



<b>Fall-Nr.:</b>	BE.2012.50
<b>Stelle:</b>	Kantonsgericht
<b>Rubrik:</b>	Zivilkammern (inkl. Einzelrichter)
<b>Publikationsdatum:</b>	09.10.2012
<b>Entscheiddatum:</b>	09.10.2012

### **Entscheid Kantonsgericht, 09.10.2012**

**Art. 404 Abs. 1 OR (SR 220). Der Auftrag kann jederzeit gekündigt oder widerrufen werden. Kommt auf die Beendigung eines Vertragsverhältnisses Auftragsrecht zur Anwendung, so kann das freie Widerrufsrecht weder wegbedungen noch beschränkt werden, es handelt sich dabei um zwingendes Recht (Kantonsgericht, Einzelrichter im Obligationenrecht, 9. Oktober 2012, BE.2012.50, Auszug).**

6.c) Wie ausgeführt (E. 3) kann der Auftrag von jeder Vertragspartei jederzeit widerrufen resp. gekündigt werden (Art. 404 Abs. 1 OR), unter Vorbehalt der Schadenersatzpflicht, wenn dies zur Unzeit geschieht (Art. 404 Abs. 2 OR). Die terminologische Unterscheidung zwischen Widerruf und Kündigung ist nicht zu vertiefen - der durchgesetzten Terminologie zufolge liegt hier ein Widerruf vor (vgl. BK-Fellmann, N 11 ff., insb. N 16, zu Art. 404 OR). Der Widerruf ist dabei eine formfreie, empfangsbedürftige, nicht an Fristen oder Termine gebundene Gestaltungserklärung mit Wirkung für die Zukunft (BK-Fellmann, N 20, N 23 f., N 29 und N 33 zu Art. 404 OR). Einer sachlichen Begründung bedarf der Widerruf für seine Gültigkeit nicht; eine solche ist hingegen unter Umständen für eine Schadenersatzpflicht gemäss Art. 404 Abs. 2 OR relevant (vgl. BK-Fellmann, N 111 ff. zu Art. 404 OR).

Beim jederzeitigen Widerrufsrecht handelt es sich gemäss konstanter, kontrovers diskutierter bundesgerichtlicher Rechtsprechung um zwingendes Recht. Das Bundesgericht lehnt den in der Lehre diskutierten Differenzierungsansatz anhand des Gehaltes an höchstpersönlicher Natur ebenso ab wie die Unterscheidung in typische



und atypische Auftragsverhältnisse. Es prüft einzig, ob auf die Beendigung des konkreten Vertragsverhältnisses Auftragsrecht zur Anwendung gelange oder nicht; ist dies zu bejahen, so kann das freie Widerrufsrecht weder wegbedungen noch beschränkt werden. Nachdem sich das Bundesgericht zu dieser Frage im Jahre 1989 in grundsätzlicher Art geäußert hatte, bezeichnete es seither die Frage nach der Rechtsnatur von Art. 404 OR als beantwortet und verneinte - soweit ersichtlich, letztmals in den Jahren 2009 und 2011 je im Zusammenhang mit einem Unterrichtsvertrag - ein Bedürfnis nach Überprüfung der klaren und konstanten Rechtsprechung (vgl. BK-Fellmann, N 121 ff. vor Art. 394 OR und N 104 ff. zu Art. 404 OR; BGE 115 II 464 E. 2.a; BGer 4C.447/2004 E. 5.4; BGer 4A\_437/2008 E. 1.4 f. [kommentiert von Stöckli, Art. 404 OR ist zwingend, was sich aber nicht immer auswirkt, in: BR 2010, S. 178 f.]; BGer 4A\_141/2011, je m.w.H.).

Tatsächlich stellt das Bundesgericht vereinzelt fest, dass seine Praxis in einzelnen Kantonen "unangewendet" (BGer 4A\_437/2008 E. 1.5) bleibe resp. "nicht befolgt" (BGer 4A\_141/2011 E. 1.3) werde. Darin liegt entgegen der Auffassung des Klägers keine Billigung einer von der bundesgerichtlichen Praxis abweichenden kantonalen Praxis; denn das Bundesgericht hält in den entsprechenden Fällen - es handelte sich jeweils um die Klärung der (Eintretens-)Frage, ob eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung i.S.v. Art. 74 Abs. 2 lit. a BGG zu klären sei - fest, dass gerade vereinzelt abweichende kantonale Urteile die Überzeugung in die klare und konstante Rechtsprechung nicht derart zu erschüttern vermögen, dass sich ein Überdenken derselben aufdränge. Die Voraussetzungen für ein Eintreten auf eine bundesgerichtliche Beschwerde haben mit andern Worten im Einzelfall zur Folge, dass materiell falsche Entscheide oberer kantonalen Instanzen, bei denen der relevante Streitwert von Art. 74 Abs. 1 BGG nicht erreicht wird, gerade wegen der klar und konstant anderslautenden Praxis unüberprüft bleiben. Daran, dass die Entscheide (aus Sicht der höchstrichterlichen Praxis, wenn auch nicht der gesamten Doktrin) falsch sind, ändert das Nichteintreten des Bundesgerichts indessen nichts.

Der vorliegende Fall weist weder besondere Elemente des Einzelfalls noch neue Argumente auf, die ein neuerliches Hinterfragen dieser Praxis nahelegen würde. Das Kantonsgericht hat damit keine Veranlassung, die erst vor kurzem bestätigte Rechtsprechung des Bundesgerichts in Frage zu stellen; dies obliegt, wenn das



Bundesgericht nicht in einem neuerlichen Präzedenzfall Bedarf nach einer Änderung der Rechtsprechung erkennen sollte, mittelfristig dem Gesetzgeber (vgl. Motion NR Barthssat Luc Nr. 11.3909 vom 29. September 2011, "Artikel 404 OR. Anpassung an die Erfordernisse des 21. Jahrhunderts").