

Der Auftrag, der Dauervertrag und Art. 404 OR

Ein Kurzbeitrag zur Rechtsprechung des Bundesgerichts
von Prof. Dr. Dr. h.c. Peter Gauch

Publiziert in: *SJZ* 101, 2005, S. 520 ff. Die Seitenzahlen dieser Publikation sind im nachfolgenden Text in eckiger Klammer eingefügt.

1. [520] Seit das Bundesgericht praktisch alle seine Urteile im Internet veröffentlicht, hat sich dem juristischen Publikum eine höchstgerichtliche Entscheidwelt aufgetan, von deren Fülle zuvor nur die Insider eine Ahnung hatten. So trifft man unter *www.bger.ch* auf eine Vielzahl von Gerichtssätzen, die zwar nicht in amtlicher Papierform publiziert, aber dennoch mit höchstrichterlicher Autorität ausgestattet sind. Ein solcher Satz steht in *BGr 4C.228/2000 vom 11. Oktober 2000, E 4*. Er betrifft die Auflösungsregel des Art. 404 OR, die sich mit dem beidseitigen Recht zur jederzeitigen Kündigung des einfachen Auftrages befasst¹. Der Satz lautet wie folgt:

„Die Beklagte hält schliesslich dafür, sie sei auch bei der Qualifikation des Vertrages vom 24. November 1995 als Franchisevertrag zu dessen Kündigung berechtigt gewesen. Soweit sie ihre Ansicht damit begründet, es sei Art. 404 OR analog auch auf das Dauerschuldverhältnis des Franchising anzuwenden, sind ihr die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz entgegenzuhalten (E 6 S. 16 f.), auf die verwiesen werden kann.“

Mit diesem Satz, den ich ob seiner harmlosen Formulierung beinahe [521] überlesen hätte², bestätigt das Bundesgericht die einschlägigen Erwägungen der Vorinstanz, die es für „zutreffend“ hält. *Was* die kantonale Vorinstanz erwogen und das Bundesgericht als richtig erkannt hat, lässt sich dem Entscheid des Bundesgerichts freilich nicht entnehmen. Wer auch *das* wissen möchte, dem bleibt nichts anderes übrig, als sich das *Urteil des Handelsgerichts Aargau vom 8. Juni 2000* zu beschaffen. In der Erwägung 6a dieses vorinstanzlichen Urteils, auf die das Bundesgericht zustimmend verweist, führt das Aargauer Handelsgericht kurz und bündig aus:

„Der Franchisevertrag ist ein Dauerschuldverhältnis, weshalb eine analoge Anwendung der auftragsrechtlichen Bestimmung von Art. 404 OR, d.h. ein jederzeitig beidseitiges Kündigungsrecht ausser Betracht fällt.“

2. Der rechtliche Grund, *weshalb* eine analoge Anwendung des Art. 404 OR auf den Franchisevertrag ausser Betracht fällt, liegt nach der soeben zitierten Erwägung des Aargauer Handelsgerichts darin, dass der Franchisevertrag ein Dauervertrag³ ist. Indem das Bundesgericht

¹ Art. 404 OR gehört zum gesetzlichen Vertragstypenrecht des einfachen Auftrages. Nach seinem ersten Absatz kann „der Auftrag ... von jedem Teile jederzeit widerrufen oder gekündigt werden“. „Erfolgt dies jedoch zur Unzeit, so ist der zurücktretende Teil“ nach Art. 404 Abs. 2 OR „zum Ersatze des dem anderen verursachten Schadens verpflichtet“.

² Dass ich ihn doch nicht überlesen habe, verdanke ich einem Hinweis meines früheren Doktoranden FRÉDÉRIC KRAUSKOPF, der mich auf *BGr 4C.228/2000, E 4* aufmerksam gemacht und mit weiteren Entscheidungen versorgt hat, auf die er bei seiner Arbeit am „Präjudizienbuch zum OR“ gestossen ist.

³ Der Dauervertrag (oder: „Dauerschuldvertrag“) unterscheidet sich von anderen („einfachen“) Vertragsverhältnissen dadurch, dass zumindest seine typische Hauptleistungspflicht in dem Sinne auf Dauer angelegt ist, als sie nicht durch ihre Erfüllung untergeht, sondern so lange zu erfüllen ist, bis der Vertrag durch Zeitablauf, Kündigung oder aus einem anderen Grunde zu Ende geht.

die betreffende Erwägung als „zutreffend“ bezeichnet, übernimmt und bekräftigt es in *BGr 4C.228/2000, E 4 den Standpunkt, eine analoge Anwendung des Art. 404 OR auf Dauerverträge sei wegen ihres Dauerschuldcharakters ausgeschlossen*. Dieser Standpunkt, der notabene auch vom Obergericht des Kantons Zürich (in einem späteren Urteil) eingenommen wird⁴, vermag nicht zu überraschen, nachdem er durch die Literatur vorgeformt wurde⁵ und das Bundesgericht bereits in BGE 83 II 530 verkündet hat, dass „les principes qui régissent la révocation du mandat (art. 404 CO) ne sauraient s'appliquer à un contrat qui ... est conclu à temps“. Zu überzeugen vermag die Meinung, wonach Art. 404 OR keine *analoge* Anwendung auf Dauerverträge findet, jedoch nur dann, wenn die Auflösungsregel des Art. 404 OR schon in ihrem *unmittelbaren* Anwendungsbereich (im Bereich des einfachen Auftrages) nicht auf Dauerverträge anwendbar ist. Und das wiederum setzt alternativ ein Zweifaches voraus:

- *Entweder* versteht das gesetzliche Vertragstypenrecht den einfachen Auftrag (Art. 394 ff. OR) *unter Ausschluss von Dauerverträgen*, sodass es gar keine einfachen Aufträge mit Dauerschuldcharakter gibt, die [522] einer unmittelbaren Anwendung des Art. 404 OR zugänglich wären. Für ein solches, restriktives Verständnis des einfachen Auftrages lassen sich verschiedene Entscheide der höchstgerichtlichen Rechtsprechung ins Feld führen. So hat das Bundesgericht den Agenturvertrag wegen seines Dauercharakters als Vertrag *sui generis* (nicht als einfachen Auftrag) behandelt, bevor er in den Art. 418a ff. OR speziell geregelt wurde.⁶ Des Weiteren unterstellt BGE 83 II 529, dass der einfache Auftrag durch Erfüllung der vom Beauftragten übernommenen Aufgabe („par l'accomplissement de la tâche qu'assume le mandataire“) zu Ende geht⁷, was bei einem Dauervertrag gerade nicht der Fall wäre.⁸ Sodann enthält BGE 98 II 308 eine Erwägung, worin das Bundesgericht die Dauerverträge dem einfachen Auftrag gegenüberstellt, um dann zu erklären, dass diese (auf Dauer gerichteten) Rechtsverhältnisse „um ihres Bestandes willen nicht jederzeit durch einseitige Willenserklärung“ auflösbar seien. Und schliesslich sagt das Bundesgericht in *BGr 4C.66/2002 vom 11. Juni 2002, E. 2.1*, dass es sich beim Agenturvertrag „im Gegensatz zum Auftrag“ wesensnotwendig um ein Dauerschuldverhältnis handle und dass „das Auftragsrecht mit seiner freien Widerruflichkeit“ nicht passe, sobald das Vertragsverhältnis (in concreto: der Vertrag eines selbständigen Vermittlers mit seinem Auftraggeber) „auf Dauer angelegt“ sei.

Umgekehrt steht aber fest, dass das gleiche Bundesgericht immer wieder auch Dauerverträge als einfache Aufträge qualifiziert hat⁹ und dass es unbekümmert um seinen ein-

⁴ Vgl. ZR 103, 2004, Nr. 59, S. 233, wo das Obergericht wiederum mit Bezug auf einen Franchisevertrag (aber ohne Bezugnahme auf *BGr 4C.228/2000 vom 11. Oktober 2000* oder den Entscheid des Aargauer Handelsgerichts) ausführt: „Ein jederzeitiges Kündigungsrecht, wie es das Auftragsrecht gemäss Art. 404 OR vorsieht ..., ist nicht auf Dauerschuldverhältnisse zugeschnitten und scheidet daher aus.“

⁵ Vgl. insbesondere SCHLUEP/AMSTUTZ, Basler Kommentar, Einleitung vor Art. 184 ff. OR, N 170, auf die das Aargauer Handels- und das Zürcher Obergericht Bezug nehmen.

⁶ Nachweise in BGE 83 II 530.

⁷ Gleich z.B. PIERRE TERCIER, *Les contrats spéciaux*, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2003, Nr. 4790, der zum einfachen Auftrag ausführt: „L'exécution du contrat constitue ... la cause ordinaire de son extinction.“

⁸ Vgl. dazu PETER GAUCH, *System der Beendigung von Dauerverträgen*, Diss. Freiburg 1968, S. 11, Anm. 5, auf S. 12, letzter Absatz, worin ich gestützt auf BGE 83 II 529 und OSER/SCHÖNENBERGER (Zürcher Kommentar, N 36 zu Art. 319 OR) zur Ansicht gelangt bin, der einfache Auftrag sei stets ein einfaches, kein dauerndes Schuldverhältnis. Diese Ansicht hatte für den damaligen Dissertanden zugleich auch den praktischen Vorteil, dass er auf die Behandlung des einfachen Auftrages verzichten konnte.

⁹ Z.B. einen „Management-Vertrag“ (BGE 104 II 115); einen Vertrag über die Liegenschaftsverwaltung (BGE 106 II 159); den Girovertrag mit Kontokorrentabrede (BGE 110 II 284 f., 111 II 449, 126 III 21 f.);

gangs erwähnten Entscheid vom 11. Oktober 2000 auch neuerdings erklärt, der Dauerschuldcharakter stehe der auftragsrechtlichen Qualifikation eines Vertrages nicht entgegen. So liest man in BGr 4C.316/2001 vom 7. Februar 2002, E 1b, „das Dauerelement“ könne „einem Auftrag durchaus eigen sein“; in BGr 4P.28/2002 vom 10. April 2002, E 3c/bb (bestätigt durch BGr 4C.447/2004 vom 31. März 2005, E 5.2) heisst es: „Le fait qu'un contrat soit conclu pour plusieurs années ne s'oppose nullement à sa qualification de mandat“; und in BGr 4C.125/2002 vom 27. September 2002, E 2.1 hält das Bundesgericht fest, der Auftrag könne „als einfaches oder als Dauerschuldverhältnis“ vorkommen. Somit lässt sich mit Fug behaupten, das Bundesgericht vertrete überwiegend den Standpunkt, der einfache Auftrag umfasse auch Dauerverträge, obwohl das Gericht sich in BGr 4C.228/2000 vom 11. Oktober 2000 der Meinung angeschlossen hat, eine analoge Anwendung des Art. 404 OR auf Dauerverträge falle ausser Betracht.

- *Oder* das gesetzliche Vertragstypenrecht der Art. 394 ff. OR versteht den einfachen Auftrag zwar *unter Einschluss von Dauerverträgen*, klammert jedoch einfache Aufträge vom Anwendungsbereich des Art. 404 OR aus, soweit es sich dabei um Dauerverträge handelt.

Eine solche Auslegung des Gesetzes, die einfache Aufträge mit Dauerschuldcharakter anerkennt, diese aber nicht der Auflösungsregel des Art. 404 OR unterwirft, verträgt sich zwar mit der dogmatischen Einsicht, dass vom gesetzlichen Regelungsprogramm eines bestimmten Nominatvertrages nicht notwendigerweise *alle* Regeln auf *alle* Verträge anwendbar sind, die unter den betreffenden Vertragstyp fallen. Doch widerspricht sie der Praxis des Bundesgerichts, die Art. 404 OR auf irgendwelche Verträge, auch auf Dauerverträge¹⁰, anwendet, welche das Gericht als einfache Aufträge qualifiziert. So hat das Bundesgericht schon in BGE 115 II 466 f. explizit erklärt, Art. 404 OR sei in die Gesamtordnung des Auftragsrechts integriert; diese aber unterstelle alle Auftragsverhältnisse einem einheitlichen Beendigungssystem; der [523] klare Wortlaut des Gesetzes lasse eine Differenzierung nicht zu.

3. Im vorstehenden Abschnitt wurde aufgezeigt, dass nach der überwiegenden Rechtsprechung des Bundesgerichts auch Dauerverträge einfache Aufträge sein können und dass das Bundesgericht Art. 404 OR auf alle Verträge unter Einschluss von Dauerverträgen anwendet, die es als einfache Aufträge qualifiziert. Hält man es mit dieser Rechtsprechung, so gibt es keinen einsichtigen Grund, weshalb eine analoge Anwendung des Art. 404 auf andere Dauerverträge als einfache Aufträge schlechterdings ausgeschlossen sein soll. Das aber bedeutet:

- *Entweder* ist der vom Bundesgericht in BGr 4C.228/2000, E 4 als zutreffend anerkannte Standpunkt, dass eine analoge Anwendung des Art. 404 OR auf Dauerverträge ausser Betracht fällt, rechtlich unhaltbar.
- *Oder* der Standpunkt ist richtig, was jedoch gedanklich (nach den Regeln der Analogie) voraussetzt, dass Art. 404 OR schon in seinem unmittelbaren Anwendungsbereich keine Anwendung auf Dauerverträge findet; sei es, weil es *entgegen* der überwiegenden Rechtsprechung des Bundesgerichts keine einfachen Aufträge mit Dauerschuldcharakter gibt,

die Beauftragung einer Bank, im Rahmen einer dauernden Bankbeziehung Anlagen für den Kunden zu tätigen (BGE 106 Ib 150, 108 Ib 192, BGr 4C.125/2002 vom 27. 9. 2002, E 2).

¹⁰ Z.B. BGE 104 II 115 f. („Management-Vertrag“); BGE 106 II 159 f. (Vertrag über die Liegenschaftsverwaltung); BGE 115 II 464 ff. (auf Dauer gerichteter Beratervertrag). Mit Bezug auf den Vermögensverwaltungsvertrag gilt nach BGr 4C.18/2004 vom 3. Dezember 2004, E. 1.1 ganz generell, dass „die Vermögensverwaltung den auftragsrechtlichen Regeln untersteht“.

oder sei es, weil einfache Aufträge mit Dauerschuldcharakter *entgegen* der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht unter die Regel des Art. 404 OR fallen.

4. Wie das Bundesgericht künftig entscheiden und seine Entscheide begründen will, bleibt abzuwarten. Möglicherweise wird es die in BGr 4C.228/2000, E 4 übernommene und bestätigte Meinung, wonach eine analoge Anwendung des Art. 404 OR auf Dauerverträge ausser Betracht fällt, wieder aufgeben.¹¹ Jedenfalls aber hat es sich mit dem komplexen Verhältnis zwischen Auftrag, Dauervertrag und Art. 404 OR insgesamt auseinanderzusetzen. Denn eine höchstgerichtliche Rechtsprechung, die Art. 404 OR zwar unmittelbar auf Dauerverträge anwendet, sobald sie diese als einfache Aufträge qualifiziert, eine bloss sinngemässe Anwendung auf andere Dauerverträge hingegen mit Rücksicht auf den Dauerschuldcharakter ablehnt, ist offensichtlich inkohärent. Sie reitet, um ein Bild aus LOUIS DE BERNIÈRES's „Birds Without Wings“ zu verwenden, auf beiden Höckern des Kamels. Dass dies nicht angeht, liegt auf der Hand, was freilich noch nichts darüber aussagt, auf welche Weise die widersprüchliche Rechtsprechung zu vereinheitlichen ist.

Ein möglicher Ansatz, den das Bundesgericht selber aufzeigt, ist seine mehrfach getroffene Feststellung, dass das jederzeitige Kündigungsrecht des Art. 404 OR nicht auf Dauerverträge passt¹². Nur muss diese Feststellung, wenn sie zur Vereinheitlichung der Rechtsprechung dienen soll, konsequent umgesetzt, die Anwendbarkeit des Art. 404 OR auf Dauerverträge also überhaupt verneint werden, ohne Rücksicht darauf, ob man den konkreten Dauervertrag als einfachen Auftrag qualifiziert oder nicht. Stellt der Dauerschuldcharakter ein Vertragsmerkmal dar, das die Anwendung des Art. 404 OR rechtlich ausschliesst, so kann es in der Tat ja auch keinen Unterschied machen, ob im konkreten Fall eine unmittelbare oder eine analoge Anwendung zur Debatte steht. Würde der einfache Auftrag als „begriffsnotwendig“ einfaches Vertragsverhältnis verstanden, dann gäbe es ohnehin keine Dauerverträge, die einer unmittelbaren Anwendung des Art. 404 OR zugänglich wären.

Auf den besagten Ansatz zurückzugreifen, ist verlockend, aber bloss dann zulässig, wenn der Befund, wonach das jederzeitige Kündigungsrecht des Art. 404 OR nicht auf Dauerverträge passt, überhaupt stimmt. Zweifel sind zumindest angebracht.¹³ [524] Denn ein innerer Grund, weshalb Dauerverträge mit Bezug auf Art. 404 OR anders behandelt werden sollten als einfache Vertragsverhältnisse, ist schwerlich auszumachen. Insbesondere haben die Argumente, mit denen das jederzeitige Kündigungsrecht des Art. 404 OR ganz oder teilweise

¹¹ Ein Indiz dafür ist das kürzlich ergangene Urteil vom 31. März 2005 (BGr 4C. 447/2004, E 5), worin das Bundesgericht die Bestimmung des Art. 404 OR auf einen gemischten Dauervertrag mit auftragsrechtlichen Elementen angewendet hat, ohne aber auf den Bundesgerichtsentscheid 4C.228/2000, E 4 einzutreten, der vielleicht einfach vergessen wurde.

¹² Vgl. die im Text zitierten BGE 83 II 530, 98 II 308 und BGr 4C.66/2002 vom 11. Juni 2002, E. 2.1.; ausserdem BGE 120 V 305 und BGr 4C.270/2002 vom 11. Februar 2002. In Erwägung 2.3. des zuletzt angeführten Entscheides steht: „Au demeurant, la recourante le rappelle elle-même, il s'agissait d'un contrat durable, ce qui est, comme on l'a indiqué plus haut, une caractéristique du contrat d'agence, laquelle n'est pas compatible avec la possibilité de le résilier en tout temps.“

¹³ Im ersten Moment dachte ich sogar, dass der „Auftrag zur Ehe- oder Partnerschaftsvermittlung“ (Art. 406a ff. OR) ein gesetzliches Gegenbeispiel sei, nachdem Art. 406a Abs. 2 OR die Vorschriften über den einfachen Auftrag ergänzend zur Anwendung bringt. Dann aber kam ich zur Einsicht, dass es sich beim betreffenden Vermittlungsvertrag um ein einfaches Vertragsverhältnis, nicht um einen Dauervertrag handelt, da die (vertragstypische) Leistungspflicht des beauftragten Ehe- oder Partnerschaftsvermittlers mit ihrer Erfüllung erlischt. Das Letztere ist spätestens dann der Fall, wenn der Vermittlungserfolg (Eingehung einer Ehe oder einer Partnerschaft) eintritt. Obwohl dieser Erfolg vom Vermittler nicht geschuldet wird, ist mit seinem Eintritt der Zweck der Vermittlungspflicht und damit auch die Pflicht selbst erfüllt. In der Lehre wird deshalb gesagt, dass die Erfüllung des Vertrages der ordentliche Beendigungsgrund des Auftrages zur Ehe- oder Partnerschaftsvermittlung sei (FRANZ WERRO, Commentaire Romand, N 23 zu Art. 406a – 406h OR).

gerechtfertigt wird, nichts mit der Unterscheidung zwischen den beiden Arten von Verträgen¹⁴ zu tun. Das gilt namentlich auch für die Argumente des Bundesgerichts, das die jederzeitige (und beidseitige) Kündbarkeit des einfachen Auftrages damit begründet, dass „der Beauftragte regelmässig eine ausgesprochene Vertrauensstellung“ einnehme, „es aber keinen Sinn“ mache, „den Vertrag noch aufrechterhalten zu wollen, wenn das Vertrauensverhältnis zwischen den Parteien zerstört“ sei (BGE 115 II 466).¹⁵

5. Die Frage, ob Art. 404 OR auf Dauerverträge anwendbar ist oder nicht, lässt sich dem Gesagten zufolge nicht leicht beantworten, was auch die bundesgerichtliche Rechtsprechung demonstriert, indem sie zu beiden Lösungen („ja“ und „nein“) je die passenden Entscheide bereithält¹⁶. Für die Vertragspraxis ist die Frage vor allem deshalb von Bedeutung, weil das Bundesgericht sich unentwegt an seine *Idee vom zwingenden Charakter des Art. 404 Abs. 1 OR* mit dem darin vorgesehenen (jederzeitigen) Kündigungsrecht der Parteien klammert¹⁷, seit es diese Idee in BGE 59 II 261 amtlich publiziert hat. Zur Begründung verwies es damals einzig auf zwei Kommenterstellen (BECKER, Berner Kommentar N 8 zu Art. 404 OR, und OSER, Zürcher Kommentar, N 1 zu Art. 404 OR)¹⁸, von denen die eine Stelle (BECKER) sogar zu Unrecht angerufen wurde! BECKER nämlich vertrat keineswegs die Ansicht, Art. 404 Abs. 1 OR sei generell zwingend. Vielmehr hat er den zwingenden Charakter des Art. 404 Abs. 1 OR nur insoweit bejaht, als „die Widerruflichkeit“ des Auftrages „*um der Persönlichkeit der beiden Parteien willen*“ bestehe. Damit stand BECKER, auf den das Bundesgericht sich auch später wieder berief (BGE 98 II 307), ganz in der Nähe der von mir bevorzugten Auffassung, wonach Art. 404 Abs. 1 OR dispositives Recht enthält, davon abweichende Abreden jedoch unzulässig sind, soweit sie gegen das Persönlichkeitsrecht einer Partei verstossen (Art. 19 Abs. 2 OR/Art. 27 Abs. 2 ZGB)¹⁹. Darauf erneut einzutreten, macht vorliegend aber keinen

¹⁴ Vgl. dazu Anm. 3.

¹⁵ Obwohl diese Begründung zu den Standardsätzen des Bundesgerichts gehört, vermag sie mich nicht zu überzeugen. Vielmehr halte ich dafür, dass das jederzeitige Kündigungsrecht des Auftraggebers *deshalb* gerechtfertigt ist, weil die vereinbarten Dienste in seinem Interesse erbracht werden und der Beauftragte (zumindest im Normalfall) kein eigenes Interesse an der tatsächlichen Leistung seiner Dienste hat. Für das jederzeitige Kündigungsrecht des Beauftragten sehe ich dagegen keinen Grund, der es rechtfertigt, es wäre denn die Unentgeltlichkeit des Geschäftes, wenn es sich im konkreten Fall um einen unentgeltlichen Auftrag handelt. Ausführlich zum Ganzen: PETER GAUCH, Art. 404 OR – Sein Inhalt, seine Rechtfertigung und die Frage seines zwingenden Charakters, in: *recht* 1992, S. 13 ff.

¹⁶ Wenn ich diese Ambivalenz kritisieren möchte, so deshalb, weil eine wichtige Funktion der höchstgerichtlichen Rechtsprechung darin besteht, Rechtssicherheit zu schaffen. Selber dagegen schwanke ich hin und her. Kaum denke ich, Art. 404 OR sei auch auf Dauerverträge anwendbar, meldet sich schon wieder der Gedanke, dass die gegenteilige Lösung die „richtige“ sei, vielleicht auch nur, weil das Bundesgericht das jederzeitige Kündigungsrecht des Art. 404 OR für zwingend erklärt (vgl. nachfolgend im Text). So kommt es, dass ich beide Lösungen oft zur gleichen Zeit weder für „richtig“ noch für „falsch“ halte, was mich dann an die mehrwertige Logik von JAN ŁUKASIEWICZ erinnert, die neben „wahr“ und „falsch“ auch die dritte Kategorie von „möglich“ („weder bewiesen noch widerlegt“) enthält.

¹⁷ Vgl. BGE 115 II 466 ff. und neuerdings etwa BGr 4P 155/2004 vom 4. Oktober 2004, E 2.2.7; 4C.43/2003 vom 24. April 2003, E 2.2.1; 4C.278/2003 vom 5. November 2003, E 2.3; 4C.447/2004 vom 31. März 2005, E 5.4.

¹⁸ Wörtlich: „Der Auftrag kann ... von jedem Teil jederzeit widerrufen oder gekündigt werden (Art. 404 OR), und auf dieses Recht können die Parteien nicht verzichten, es auch nicht einschränken: es ist zwingendes Recht (BECKER, Note 8 zu Art. 404 OR; OSER, Note 1 litt. b *ibidem*)“ (BGE 59 II 261).

¹⁹ Vgl. dazu PETER Gauch, zit. in Anm. 15, *recht* 1992, S. 15 ff.; im gleichen oder ähnlichen Sinne z.B. auch HEINRICH HONSELL, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, 7. Aufl., Bern 2003, S. 323; WALTER FELLMANN, Berner Kommentar, N 104 ff. zu Art. 404 OR mit weiteren Zitaten in N 109.

Sinn, da bloss wiederholt werden könnte, was gegen den zwingenden Charakter des Art. 404 Abs. 1 OR bereits vorgebracht wurde. Obwohl das Bundesgericht bis anhin alle Gegenargumente beiseite geschoben hat²⁰, bleibt die berechtigte Hoffnung, dass zumindest eine spätere Generation von Bundesrichtern und Bundesrichterinnen sich eines Tages in der Lage sieht, die Rechtsprechung und die Vertragspraxis vom [525] Zwang eines zwingenden Art. 404 Abs. 1 OR zu befreien.²¹ Damit würde auch die Frage, ob eine Anwendung des Art. 404 OR auf Dauerverträge in Betracht kommt oder nicht, viel von ihrer praktischen Bedeutung verlieren. Und allen wäre gedient.

²⁰ Eine Ausnahme machte das Eidgenössische Versicherungsgericht in BGE 120 V 305 f., wofür es jedoch von der ersten Zivilabteilung des Bundesgerichts in BGr 4C.447/2004 vom 31. März 2005, E 5.4 zurechtgewiesen wurde.

²¹ Eine solche Änderung der Rechtsprechung hätte keinen Einfluss auf die Auslegung des Art. 406d lit. 7 OR, wonach das Recht des Auftraggebers, den besonders geregelten „Auftrag zur Ehe- oder Partnerschaftsvermittlung“ jederzeit zu kündigen, zwingend ist (vgl. PIERRE TERCIER, zit. in Anm. 7, Nr. 4990; FRANZ WERRO, zit. in Anm. 13, N 23 zu Art. 406a – 406h OR). Der zwingende Charakter dieses Kündigungsrechts hat seine spezielle Grundlage in Art. 406d lit. 7 OR. Er besteht unabhängig davon, wie man Art. 404 OR befreift. Ob auch der beauftragte Ehe- oder Partnerschaftsvermittler über ein jederzeitiges Kündigungsrecht verfügt, das sich aus Art. 406a Abs. 2 OR (in Verbindung mit Art. 404 OR) herleiten würde, ist umstritten.