Arbeitsvertrag) das Tätigwerden im Interesse des Auftraggebers als solches geschuldet ist. Der Werkvertrag wird daher mit Ablieferung des Werkes bzw. der Bewirkung des Erfolges erfüllt, der Auftrag dagegen mit den einzelnen Handlungen des Beauftragten. Vgl. auch Werkvertrag, § 10/I/3; K. Dürr, Werkvertrag und Auftrag, Vira 1983.

Aus der Praxis:

BGE 110 II 376 unterstellt den mit einem Zahnarzt geschlossenen Vertrag ausschliesslich dem Auftragsrecht, auch wenn im Rahmen der Behandlung eine "Brücke" zu errichten war (wie bei der herausnehmbaren Zahnprothese? - Vgl. auch F. Dessemontet, ZSR 106 (1987) II S. 128). - BGE 109 II 36 qualifiziert den von einem Geometer geschlossenen Vertrag demgegenüber als Werkvertrag, neuerdings auch geistige Produkte als dessen möglichen Gegenstand anerkennend.

3. Gegenüber einfacher Gesellschaft

Einfache Gesellschaft ist die "vertragsmässige Verbindung von zwei oder mehreren Personen zur Erreichung eines gemeinsamen Zweckes mit gemeinsamen Kräften oder Mitteln" (OR 530/I).

Sind nur zwei Personen beteiligt und werden deren Rechte und Pflichten ungleich geregelt, so nähert sich die einfache Gesellschaft dem zweiseitigen Vertrag auf Arbeitsleistung. Sind die Interessen am Geschäft nicht gleicher Art und stehen im besonderen der einen Partei einseitige Weisungsbefugnisse zu, so Auftrag (BGE 104 II 112).

4. Gegenüber rechtlich unverbindlicher Gefälligkeit

Das Mandat ist traditionell das rechtlich abgesicherte Gefälligkeitsgeschäft. Dies schliesst nicht aus, dass daneben Gefälligkeitshandlungen möglich bleiben, die (mangels Bindungswillens der Parteien; es unterbleibt gewissermassen das "manum dare") keinerlei mandatsrechtliche Folgen (unten Zif. VI und VII) auslösen; bereits in Dig. 17, 1, 2, 6 wird die Erteilung eines "consilium" (betr. Vermögensanlage im allgemeinen) vom Mandat ausgenommen. Bedeutsam hier vor, allem das Erteilen von Auskünften/Ratschlägen, vom Weisen des Weges bis zur Auskunft über die Zutrauens- oder Kreditwürdigkeit einer bestimmten Person.

Hinweis: Im Gegensatz zu den geltenden Kodifikationen, die sich zum hier genannten Problem ausschweigen, gibt das zürcherische Privatrechtliche Gesetzbuch (1854/56) innerhalb des Auftragsrechts (§ 1156 - 1215) eine Sonderregelung für "Rath und Empfehlung" (§§ 1161-65), in der die Haftung des Raterteilenden je nach Umständen eine differenzierende Regelung erfährt, die auch heute noch wegleitend sein könnte (grundsätzlich keine Haftung, § 1161, aber Ausnahmen, z.B. § 1162: "Ausnahmsweise wird der Rathgeber ... zum Schadenersatz verpflichtet, wenn derselbe absichtlich

schädlichen Rath ... gegeben hat oder durch Amtspflicht oder Beruf oder vertragsmässig veranlasst war, mit Sorgfalt Rath zu geben und aus Fahrlässigkeit schädlichen Rath erteilt hat ..."). - Für den englischen Sprachbereich vgl. den leading case Hedley Byrne & Co. LTD v. Heller & Partners, 2 All. E.R. 575.

Im kommerziellen Bereich, etwa bei Auskünften durch Banken besteht keine Klarheit, ob die Haftung eher nach mandatsrechtlichen (vertragsrechtlichen) oder deliktsrechtlichen Gesichtspunkten zu beurteilen sei (vgl. dazu BGE 112 II 350, 111 II 471, 80 III 54 E. 4, 68 II 302 mit Hinweisen auf weitere).

IV. Verhältnis zur Vollmacht

Rechtshandlungen kann der Beauftragte im Namen des Auftraggebers nur vornehmen, wenn er von diesem eine entsprechende Vollmacht hat. Massgebend die Regeln über Stellvertretung (OR 32-40; OR/AT § 33), ausnahmsweise der Prokura und Handlungsvollmacht (OR 458-465; unten § 20).

Unterschiede zwischen Vollmacht und Auftrag:

- Vollmachterteilung ist einseitiges, Auftrag zweiseitiges Rechtsgeschäft.
- Vollmacht betrifft primär das Aussenverhältnis (Beziehung Vollmachtgeber-Dritter), Auftrag dagegen das Innenverhältnis der Parteien.
- Vollmacht verpflichtet nicht zum Handeln, sondern gibt nur rechtliche Möglichkeit; Auftrag verpflichtet zum Handeln.

Der Auftrag zu einer Rechtshandlung schliesst auch die zur Vornahme erforderliche Vollmacht mit ein (OR 396/II); Ausnahmefälle in OR 396/III. Vgl. auch OR/AT § 33/IV Anm. 61.

Historischer Hinweis: Die zivilrechtliche Stellvertretung, von der romanistischen Tradition abgelehnt, ist in Weiterbildung der Rechtshandlungsaufträge entwickelt und in der Folge ins Auftragsrecht eingebaut worden (so Allg. Preuss. Landrecht I/13 § 5 ff, franz. CC. 1984, ABGB §§ 1002 ff). Als erste Kodifikation vollzieht das zürcherische Privatrechtliche Gesetzbuch (PGB) Bluntschli den bedeutenden dogmatischen Fortschritt der Lostrennung der Stellvertretung aus dem Auftragsrecht (PGB §§ 949-954 Stellvertretung, §§ 1156-1205 Auftrag). Vgl. weiterhin OR/AT § 33/IV, insbesondere Anm. 58.

V. Aussergewöhnliche Beendigung kraft Widerrufs (OR 404/I)

Das Auftragsverhältnis kommt naturgemäss zu einem Ende, wenn der Beauftragte das bei der Mandatserteilung vorgesehene Geschäft abgeschlossen hat. Hier nur zu behandeln die Beendigung kraft Widerrufs.

1. Grundsatz jederzeitiger fristloser Kündigungsmöglichkeit (OR 404/I)

"Der Auftrag kann von jedem Teile jederzeit widerrufen oder gekündigt werden". (OR 404/I). Gemeint ist eine Kündigungsmöglichkeit mit der Besonderheit, dass die Kündigung nicht an bestimmte Termine gebunden ist ("jederzeit" erfolgen kann), fristlos, sofort wirkt (zur Kündigung vgl. auch bei Miete oben § 7/VI/2) und dies keines "wichtigen Grundes" (oder einer sonstigen Begründung) bedarf. Ein "Widerruf" liegt, entgegen Wortlaut OR 404/I, nicht vor, da die bisherige Vertragsbeziehung nicht betroffen wird, die Kündigung ex nunc, dh. nur für die Zukunft wirkt. Ebenso liegt kein "Rücktritt" im technischen Sinn vor (so OR 404/II).

Das freie Kündigungsrecht ist unverzichtbar, dh. es kann zum vornherein vertraglich weder ausgeschlossen noch beschränkt werden; eine Konventionalstrafe zur Sicherung der Unterlassung des Widerrufs ist unzulässig (BGE 104 II 111 E. 1, 4; sie kann aber zulässig sein als angemessene Pauschalierung des durch Vertragsverletzung oder durch Unzeitigkeit des Widerrufs [unten Zif. 2] entstandenen Schadens. BGE 110 II 383, 109 II 468, 103 II 130 E. 1; vgl. auch BGE 55 II 183, 59 II 261, 98 II 309 und dazu Jäggi in SJZ 69 p. 301 ff.). Ein Teil der Literatur übt daran Kritik und will OR 404 als dispositive Norm verstehen (vgl. Hinweise bei Hofstetter p. 52 A. 51). Aus der kantonalen Judikatur ZR 35/25, 69/9, 76/17.

Die zwingende Natur von OR 404 darf angesichts der in der schweizerischen Gesetzgebung sich niederschlagenden romanistischen Tradition, welche die freie beidseitige Kündbarkeit konsequent festhält (vgl. Windscheid II § 411 Zif. 1), nicht bezweifelt werden. Sachlich erscheint die Lösung angesichts des Funktionswandels des Instituts und insbesondere im Hinblick auf die nicht übernommene Unentgeltlichkeit allerdings als fragwürdig, obwohl die Bedeutung der auch heute noch wichtigen Wirkung des Schutzes vor übermässiger vertraglicher Bindung nicht übersehen werden darf. De lege lata ergeben sich vor allem aus der Offenheit des Vertragssystems (Vertragsfreiheit, kein Typenzwang), Schranken der Durchsetzbarkeit zwingender Gesetzesvorschriften, da diese zwangsläufig auf einen bestimmten Typus beschränkt sind, dieser Typus jedoch nicht als abgeschlossene Grösse verstanden werden kann (dazu auch oben § 2/I/2). Daraus ist zu folgern, dass der Grundsatz von OR 404 zwar auf Verträge anzuwenden ist, welche den Typus des Auftrages in seiner reinen Form verwirklichen, nicht dagegen bei Verträgen, die eine - vom Gesetzgeber nicht ausgeschlossene - Mischung von Auftrag mit Elementen anderer Vertragstypen (z.B. Werkvertrag) darstellen: Schutzzweck von OR 404 ist Gewährleistung der persönlichen Freiheit (analog ZGB 27) in einer von gegenseitigem Vertrauen beherrschten Rechtsbeziehung; nicht alle als Auftrag qualifizierten, bzw. auftragsähnlichen Verträge fordern unter diesem Gesichtspunkt die Widerruflichkeit i.S. von OR 404. Anwendung von OR 404 beim Frachtvertrag (neuestens bestätigt in BGE 109 II 232) ist deshalb fehl am Platz, zumal die Unterstellung des Frachtvertrages unter Auftragsrecht sachlich fragwürdig ist (vgl. unten § 13 Vorbemerkung und § 13/IV). Umgekehrt ist die Unterstellung eines Liegenschaftsverwaltungsvertrages unter OR 404 (so BGE 106 II 158) vollauf gerechtfertigt. Im übrigen wird man bei entgeltlichen Verträgen eher auf Anwendung von OR 404 verzichten können als bei Aufträgen, die (i.S. der romanistischen Tradition, aus der OR 404 stammt) unentgeltlich sind. Ausführlich dazu Bucher, Referat Schweiz. Juristenverein, ZSR 1983, Bd. II, § 6 II, bes. Zif. 4. Vgl. auch M. Koller-Tumler, Jederzeitiger Widerruf im Auftragsrecht? recht 1984, p. 49 ff.; Ch. Leuenberger, Dienstleistungsverträge, ZSR 106 (1987) II S. 31-43.

2. Schadenersatzpflicht bei Kündigung "zur Unzeit" (OR 404/II)

Der kündigende Teil wird "zum Ersatze des dem anderen verursachten Schadens verpflichtet", wenn die Kündigung "zur Unzeit" erfolgt ist. Ob eine solche vorliegt, ist primär nach den Nachteilen zu beurteilen, die dem Vertragspartner durch die Kündigung entstehen können; dies ist umso eher anzunehmen, je weniger der Kündigende rechtfertigende Gründe geltend machen kann.

Auf seiten des Mandatars kann der Schaden darin bestehen, dass er nutzlos werdende Aufwendungen gemacht hat. Diese hat ihm der kündigende Mandant zu ersetzen, soweit sie zweckdienlich waren und vom Auftraggeber vorausgesehen werden konnten. Er hat

dem Beauftragten im wesentlichen das negative Interesse zu ersetzen (allenfalls unter Einschluss des entgangenen Gewinns aus anderweitig versäumten Geschäften); vgl. auch ZR 29/80, zu Einzelheiten OR/AT § 20/III/2.

Ersatzpflicht des Mandatars, wenn durch seine Mandatsniederlegung der Mandant geschädigt wird (so etwa, wenn ein Anwalt sein Mandat in einem Zeitpunkt niederlegt, in dem ein anderer Anwalt zur Wahrung einer laufenden Frist nicht gefunden werden kann); hier ist der Auftraggeber so zu stellen, wie wenn der Auftrag richtig ausgeführt worden wäre. - Bei Anwälten kann die Niederlegung eines Mandats zur Unzeit eine standesrechtlich zu ahndende Ordnungswidrigkeit darstellen. Mandatsniederlegung braucht im übrigen nicht begründet zu werden (ZR 45/8).

3. Bei Tod, Handlungsunfähigkeit, Konkurs

Bei Tod, eintretender Handlungsunfähigkeit oder Konkurs einer der Parteien wird das Erlöschen des Auftrages vermutet, sofern nicht das Gegenteil vereinbart ist oder aus den Umständen gefolgert werden kann (OR 405/I). Z.B. wird im Vertragsverhältnis mit Banken ein Weiterdauern über den Tod des Auftraggebers hinaus vermutet (BGE 94 II 31 b E. 3).

Würde das Erlöschen des Auftrages die Interessen des Auftraggebers gefährden, so ist der Beauftragte, dessen Erbe oder Vertreter, verpflichtet, für die Weiterführung des Auftrags (ev. durch Dritte) besorgt zu sein (OR 405/II). Bei Tod des Auftraggebers steht der Beauftragte nicht mehr in Rechtsbeziehung mit dem Verstorbenen (ZGB 31/I!), sondern handelt für dessen Erben. Da es zur Auftragserteilung der Zustimmung sämtlicher Erben bedürfte, kann jeder einzelne von ihnen (i.d.R. mit Wirkung für alle) das Widerrufsrecht i.S. von OR 404 ausüben. Vgl. im übrigen ZR 56/103, 60/62.

VI. Pflichten des Beauftragten (Ansprüche des Mandanten: actio mandati directa)

1. Pflicht, tätig zu werden

Der Beauftragte ist zur Ausführung der übernommenen Angelegenheit verpflichtet, solange er von der Kündigungsmöglichkeit nach OR 404/I nicht Gebrauch gemacht hat. Bei schuldhafter Unterlassung der Auftragsausführung hat der Beauftragte Schadenersatz (auf das Erfüllungsinteresse) zu leisten.

2. Pflicht, persönlich zu handeln

In Umkehrung der allgemeinen Regel von OR 68 (vgl. OR/AT § 18/IV/1) hat der Beauftragte den Auftrag grundsätzlich persönlich auszuführen. Substitution ist nur zulässig bei ausdrücklicher Ermächtigung, Nötigung durch die Umstände oder wenn sie Übungsgemäss als zulässig betrachtet wird (OR 398/III). Der Auftraggeber kann seinerseits, durch ganzen oder teilweisen Widerruf seiner eigenen Vollmacht, der dem Substituten erteilten Vollmacht jederzeit ein Ende setzen. Von der Substitution ist indessen zu unterscheiden der in jedem Fall erlaubte Beizug von Hilfspersonen für untergeordnete Funktionen im Rahmen der Auftragsausführung (z.B. Anwaltssekretärin) oder Teilfunktionen (z.B. Beizug eines Ingenieurs für statische Berechnung bei Bauten). Vgl. auch unten Zif. 6/b.

3. Pflicht, Weisungen des Auftraggebers zu befolgen

Aus dem Wesen des Auftrags folgt, dass der Beauftragte sich um die aktuellen Interessen des Auftraggebers zu bemühen hat; Weisungen des Auftraggebers, die den Inhalt des Auftrages konkretisieren oder modifizieren, hat er zu befolgen. Gehen diese aber über den ursprünglichen Vertragsinhalt hinaus, handelt es sich bloss um eine Offerte zu einem neuen Auftrag (der abgelehnt werden könnte). Weicht die aktuelle Sachlage von den ursprünglichen Vorstellungen der Parteien ab, verhindern die Umstände das Einholen neuer Weisungen und entspricht das gewählte Vorgehen dem vermutlichen Willen des Auftraggebers, darf (muss) der Beauftragte von verbindlichen Weisungen abweichen (OR 397/I).

Unberechtigtes Abweichen von verbindlichen Weisungen stellt eine Vertragsverletzung dar. Der Auftraggeber kann aber weiterhin auf weisungskonformer Auftragsausführung beharren; ist diese nicht mehr möglich, schuldet der Beauftragte Schadenersatz wegen Nichterfüllung. Nimmt der Beauftragte den durch die Weisungsmisachtung entstandenen Schaden auf sich (z.B. durch Bezahlung der Preisdifferenz bei Nichtbeachtung von Limiten), gilt der Auftrag als erfüllt (OR 397/II).

4. Treuepflicht

Die Treuepflicht des Mandatars gegenüber dem Mandanten ist Kernstück des Auftragsrechts ("mandatum" von "manum dare"). Sie verpflichtet den Beauftragten zur Orientierung, Beratung und verbietet ihm u.U. mit dem übernommenen Mandat in Interessenkollision stehende weitere Aufträge zu übernehmen.

Die Treuepflicht wirkt bereits bei Vertragsschluss und vor Abwicklung des Auftrags: Es darf ein Mandat nicht übernommen werden, wenn man zu dessen korrekter Ausführung nicht die vorausgesetzten persönlichen Eigenschaften besitzt (einerseits fachliche Qualifikationen, andererseits Unabhängigkeit und Fehlen von Interessenkollisionen). Verstoss gegen diese Regeln würde sog. Uebernahmeverschulden konstituieren.

Treuepflicht ist vorab Pflicht allgemeiner Interessenwahrung (nicht Pflicht getreulicher Befehlsausführung): Das Mandat als Interessenwahrungsvertrag verpflichtet insbesondere zu kritischer Bewertung erhaltener Instruktionen wie auch zum Hinweis auf Fehlen von Instruktionen bzw. auf Unterlassungen des Mandanten; BGE 111 II 73 erklärt einen Architekten haftpflichtig, der den Bauherrn nicht auf die Indikation zum Abschluss einer Versicherung hingewiesen hatte.

Ausfluss der allgemeinen Treuepflicht ist auch die im Gesetz nicht ausdrücklich erwähnte Geheimhaltepflicht. Sie umfasst nicht nur das dem Beauftragten Anvertraute, sondern alles, was er in Ausführung des Auftrags erfährt. Die Verletzung der Geheimhaltepflicht stellt eine positive Vertragsverletzung dar (vgl. zum Begriff OR/AT § 20/II/2). Die Geheimhaltepflicht findet eine Schranke, wenn ihr schutzwürdige Interessen des Beauftragten entgegenstehen (z.B. Durchsetzung Honoraranspruch des Anwalts). Zu beachten sind auch die gesetzlichen Auskunfts- und Anzeigepflichten sowie Sonderregelungen für bestimmte Berufe (Anwälte, Notare; vgl. auch StGB 321).

Der Beauftragte ist zu umfassender Orientierung, Rechenschaftsablage und Rechnungslegung verpflichtet; vgl. ZR 83/59.

Verstoss gegen die Treuepflicht löst zur Hauptsache Schadenersatzfolgen aus (unten Zif. 6).

5. Rechenschafts- und Ablieferungspflicht (OR 400)

Der Beauftragte hat auf Verlangendes Auftraggebers jederzeit Rechenschaft über seine Geschäfte abzulegen (Benachrichtigungs-, Auskunft- und Abrechnungspflicht; zur Aufklärungspflicht des Arztes vgl. BGE 105 II 286 E. 6). Mehreren gemeinschaftlich einen Auftrag Erteilenden (gemeinschaftliche Kontoinhaber) steht eine Solidarforderung zu (OR 150; OR/AT § 27/III), dh. jeder Auftraggeber kann selbständig die ganze Forderung geltend machen (BGE 101 II 120, 94 II 316 E. 4, 5).

Alles, was dem Beauftragten in Ausführung des Mandats vom Auftraggeber ausgehändigt worden oder von Dritten zugekommen ist, hat er dem Auftraggeber abzuliefern. Ist er mit der Ablieferung von Geldern im Rückstand, hat er sie zu verzinsen. Die Ablieferung kann nicht von einer Décharge o.dgl. abhängig gemacht werden (BGE 78 II 378).

Der Mandatar kann im Regelfall seine eigenen Ansprüche aus dem Mandat (dazu unten Zif. VII) zur Verrechnung stellen und ein Retentionsrecht ausüben. Ein solches besteht jedoch nicht an nicht verwertbaren Gegenständen, insbesondere Akten (vgl. Oftinger, Komm. ZGB 895 N. 27). - Für mandatsfremde Guthaben des Beauftragten muss im Regelfall Verrechnung als ausgeschlossen gelten; das Anvertrauen von Vermögenswerten zur Veräusserung, von Guthaben zum Inkasso usw. erfolgt meist unter der stillschweigenden Voraussetzung der Effektiv-Ablieferung bzw. des Verrechnungsausschlusses.

Ein Anspruch des Auftraggebers auf Auskunft u.dgl. kann auch die Ausführung des Auftrages bzw. dessen Auflösung durch Kündigung überdauern (vgl. dazu BGE 101 II 120).

6. Sorgfaltspflicht (OR 398/I/II)

a) Haftungsmassstab

Trotz potentieller Unentgeltlichkeit gilt der arbeitsvertragsrechtliche Haftungsmassstab für "omnis culpa" (sc. auch leichte Fahrlässigkeit: OR 321a und 321e). Bei wissenschaftlichen Berufen oder solchen, die öffentlich-rechtlicher Konzessionierung unterliegen, sind erhöhte Anforderungen zu stellen, vgl. allgemein OR 100/II, 101/III; dazu OR/AT § 20/III/3 Anm. 77. Umgekehrt sind bei Unentgeltlichkeit geringere Anforderungen zu stellen.

Vgl. aus der Praxis zum Haftungsmassstab:

Anwalt: BGE 106 II 173 und 254, 91 II 439, 87 II 370, 63 II 422.

Arzt: BGE 113 II 429, 110 II 379, 108 II 59, 105 II 285, 70 II 208, 66 II 35, 205 E. 4.

Tierarzt: BGE 93 II 20

Architekt: BGE 111 II 74, 93 II 313 E. 2.

Bank: BGE 112 II 450 ff. und 350, 110 II 371 E. 5, 109 II 116 ff., 108 II 316 E. 2
(vgl. recht 1984 p. 97 ff.), 77 II 368.

Bei Prozessführung durch Rechtsanwälte wie auch bei ärztlicher Behandlung ist die Erreichung eines bestimmten Erfolges nicht Bestandteil der Leistungspflicht des Beauftragten, dieser schuldet vielmehr sorgfältiges und die Regeln der Kunst befolgendes Tätigwerden. Ist Sorgfalt Bestandteil der Leistungspflicht, gehört zum Nachweis der Nichterfüllung der Nachweis mangelnder Sorgfalt (bzw. Verletzung von Kunstregeln), so dass der Nachweis der Unsorgfalt sich praktisch einem Verschuldensnachweis annähert. Zur Abgrenzung der beidseitigen Beweispflichten

im Prozess des geschädigten Patienten gegen seinen Arzt vgl. BGE 105 II 285 f. und ZR 79/83 (=SJZ 1980 p. 383) sowie SJZ 1981 p. 109 f., 333 f. (Bemerkungen von Steyert und Ileri).

b) Haftung für Unterbeauftragte (Substituten) und Hilfspersonen

Zieht der Beauftragte Hilfspersonen bei oder überlässt er die Auftragsausführung unzulässigerweise einem Dritten, so haftet er nach den üblichen Regeln von OR 101 sowie OR 399/I für deren Verschulden wie für sein eigenes (vgl. dazu auch OR/AT § 20/III/6).

Eine OR 101 ausschaltende Sonderregelung statuiert OR 399/II für den Fall der Substitution, dh. dann, wenn der Beauftragte den Auftrag als Ganzes an einen Unterbeauftragten weitergeben darf. Diesfalls haftet der Mandatar nur für Sorgfalt in der Auswahl und Instruktion des Unterbeauftragten. Die Abgrenzung zwischen der beigezogenen Hilfsperson mit umfassender Haftung und dem Unterbeauftragten liegt darin, dass letzterer das Mandat selbständig und in eigener Verantwortung ausführen soll (deshalb auch keine Sorgfalt in der Ueberwachung; vgl. Text OR 399/II). BGE 103 II 61 E. Ia: befugterweise eingeschalteter Zwischenspediteur ist Substitut. Vgl. auch OR/AT a.a.O. - OR 399/II ist nach neuerer Anschauung "nach den Auftragsverhältnissen differenziert und restriktiv auszulegen ...". Nach dieser Auffassung ist auch bei erlaubter Substitution u.a. danach zu unterscheiden, ob der Beauftragte für den Erfolg seiner Dienst- oder Arbeitsleistung garantiert und ob die Substitution im Interesse des Auftraggebers (z.B. Beizug eines Spezialisten durch einen beauftragten Arzt oder Anwalt) oder im Interesse des Beauftragten erfolgt ist (z.B. zur Vergrösserung seiner geschäftlichen Kapazität oder seines Umsatzes); BGE 107 II 245.

Der Unterbeauftragte i.S. von OR 399/II steht in einem direkten Pflichtverhältnis zum Auftraggeber, dh. dieser hat bei Verschulden des Unterbeauftragten einen direkten Anspruch gegen jenen. Dies folgt nicht aus OR 399/III, da dort der Auftraggeber zwar die Ansprüche des Beauftragten geltend machen kann, dieser aber mangels eigenen Schadens keine solchen besitzt. Vielmehr kann man die Unterbeauftragung als einen Vertrag zugunsten Dritter (OR 112) betrachten (so Gautschi, OR 399 N. 10 a, z.T. ev. abweichend obiter BGE 92 II 447).

VII. Pflichten des Auftraggebers (Ansprüche des Mandatars: actio mandati contraria)

1. Pflicht zu Auslagen- und Verwendungsersatz (OR 402/I)

Der Auftraggeber hat dem Beauftragten alle in richtiger Ausführung des Auftrages entstandenen Auslagen und Verwendungen samt Zinsen zu ersetzen. Unter Auslagen und Verwendungen sind Vermögenseinbussen zu verstehen, die der Beauftragte gewollt auf sich genommen hat und die ihm zur weisungskonformen Ausführung des Auftrages als notwendig erscheinen durften (BGE 51 II 188, 558; 59 II 253); Vermögenseinbussen, die gegen oder ohne den Willen des Beauftragten eingetreten sind, kann dieser grundsätzlich nur als Schaden im Sinne von OR 402/II geltend machen (vgl. unten Zif. 3).

2. Pflicht zur Befreiung von eingegangenen Verbindlichkeiten (OR 402/I)

Der Auftraggeber ist verpflichtet, den Beauftragten von seinen für Rechnung des Auftraggebers gegenüber Dritten eingegangenen Verbindlichkeiten durch Erfüllung, allenfalls privative Schuldübernahme (OR 176) zu befreien.

3. Schadenersatzpflicht bei unentgeltlichem Auftrag oder Verschulden des Auftraggebers

- a) Erleidet der Beauftragte im Rahmen der Auftrags-Ausführung einen Schaden, kann er grundsätzlich keinen Ersatz verlangen. Die Praxis hat indessen beim unentgeltlichen Mandat dem Beauftragten einen Ersatzanspruch zuerkannt, falls ihn kein Selbstverschulden trifft, da es unbillig wäre, den altruistisch handelnden Beauftragten schlechter zu behandeln als den Geschäftsführer ohne Auftrag, OR 422/I (so BGE 48 II 490 ff., 61 II 97 E. 3).
- b) Nach OR 402/II trifft den Auftraggeber eine Schadenersatzpflicht, wenn er die Schädigung des Beauftragten verschuldet hat (Verschuldenspräsumption i.S. OR 97, die indessen, da Auftraggeber an Auftrags Erfüllung nicht beteiligt ist, meist gegenstandslos ist). Ein Verschulden kann in unterlassener Aufklärung über dem Beauftragten nicht erkennbare Risiken liegen.

4. Entgelt

Ein Entgelt ist geschuldet, wenn es vereinbart oder für die Leistung des Beauftragten üblich ist (OR 394/III). Ausschlaggebend ist der ausdrücklich oder konkludent geäußerte Parteiwille.

VIII. Verjährungsfragen

Die Ansprüche aus der actio mandati directa des Auftraggebers und der actio mandati contraria des Beauftragten unterstehen grundsätzlich der zehnjährigen Verjährungsfrist nach OR 127.

Für Honorarforderungen, Erstattungs- und Ersatzansprüche der Angehörigen bestimmter Berufe (Anwälte, Notare 1) gilt gem. OR 128 Zif. 3 die fünfjährige Verjährungsfrist.

Schadenersatzansprüche gegen den Beauftragten aus Vertragsverletzung unterstehen der zehnjährigen Verjährungsfrist, die "im Zeitpunkt der Vornahme der ungehörigen Erfüllungshandlung", nicht erst bei Kenntnis des Schadens zu laufen beginnt (BGE 87 II 158 E. 3). Beim Ablieferungsanspruch beginnt Verjährungsfrist mit Beendigung des Auftragsverhältnisses zu laufen (BGE 91 II 449 E. 5).

IX. Automatischer Forderungsübergang auf den Auftraggeber und Aussonderungsrecht (OR 401)

Durch OR 401 wird die Geschäftsführung, wenn der Beauftragte für Rechnung des Auftraggebers in eigenem Namen gehandelt hat, bis zu einem gewissen Grade mit Rechtswirkungen der direkten Stellvertretung (OR 32/I) ausgestattet.

1. Legalzession von Forderungen

Forderungen, die der Beauftragte in Ausführung des Auftrages erworben hat, gehen von Gesetzes wegen auf den Auftraggeber über, sobald dieser seine Verpflichtungen

aus dem Auftragsverhältnis erfüllt hat (OR 401/I). Dies gilt auch im Konkurs des Beauftragten (OR 401/II), wo die hauptsächlichste Bedeutung der Legalzession liegt. Im Rahmen von auf den Namen des Beauftragten lautenden Bank- oder Postscheck-Konten kommt eine Legalzession/Aussonderung im Konkurs nur in Frage, wenn es sich um Sonderkonten handelt, in die ausschliesslich Eingänge eines bestimmten Auftraggebers einfließen (vgl. BGE 99 II 398 ff., 102 II 107 ff., 303 f.; zum Verfahren 87 III 16). Der genannte Forderungsübergang ex lege verändert selbstverständlich die Stellung des Dritten/Schuldners nicht: Dieser kann gegenüber dem Auftraggeber alle Einreden und Einwendungen geltend machen, die ihm gegenüber dem Beauftragten zustanden (so BGE in SAG 53/1981 p. 67 Nr. 16).

2. Aussonderungsrecht hinsichtlich beweglicher Sachen

Im Konkurs des Beauftragten hat der Auftraggeber an den beweglichen Sachen, die der Beauftragte in Ausführung des Mandats zu Eigentum erworben hat, ein Aussonderungsrecht (nicht zu verwechseln mit dem Aussonderungsanspruch des Eigentümers nach SchKG 242); vorbehalten ist das Retentionsrecht des Beauftragten bzw. der Konkursmasse, falls der Auftraggeber seine Verpflichtungen aus dem Auftragsverhältnis nicht erfüllt hat (OR 401/III).

Für Rechnung des Auftraggebers vereinnahmtes Geld ist nicht aussonderungsfähig, wenn es (durch Vermischung) ins Vermögen des Beauftragten übergegangen ist.

Literatur:

Gautschi, OR 401; ders. in SJZ 72/ 1976 p. 317-328; Merz, Legalzession und Aussonderungsrecht gem. OR 401, in: Festgabe der schweizerischen Rechtsfakultäten zur Hundertjahrfeier des Bundesgerichts (Basel 1975), p. 413 ff.