



# Zusammenfassung

Haftungsausschluss: Der Autor und die Fachschaft Jus Luzern (Fajulu) übernehmen keinerlei Gewähr hinsichtlich der inhaltlichen Richtigkeit, Genauigkeit, Aktualität, Zuverlässigkeit und Vollständigkeit der Informationen. Haftungsansprüche gegen den Autor oder die Fajulu wegen Schäden materieller oder immaterieller Art, welche aus dem Zugriff oder der Nutzung bzw. Nichtnutzung der Zusammenfassung entstehen werden ausgeschlossen.

<b>I.</b>	<b>EINFÜHRUNG .....</b>	<b>4</b>
A.	GENERELLES .....	4
1.	<i>Unterscheidung der Tätigkeit des Gerichts vs. Vertragsjurist</i> .....	4
2.	<i>Arten der Vertragsgestaltung</i> .....	4
B.	STADIEN DER VERTRAGSGESTALTUNG .....	1
1.	<i>Informationsbeschaffung</i> .....	1
2.	<i>Vertragsentwürfe</i> .....	1
3.	<i>Rechtsanwendung</i> .....	2
4.	<i>Umsetzung der Planungsziele</i> .....	2
a)	Sicherheit .....	2
b)	Praktikabilität .....	3
c)	Kosten- und Steuergünstigkeit .....	3
d)	Flexibilität des Vertrages .....	3
e)	Konfliktvermeidung .....	3
(aa)	Vorleistungspflicht (OR 82) .....	3
(bb)	Leistung Zug um Zug .....	3
(cc)	Schuldnerverzug (OR 102 ff.) .....	3
(dd)	Gläubigerverzug (OR 91 ff.) .....	4
(ee)	Sanktionen für nicht erwünschte Handlungen oder Unterlassungen .....	4
(ff)	Sanktionen im Zusammenhang mit einer Vertragsbeendigung .....	5
f)	Konfliktlösung .....	5
(aa)	Schlichtungsverfahren .....	5
(bb)	Schiedsverfahren .....	5
g)	Durchsetzbarkeit .....	6
(aa)	Arrest (SchKG 271ff.) .....	6
(bb)	Schuldbetreibung .....	6
(cc)	Gestaltungsspielraum beim ordentlichen Zivilprozess .....	7
h)	Vertragsverhandlungen .....	8
i)	Ausfertigung des Vertrages .....	8
<b>II.</b>	<b>KAUF EINER BEWEGLICHEN SACHE .....</b>	<b>9</b>
A.	ALLGEMEINES .....	9
1.	<i>Verhandlungsprinzipien</i> .....	9
a)	Basar .....	9
b)	Harvard-Konzept: Interessen im Vordergrund .....	9
c)	Haft: Strukturiertes Vorgehen .....	9
d)	Ponschab/Schweizer: Synchronisieren .....	10
e)	Anker .....	10
f)	BATNA .....	10
2.	<i>Einzelfalllösung</i> .....	10
3.	<i>Vorgehen auf Grundlage des Gesetzesrechts</i> .....	10
B.	VERTRAGSGESTALTUNG BEIM KAUF EINER BEWEGLICHEN SACHE .....	11
1.	<i>Informationsbeschaffung</i> .....	11
a)	Bezeichnung der Parteien .....	11
b)	Umschreibung der Kaufsache .....	11
c)	Kaufpreis und weitere Kosten .....	11
(aa)	Kaufpreis .....	11
(bb)	Weitere Kosten (OR 188 und 189) .....	11
d)	Modalitäten .....	11

(aa)	Zahlungsmodalitäten .....	11
(bb)	Leistungsmodalitäten .....	11
e)	Risikoplanung (mögliche Leistungsstörungen) .....	11
2.	<i>Rechtsanwendung</i> .....	12
a)	Gefahrtragung (OR 185) .....	12
b)	Erfüllungsmodalitäten (OR 74 ff.) .....	12
(aa)	Einrede nach OR 82 .....	13
c)	Annahmepflicht des Käufers (OR 211) .....	13
d)	Verkäuferverzug .....	14
(aa)	Nicht kaufmännischer Bereich (OR 102 ff.) .....	14
(bb)	Im kaufmännischen Bereich (OR 190 ff.) .....	15
e)	Käuferverzug .....	15
f)	Rechtsmängelhaftung (OR 192 ff.) .....	17
g)	Sachmängelhaftung (OR 197 ff.) .....	17
(aa)	Begriff des Sachmangels .....	17
(bb)	Unselbständige Garantie .....	17
(cc)	Selbständige Garantie .....	18
(dd)	Sachmängelgewährleistungsklausel .....	18
(ee)	Herstellergarantie .....	18
(ff)	Gesetzliche Regelung der Sachmängelhaftung (OR 205 ff.) .....	18
(gg)	Obliegenheiten des Käufers (OR 201) .....	18
(hh)	Vertraglicher Nachbesserungsanspruch des Käufers .....	19
h)	Freizeichnungsklauseln .....	19
(aa)	Konkurrierende Ansprüche .....	19
(bb)	Beweislast .....	19
(cc)	Vertragliche Haftungsbegrenzung .....	19
i)	Umsetzung der Planungsziele .....	19
(aa)	Konfliktvermeidung und -lösung .....	19
(bb)	Vertragsbeendigung .....	20
(cc)	Anpassungsklauseln .....	20
(dd)	Gebot der Durchsetzbarkeit .....	20
(ee)	Regelung des Insolvenzfalls .....	20
3.	<i>Wiener Kaufrecht</i> .....	20
a)	Allgemeines .....	20
b)	Anwendungsbereich .....	21
(aa)	Nur im kaufmännischen Bereich .....	21
(bb)	Vorgehen bei der Vertragserstellung .....	21
(cc)	Was regelt das CISG? .....	21
(dd)	Das materielle Kaufrecht des CISG .....	21
(ee)	Garantiehaftung des Verkäufers .....	21
(ff)	Wegbedingung der Rechtsbehelfe des Käufers .....	22

### **III. ARBEITSVERTRAG UND VERWANDTE VERTRÄGE .....** 22

A.	EINLEITUNG .....	22
B.	ARBEITSVERTRAG – AUFTRAG .....	22
1.	<i>Privatrecht</i> .....	22
a)	Rechtsfolgen der Unterscheidung .....	22
b)	Qualifikationskriterien .....	23
c)	Fazit .....	24
2.	<i>Was muss ein Arbeitsvertrag beinhalten?</i> .....	24
3.	<i>Schuldbetreibungs- und Konkursrecht</i> .....	26
a)	Rechtsfolgen der Unterscheidung von Auftrag und Arbeitsvertrag .....	26

b)	Qualifikationskriterien .....	26
4.	<i>Sozialversicherungsrecht</i> .....	26
a)	Rechtsfolgen der Unterscheidung zw. selbständiger / unselbständiger Erwerbstätigkeit .....	26
b)	Qualifikationskriterien .....	27
5.	<i>Steuerrecht</i> .....	28
a)	Rechtsfolgen der Unterscheidung zw. selbständiger / unselbständiger Erwerbstätigkeit .....	28
b)	Qualifikationskriterien .....	29
6.	<i>Öffentliches Arbeitsrecht</i> .....	29
7.	<i>Gesamtarbeitsverträge (GAV)</i> .....	30
8.	<i>Hierarchie der Rechtsquellen im Arbeitsprivatrecht</i> .....	31
C.	FLEXIBILISIERTE ERWERBSFORMEN .....	32
1.	<i>Regelmässige Teilzeit-Arbeit</i> .....	32
a)	Inhalt .....	32
b)	Würdigung .....	33
2.	<i>Arbeit auf Abruf</i> .....	33
3.	<i>Aushilfs- und Gelegenheitsarbeit</i> .....	34
4.	<i>Jobsharing</i> .....	35
D.	VERTRAGSBEENDIGUNG .....	36
<b>IV.</b>	<b>DIENSTLEISTUNGSVERTRÄGE</b> .....	<b>36</b>
A.	VERTRAGSGESTALTUNG BEI DIENSTLEISTUNGSVERTRÄGEN .....	36
1.	<i>Informationsbeschaffung</i> .....	36
2.	<i>Vertragsentwurf</i> .....	37
3.	<i>Rechtsanwendung</i> .....	37
a)	Herstellung eines Werks (Werkvertrag, OR 363 ff.) .....	37
b)	Tätigwerden im Interesse des Vertragspartners (Auftrag, OR 394 ff.) .....	38
c)	Gemischte Vertragsverhältnisse .....	38
d)	Weitere zu beachtende Vorschriften .....	38
e)	Beteiligung Dritter .....	38
f)	Nebenpflichten .....	38
g)	Haftung .....	39
(aa)	Werkvertrag OR 363 ff. ....	39
(bb)	Auftragsrecht (OR 394 ff.) .....	40
h)	Vergütung .....	40
i)	Vorzeitige Vertragsbeendigung .....	41
j)	Rechtswahl .....	42
<b>V.</b>	<b>KREDIT- UND SICHERUNGSGESCHÄFTE</b> .....	<b>42</b>
A.	ARTEN DES KREDITS UND DESSEN SICHERUNG .....	42
1.	<i>Geldkredit OR 312 – 318</i> .....	42
2.	<i>Warenkredit</i> .....	43
3.	<i>Übersicht über die Sicherheiten</i> .....	43
B.	VERTRAGSGESTALTUNG BEI SICHERUNGSGESCHÄFTEN .....	45
1.	<i>Informationsbeschaffung</i> .....	45
2.	<i>Problemübersicht und Rohentwurf</i> .....	45
C.	RECHTSANWENDUNG .....	46
1.	<i>Pfandrecht (ZGB 884 ff.)</i> .....	46
a)	Fahrnispfand (ZGB 884 ff.) .....	46
b)	Forderungspfand (ZGB 899 ff.) .....	48
c)	Irreguläres Pfandrecht .....	48

2.	<i>Sicherungsübereignung</i> .....	49
3.	<i>Sicherungszession</i> .....	50
4.	<i>Sicherungshinterlegung</i> .....	52
5.	<i>Verkauf unter Eigentumsvorbehalt</i> .....	52
6.	<i>Personalsicherheiten</i> .....	54
a)	Bürgschaft (OR 492 – 512).....	54
b)	Garantievertrag (OR 111 «Vertrag zu Lasten eines Dritten»).....	55
(aa)	Abgrenzungskriterien zur Bürgschaft.....	55
(bb)	Durchsetzung: Belangbarkeit des Garanten.....	56
(cc)	Befristung der Garantie.....	56
(dd)	Deckungsverhältnis.....	56
c)	Schuldbeitritt.....	56
(aa)	Abgrenzung zur Garantie und Bürgschaft.....	56
(bb)	Verpflichtungsgeschäft.....	56
(cc)	Sicherungsgrund.....	57
(dd)	Belangbarkeit des Beitretenden.....	57
D.	VERTRAGSKLAUSELN FÜR DEN INSOLVENZFALL IN SYNALLAGMATISCHEN VERTRÄGEN.....	57
1.	<i>Gesetzliche Regelung (SchKG 211 Abs. 2)</i> .....	57
a)	Das Recht der Konkursverwaltung auf Eintritt in einen Vertrag.....	57
b)	Verzicht der Konkursverwaltung auf Vertragseintritt.....	57
2.	<i>Paulanische Anfechtung (SchKG 285 ff.)</i> .....	58
a)	Allgemeines.....	58
b)	Arten der paulanischen Anfechtungsklage.....	58
(aa)	Schenkungsanfechtung (SchKG 286).....	58
(bb)	Überschuldungsanfechtung (SchKG 287).....	58
(cc)	Absichtsanfechtung (SchKG 288).....	58
c)	Möglichkeiten des Vertragsjuristen.....	59
<b>VI.</b>	<b>AGBS UND ONLINEVERTRÄGE</b> .....	<b>59</b>
A.	DIE ÜBERPRÜFUNG VON AGBS.....	59
B.	DIE GESTALTUNG VON AGB-KLAUSEN.....	60
1.	<i>Freizeichnungsklauseln (OR 100 f.)</i> .....	60
2.	<i>Gerichtsstandsklausel</i> .....	61
3.	<i>Branchenbezogene AGB</i> .....	61
a)	Allgemeine Verkaufs- und Lieferbedingungen (AVLB).....	61
b)	Allgemeine Versicherungsbedingungen (AVB).....	62
c)	Allgemeine Vertrags- und Reisebedingungen (AVRB).....	63
C.	BESONDERHEITEN DES ELEKTRONISCHEN GESCHÄFTSVERKEHRS.....	63
1.	<i>Veränderung der gesetzlichen Grundlagen</i> .....	63
2.	<i>Besonderheiten des Vertragsabschlusses im Internet</i> .....	63
a)	Informationspflichten des Anbieters im elektronischen Geschäftsverkehr.....	64
b)	Einbezug von AGB.....	65
3.	<i>Formvorschriften für den Vertragsschluss</i> .....	65
4.	<i>Haftung des Anbieters von Informationen im Internet</i> .....	65
a)	Haftung für eigne Inhalte des Website-Betreibers.....	65
b)	Haftung für user generated content.....	67
5.	<i>Gerichtsstands- und Rechtswahlklauseln bei grenzüberschreitenden Online-Geschäften</i> .....	67

# I. Einführung

## A. Generelles

### 1. Unterscheidung der Tätigkeit des Gerichts vs. Vertragsjurist

#### **Richter:**

- beurteilt
- ex post (sein Handeln orientiert sich an Vergangenen)
- Fakten sind nicht mehr beeinflussbar und abgeschlossen
- Entschied ist autoritativ
- = Dezisionsjurisprudenz

#### **Vertragsjurist:**

- Plant den Vertrag und das Recht im Voraus
- Faktoren sind künftige und teilweise beeinflussbar
- i.d.R. Verhandlungsbasis
- = Kautelarjurisprudenz

#### **Der Vertragsjurist hat u.a. dafür zu sorgen, dass:**

- Auf der Grundlage des Rechts geplant wird,
- dabei keine zwingenden Gesetzesvorschriften verletzt werden,
- vorhersehbare Differenzen eindeutig geregelt werden,
- der Vertragsinhalt effizient durchgesetzt werden kann.

### 2. Arten der Vertragsgestaltung

#### **Erfüllungsplanung (Zweckverwirklichung):**

Es geht darum die Sachziele der Parteien zu verwirklichen, im Vordergrund steht ein positiver Erfolg und die Vermeidung von Nachteilen.

#### **Risikoplanung (Störfallvorsorge):**

Es geht darum mögliche Risiken zu erkennen und für diese eine vertraglich adäquate Lösung zu finden. Man will also Risiken vertraglich

- vermeiden (z.B. durch Sicherungsinstrumente)
- reduzieren (z.B. durch Controlling-Massnahmen)
- überwälzen (z.B. durch eine Haftungsausschlussklausel)
- abzusichern (z.B. durch eine Konventionalstrafe)
- unter bestimmten Voraussetzung akzeptieren (z.B. gegen eine Prämie).

## **B. Stadien der Vertragsgestaltung**

Die folgenden Stadien sollte man stets im Hinterkopf behalten, sich bei einem Problem aber genau überlegen in welchem Stadium man ist und sich ggf. auch darüber erheben.

1. Informationsbeschaffung
2. Vertragsentwurf oder mehrere Entwürfe
3. Rechtsanwendung
4. Umsetzung der Planungsziele
5. Vertragsverhandlungen
6. Ausfertigen des Vertrags

### **1. Informationsbeschaffung**

#### **Bezüglich des Klienten**

Man muss die allgemeinen, konkreten und tatsächlichen Ziele und Interessen des Klienten in Erfahrung bringen. Dazu muss man neugierig sein, auch technische oder andere Aspekte müssen genauestens erfragt werden, um die Wünsche des Klienten bestmöglich umzusetzen.

#### **Bezüglich der Gegenpartei**

Es ist wichtig über mögliche Leistungshindernisse und -störungen der Gegenpartei Bescheid zu wissen (haben sie Lieferschwierigkeiten, wie steht es um die Zahlungsmoral?). Im Zweifelsfall sollte mind. ein Betreuungsauszug verlangt werden.

Aber auch die Interessen der Gegenpartei sind zu berücksichtigen, da auch sie in den Vertrag einwilligen muss.

#### **Bezüglich weiteren, tatsächlichen Umständen**

Je nach Vertrags- und Rechtsgebiet müssen bspw. auch Konjunkturschwankungen, Handelsabkommen oder (Handels-)kriege, Preisänderungen etc. beachtet werden.

### **2. Vertragsentwürfe**

#### **Erster Rohentwurf**

Nach der ersten Klientenbesprechung sollte ein erster Draft in Form einer Checkliste erstellt werden, die möglichst alle relevanten Punkte enthält. Dabei darf man sich auf gute Mustervorlagen berufen, muss aber Anpassungen und Änderungen stets offen sein, um die Interessen des Klienten zu wahren.

#### **Überarbeitung oder Neukonzeption**

Nach Ergänzungsinstruktionen, einzelner Verhandlungsschritten oder auch aufgrund von Gegenentwürfen, muss der Rohentwurf immer wieder angepasst und überarbeitet werden.

#### **Empfehlungen für die Formulierung von Verträgen**

- Klar, knapp und verständlich
- Kurze Sätze (nicht mehr als 24 Wörter pro Satz)
- Titel und Zwischentitel wählen
- Aktive Formulierungen (A bezahlt D dies und das NICHT A hat D dies und das zu bezahlen)

- Alltagsvokabular wenn möglich, aber immer unmissverständliche Begriffe verwenden
- Grafisch ansprechend

### 3. Rechtsanwendung

#### Ausgangspunkt: Dispositives Recht

Man muss sich zuerst immer folgende Frage stellen: «Wie würde sich die Rechtslage ohne spezifische Regelung im Vertrag präsentieren?» Danach wird entschieden, ob eine Abweichung von dieser Rechtslage im Interesse des Klienten geboten ist und formuliert allenfalls eine entsprechende Klausel.

#### Grenze: Zwingendes Recht

Die Grenze ist zwar klar vom zwingenden Recht vorgegeben, dennoch versucht man die Anwendung von unerwünschten zwingenden Gesetzesbestimmungen mit einer entsprechenden Vertragsgestaltung zu vermeiden. Dies ist zulässig, soweit zwingendes Recht nicht in missbräuchlicher Weise umgangen wird.

### 4. Umsetzung der Planungsziele

#### a) Sicherheit

Grundsätzlich soll die Gestaltungsmöglichkeit gewählt werden, welche am sichersten zum gewünschten Erfolg führt. In diesem Sinne sind folgende Faustregeln zu beachten:

##### Unklare, umstrittene Rechtsfragen vermeiden:

Ansonsten besteht die Gefahr der Auslegung in einem anderen als dem gewünschten Sinne oder einer Praxisänderung, die den Vorstellungen der Parteien nicht entspricht.

##### Klarer und eindeutiger Wortlaut

Insbesondere bei Abweichung vom dispositiven Recht ist dies zu berücksichtigen. Dabei gilt trotz der Interessenwahrungspflicht: Keine den eigenen Klienten einseitig bevorzugende Regelungen wählen. Ein Vertragsjurist sollte den Abschluss des Vertrags auch für die Gegenseite gutheissen können.

##### OR 398 Abs. 2

Das Sicherheitsgebot ist für den Juristen haftungsrechtlich die Richtschnur! Grundsätzlich gilt, den Klienten über jedes kleinste Detail aufzuklären, um einer später Haftung zu entgehen.

##### Ausnahmsweise vom Sicherheitsgebot abweichen

Das Sicherheitsgebot stimmt i.d.R. auch mit den Zielen des Klienten überein. Nur im Einzelfall ist ein Abweichen im Interesse der Parteien aus zeitlichen oder finanziellen Gründen gerechtfertigt. Eine Abweichung ist nur dann zu empfehlen, wenn dies vom Klienten **ausdrücklich gewünscht** und/oder dies **eindeutig** seinen Interessen entspricht.

##### Massgeblichkeit von Präjudizen

Weicht die Lehre von der höchstrichterlichen Rechtsprechung ab, muss man sich an beiden orientieren. Bei unlösbaren Widersprüchen sollte man sich jedoch eher an die Rechtsprechung halten.

##### Salvatorische Klauseln

Sie bestimmen, dass bei einer allfälligen Unwirksamkeit eines Vertragsteils, der sich von den übrigen Vertragsteilen trennen lässt, die restlichen Teile des Vertrags unberührt bleiben. Hierbei muss darauf geachtet werden, dass das Vertragsgleichgewicht gewahrt bleibt.

b) *Praktikabilität*

Das Vereinbarte muss sich in die Geschäftsstrukturen der beiden Parteien einfügen lassen und darf zu keiner übermässigen Kostenbelastung führen. Der Vertrag muss also **vernünftig, zweckmässig** und **angemessen** sein.

c) *Kosten- und Steuergünstigkeit*

Der Vertragsabschluss soll nicht nur keine unnötigen Steuerfolgen auslösen, sondern im Idealfall auch die bisher bestehende Kosten- und Steuerlast senken. Dabei muss man sich früh über mögliche Steuerfolgen bewusst werden und im Zweifelsfall einen Experten beiziehen.

d) *Flexibilität des Vertrages*

Was ist ein flexibler Vertrag?

Flexible Verträge ändern sich, wenn sich die Umstände ändern. Z.B. orientiert sich der Vertrag an den Zinssätzen der Nationalbank. Aber auch ein Vertrag mit angemessenen Kündigungsfristen ist ein flexibler Vertrag.

Vertragliche Anpassungsklauseln

Anpassungsklauseln können positiver Natur sein (Preisanpassung, wenn Marktpreise steigen) oder negativer Natur (keine Anpassung, wenn Marktpreise stiegen).

e) *Konfliktvermeidung*

Es bieten sich folgende Möglichkeiten der vertraglichen Konfliktvermeidung:

(aa) Vorleistungspflicht (OR 82)

**Art. 82**

Wer bei einem zweiseitigen Verträge den andern zur Erfüllung anhalten will, muss entweder bereits erfüllt haben oder die Erfüllung anbieten, es sei denn, dass er nach dem Inhalte oder der Natur des Vertrages erst später zu erfüllen hat.

Solange die vorleistungspflichtige Partei ihrer Pflicht nicht nachgekommen ist, kann die andere ihre eigene Leistung zurückbehalten. Auf diese Weise wird die vorleistungspflichtige Partei zur ordentlichen Vertragsabwicklung angehalten.

(bb) Leistung Zug um Zug

Eine Sicherheit für beide Parteien bietet die Abrede der Erfüllung Zug um Zug.

(cc) Schuldnerverzug (OR 102 ff.)

**Art. 102**

<sup>1</sup> Ist eine Verbindlichkeit fällig, so wird der Schuldner durch Mahnung des Gläubigers in Verzug gesetzt.

<sup>2</sup> Wurde für die Erfüllung ein bestimmter Verfalltag verabredet, oder ergibt sich ein solcher infolge einer vorbehaltenen und gehörig vorgenommenen Kündigung, so kommt der Schuldner schon mit Ablauf dieses Tages in Verzug.

Aufgrund der Dispositivität von OR 102, sollten diese Bestimmungen bei der Vertragsgestaltung durch klare vertragliche Regelungen ergänzt werden (Muss der Verzug gemahnt werden? Muss eine Nachfrist gesetzt werden? Wie lange ist diese Nachfrist? Welche Rechtsbefehle stehend dem Gläubiger zu?)

(dd) Gläubigerverzug (OR 91 ff.)

Die Gläubigerpflichten sind, soweit es sich nicht gleichzeitig um Schuldnerpflichten bei synallagmatischen Verträgen handelt, blosser Obliegenheiten. Diese sind weder gerichtlich durchsetzbar, noch entsteht bei ihrer Verletzung ein Anspruch auf Schadenersatz.

Jedoch sind gewisse Rechtsnachteile daran geknüpft (Ausschluss von Verzugszinsen sowie die veränderte Gefahrentragung).

(ee) Sanktionen für nicht erwünschte Handlungen oder Unterlassungen

Konventionalstrafe (OR 160 ff.)

<p><b>Art. 160</b></p> <p><sup>1</sup> Wenn für den Fall der Nichterfüllung oder der nicht richtigen Erfüllung eines Vertrages eine Konventionalstrafe versprochen ist, so ist der Gläubiger mangels anderer Abrede nur berechtigt, entweder die Erfüllung oder die Strafe zu fordern.</p> <p><sup>2</sup> Wurde die Strafe für Nichteinhaltung der Erfüllungszeit oder des Erfüllungsortes versprochen, so kann sie nebst der Erfüllung des Vertrages gefordert werden, solange der Gläubiger nicht ausdrücklich Verzicht leistet oder die Erfüllung vorbehaltlos annimmt.</p> <p><sup>3</sup> Dem Schuldner bleibt der Nachweis vorbehalten, dass ihm gegen Erlegung der Strafe der Rücktritt freistehen sollte.</p>
--

Sie ist ein akzessorisches und bedingtes Leistungsversprechen und wird geschuldet, wenn die vertraglich definierten oder die gesetzlich vorgesehenen Leistungsstörungstatbestände eintreten. Dadurch wird ein zusätzlicher Anreiz zur Vertragserfüllung geschaffen.

Sie bietet ausserdem den Vorteil, dass der Gläubiger im Umfang der Konventionalstrafe vom Nachweis des Schadens entbunden wird (OR 161 I). Die Parteien sind bei der Bestimmung der Höhe der Strafe zwar frei, übermässig hohe Strafen können aber vom Gericht herabgesetzt werden (Abs. 2).

Haftgeld (OR 158)

<p><b>Art. 158</b></p> <p><sup>1</sup> Das beim Vertragsabschlusse gegebene An- oder Draufgeld gilt als Haft-, nicht als Reugeld.</p> <p><sup>2</sup> Wo nicht Vertrag oder Ortsgebrauch etwas anderes bestimmen, verbleibt das Haftgeld dem Empfänger ohne Abzug von seinem Anspruche.</p> <p><sup>3</sup> Ist ein Reugeld verabredet worden, so kann der Geber gegen Zurücklassung des bezahlten und der Empfänger gegen Erstattung des doppelten Betrages von dem Vertrage zurücktreten.</p>
---

Dabei handelt es sich um eine ex ante bezogene Konventionalstrafe. Mangels anderer Abrede oder Ortsgebrauch braucht sich der Empfänger das Haftgeld weder auf seine Hauptforderung noch auf einen Schadenersatzanspruch bei Leistungsstörung anrechnen zu lassen (Abs. 2). Es wird deshalb auch als Draufgeld bezeichnet.

(ff) Sanktionen im Zusammenhang mit einer Vertragsbeendigung

#### Wandelpön

Durch die Vereinbarung einer Wandelpön erhält der Schuldner die Möglichkeit, nach der Bezahlung des vereinbarten Betrags vom Vertrag zurückzutreten, falls er seinen primäre Leistungspflicht nicht erbringen will (OR 160 III).

Dabei handelt es sich um eine Regelung der Vertragsbeendigung und nicht um eine Sicherung der vertraglich vereinbarten Leistung.

*«Die Parteien vereinbaren, dass A nach seiner Wahl die vertraglich vereinbarte Leistung erbringen oder gegen Bezahlung einer Wandelpön in der Höhe von X vom Vertrag zurücktreten kann»*

#### Reugeld

Im Falle der Vereinbarung eines Reugelds können beide Parteien vom Vertrag zurücktreten, falls sie den vertraglich vereinbarten Betrag bezahlen (OR 158 III). Im Unterschied zur Wandelpön wird das Reugeld schon bei Vertragsschluss entrichtet und soll für den Fall der Nichtleistung dem Gläubiger verbleiben.

#### f) *Konfliktlösung*

Ziel soll sein, möglichst rasche und kostengünstige Bewältigung von Konflikten. Dazu bieten sich folgende Möglichkeiten:

##### (aa) Schlichtungsverfahren

Dabei handelt es sich um eine Gestaltungsform der Mediation, die sich dadurch auszeichnet, dass ein Dritter ohne Entscheidungskompetenz beigezogen wird, um die Verhandlungen zu unterstützen und auf eine Einigung hinzuwirken. (Vergleichbare Funktion wie das Schlichtungsverfahren nach ZPO 197 ff.).

##### (bb) Schiedsverfahren

Bei vermögensrechtlichen, schiedsfähigen Angelegenheiten können die Parteien mittels Schiedsvereinbarung eine Streitigkeit den staatlichen Gerichten weitgehend entziehen und einem Schiedsgericht übertragen (ZPO 353 – 399 | IPRG 176 – 194).

#### **Vorteile:**

- Entscheidung wird schneller gefällt
- Nur eine Instanz
- Entscheidung kann nur mit einem ausserordentlichen Rechtsmittel angefochten werden
- Parteien bestimmen über Zusammensetzung des Gerichts
- Vertraulichkeit
- Internationale Durchsetzbarkeit (NYÜ)

#### **Nachteile:**

- Höhere Kosten als Gericht
- Kaum Sanktionskompetenz

g) *Durchsetzbarkeit*

**Geldforderungen = SchKG | Sonstige Forderungen = ZPO**

(aa) Arrest (SchKG 271ff.)

Der Arrest dient der Sicherung der künftigen Vollstreckung einer Geldforderung. Damit werden bestimmte Vermögenswerte des Schuldners in einem einseitigen Verfahren im Hinblick auf eine später Zwangsvollstreckung provisorisch mit Beschlag belegt.

**Voraussetzungen:**

- Gläubiger macht glaubhaft, dass eine fällige Forderung;
- welche nicht pfandgesichert ist vorliegt;
- bestimmte Vermögenswerte des Schuldners in der CH vorhanden sind und
- ein Arrestgrund besteht.

**Arrestgründe:**

- böswillige Beiseiteschaffen von Vermögenswerten
- vorliegen eines provisorischen oder definitiven Verlustscheins
- vorliegen eines definitiven Rechtsöffnungstitels

Bei Pfandgesicherten Forderungen

Der Arrest wird bloss für den durch das Pfand nicht gedeckten Teil bewilligt. Der Gläubiger muss in diesem Fall die Unterdeckung glaubhaft machen. Es ist daher bei der Vertragsgestaltung darauf zu achten, dass eine zuverlässige Schätzung des Pfänderlöses möglich ist.

(bb) Schuldbetreibung

Zahlungsbefehl und Rechtsvorschlag

Bleibt eine vertraglich geschuldete Geldleistung aus, kann der Gläubiger die Betreibung einleiten. Dazu reicht er am Wohnsitz des Schuldners das Betreibungsbegehren ein. Erklärt der Schuldner den sog. Rechtsvorschlag, d.h. bestreitet er Bestand und/oder Umfang der in Betreibung gesetzten Forderung, wird die Betreibung vorläufig gestoppt. Der Gläubiger muss nun innerhalb v. 1J. ab Zustellung des Zahlungsbefehls beim Rechtsöffnungsrichter am Betreibungsort die Rechtsöffnung verlangen (Art. 88 SchKG).

Provisorische Rechtsöffnung

Wenn der Vertrag eine Schuldanerkennung enthält und der Schuldner nicht sofort entkräftende Einreden oder Einwendungen glaubhaft macht, gewährt der Richter die provisorische Rechtsöffnung (SchKG 82). Durch die provisorische Rechtsöffnung wird der Rechtsvorschlag in einem summarischen Verfahren provisorisch beseitigt.

Aberkennungsklage (SchKG 83 Abs. 2)

Der Schuldner kann nun innerhalb von 20T auf dem ordentlichen Prozessweg auf Aberkennung der Forderung klagen. Erhebt der Schuldner innert Frist keine Aberkennungsklage oder unterliegt er, wird die Rechtsöffnung definitiv.

### Voraussetzungen für die provisorische Rechtsöffnung

Die provisorische Rechtsöffnung wird bei einer durch Unterschrift bekräftigten Schuldanerkennung gewährt. Eine Schuldanerkennung ist eine Willenserklärung des Schuldners, mit der er anerkennt, eine bestimmte Geldsumme bei Fälligkeit zu bezahlen. Falls keine Schuldanerkennung vorliegt, muss der Gläubiger im ordentlichen Verfahren klagen (Anerkennungsklage nach SchKG 79).

#### **Anforderungen an eine Schuldanerkennung:**

- Der Schuldner ist genau bezeichnet
- Die Höher der Forderung ist beziffert oder sofort bestimmbar, d.h. die Forderung kann auch in einem anderen Schriftstück beziffert sein, sofern die Schuldanerkennung darauf verweist.
- Die Fälligkeit der Forderung ist im Zeitpunkt der Zustellung des Zahlungsbefehls eingetreten
- Die Forderung ist unterschriftlich anerkannt (OR 13-15).

### Zweiseitige Verträge als provisorisches Rechtsöffnungstitel?

Nach Basler Rechtsöffnungspraxis sind zweiseitige Verträge prov. Rechtsöffnungstitel, wenn:

- der Schuldner vorleistungspflichtig ist, oder
- der Schuldner nicht bestreitet, dass der Gläubiger den Vertrag erfüllt hat, oder
- der Schuldner zwar bestreitet, dass der Gläubiger den Vertrag erfüllt hat, seine Einwendungen aber offensichtlich haltlos sind, oder
- der Schuldner zwar bestreitet, dass der Gläubiger den Vertrag erfüllt hat, der Gläubiger aber in liquider Weise durch Urkunden nachweist, dass er seine vertragliche Leistung gehörig bewirkt hat.

### Anforderungen an die Vertragsgestaltung

Die Durchsetzbarkeit von Geldforderungen verlangt also, dass ein Vertrag

- eine formwirksame Schuldanerkennung enthält, die den Anforderungen der Rechtsprechung genügt und
- entweder keine massgebenden Einreden/Einwendungen des Geldschuldners zulässt
- oder bei allfälligen Einreden/Einwendungen den sofortigen Gegenbeweis ermöglicht.

(cc) Gestaltungsspielraum beim ordentlichen Zivilprozess

### Gerichtsstandvereinbarung

Die örtliche Regelzuständigkeit der ZPO kann von den Parteien modifiziert werden. Dies muss schriftlich oder in einer anderen Form erfolgen, die den Nachweis durch Text ermöglicht z.B. Email (ZPO 17 II).

Eine Gerichtsstandvereinbarung ist nur zulässig, wenn der gesetzliche Gerichtsstand nicht (teil-)zwingender Natur ist. Teilzwingend bedeutet, dass vor Entstehen der Streitigkeit der Konsument etc. nicht auf den jeweils gesetzlichen Gerichtsstand verzichten kann.

### Vorsorgliche Massnahmen (ZPO 261 Abs. 1)

Für eine vorsorgliche Massnahme muss die gesuchstellende Partei glaubhaft mache, dass ein ihr zustehender Anspruch verletzt ist oder eine Verletzung zu befürchten ist und dass ihr aus der Verletzung ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht.

Sind diese Voraussetzungen erfüllt, kann das Gericht jede Anordnung treffen, die geeignet ist, den drohenden Nachteil anzuwenden (ZPO 262).

## *h) Vertragsverhandlungen*

### Zwingendes Recht zugunsten der Schwächeren Partei

Für Verträge, die ohne Verhandlungen zustande kommen, gewährleistet der Gesetzgeber den Schutz der schwächeren Partei. Insbesondere im Miet- und Arbeitsrecht ist die Vertragsfreiheit eingeschränkt. Weiter werden AGBs von Gerichten zugunsten der schwächeren Partei ausgelegt.

### Faktoren der Verhandlungsmacht

- Marktstellung der Parteien
- Generelle Wettbewerbssituation
- Bedeutung des Vertrags für die Parteien
- Bedeutung der gegenseitigen Beziehungen
- Verhandlungsgeschick der Parteien

### Letter of Intent

Dies ist eine Absichtserklärung, in dem die Parteien ihren Willen erklären, einen Vertrag abzuschliessen zu wollen. Es ist aber kein Vorvertrag, damit besteht kein Zwang zur Einigung.

### Memorandum of Understanding

Darin werden die Eckpunkte einer zukünftigen Vereinbarung grob skizziert. Es soll die Rahmenbedingungen des Vertrags transparent machen und drückt lediglich aus, dass die Parteien in einer Sache gleicher Meinung sind.

### Heads of Agreement

Sie halten schliesslich ein erreichtes Zwischenergebnis fest, ohne dass aber schon eine vertragliche Bindung eintritt.

## *i) Ausfertigung des Vertrages*

### **1. Einleitungsteil**

#### **a. Überschrift**

Aufgrund von OR 18 ist die Kennzeichnung nicht massgebend, kann jedoch bei der Auslegung als Anhaltspunkt dienen.

#### **b. Bezeichnung der Parteien**

Bei Unternehmen sind hierbei auch die Vertretungsverhältnisse zu bezeichnen

#### **c. Präambel**

Sie regelt die wesentlichen Umstände des Vertragsabschlusses und die allgemeine Absichtserklärung bzw. Zielvorstellungen der Parteien. Auf diese Weise lässt sich verifizieren, ob die Parteien von den gleichen Grundlagen ausgegangen sind und die Präambel hilft bei Auslegen des Vertrages.

#### **d. Definition und Abkürzungen**

## 2. Hauptteil

- a. *Hauptverpflichtungen sowie die Modalitäten*
- b. *Regelungen für den Fall von Leistungsstörungen*
- c. *Bestimmungen zur Vertragsbeendigung*

## 3. Schlussteil

- a. *Schriftformklausel*
- b. *Salvatorische Klausel*
- c. *Sprache und Rechtswahl*
- d. *Arbitration/Gerichtsstandvereinbarungen*
- e. *Unterschriftsrubrik*

Weiter ist anzumerken, dass die komplette Vertragsverhandlung (Rohentwürfe, Schreiben etc.) alles aufbewahrt und gespeichert wird. Dadurch ist klar welche Partei welche Vorbringen einbrachte und dient bei Streitigkeiten auch als Beweis.

# II. Kauf einer beweglichen Sache

## A. Allgemeines

### 1. Verhandlungsprinzipien

#### a) *Basar*

Intuitive Verhandlungsmethode: Man kennt den Markt kaum, es wird mal ein Preis in den Raum geworfen, welcher Basis für die Preisverhandlung darstellt. Da man aber nicht weiss, welchen Wert das Produkt hat, handelt man intuitiv. Dies ist leider sogar im Geschäftsumfeld häufig anzutreffen.

#### b) *Harvard-Konzept: Interessen im Vordergrund*

- Menschen und ihre Interessen (=die Sachfragen) sind getrennt voneinander zu behandeln.
- Man soll sich auf die Interessen der Beteiligten und nicht auf ihre Position konzentrieren.
- Die guten Beziehungen der Parteien sollen erhalten bleiben
- Beide Seiten sollen erfolgreich sein oder ein faires Ergebnis erzielen.
- Es wird sachlich aufgrund von objektiven Beurteilungskriterien (gesetzlichen Regelungen, ethischen Normen etc.) verhandelt.

#### c) *Haft: Strukturiertes Vorgehen*

1. Eröffnungsphase (Small Talk)
2. Rahmenphase:

Wie lange haben wir heute Zeit, bis wann soll eine Lösung gefunden werden? Man muss sich den Kompetenzen bewusst sein: Sitzt man mit dem Entscheidungsträger am Tisch?

3. Themenphase
4. Informationsphase:
5. Argumentationsphase  
Ein Programm bilden und dieses Punkt für Punkt durch gehen (eines nach dem andern)
6. Entscheidungsphase

d) *Pandschab/Schweizer: Synchronisieren*

- Besprechungsort
- Wer sitzt wo?
- Gesprächsatmosphäre/Zuhören/Kommunikationsregeln
- Beobachten der Gegenpartei → Wie regieren sie, welche Mimik haben sie?
- Was ist relevant
- In die Lage der Gegenpartei versetzen

e) *Anker*

Machen wir ein Angebot oder lassen wir die Gegenseite ein Angebot machen?

Es ist besser selbst das erste Angebot zu machen, dies ist dann wie ein Anker und definiert die Größenordnung. Setzt man aber zu hoch an, hat dies sehr negative Auswirkungen, das erste Angebot muss also fordernd aber realistisch sein.

Wirft die Gegenseite zuerst den Anker, muss man argumentieren können, weshalb dies nun auf falschen Grundlagen basiert (schwieriger).

f) *BATNA*

BATNA = Best Alternative to a Negotiated Agreement: Es ist von grösster Wichtigkeit sein BATNA zu kennen. Was sind meine Alternativen, Abbruch, Prozess?

## 2. Einzelfalllösung

Die Einzelfalllösung verlangt besondere Sorgfalt und einen erhöhten Zeitaufwand und finden v.a. bei Innominatkontrakte Anwendung. Besteht eine Vertragslücke (wurde vergessen was zu regeln), bildet der hypothetische Parteiwille den Ausgangspunkt der Auslegung.

## 3. Vorgehen auf Grundlage des Gesetzesrechts

Bei einfacheren Verhältnissen ist es sinnvoll, dem Vertrag gesetzliche Regelungen zugrunde zu legen und diese Bestimmungen im Vertrag zu konkretisieren. Vorteil besteht darin, dass auf eine reiche Rechtsprechung und Literatur zurückgegriffen werden kann = erhöht die Sicherheit des Vertrags.

Weiter gestaltet sich die Verhandlung leichter, da auch die Gegenseite von Gesetzesrecht ausgehen wird.

## **B. Vertragsgestaltung beim Kauf einer beweglichen Sache**

### **1. Informationsbeschaffung**

#### *a) Bezeichnung der Parteien*

- Bei natürlichen Personen immer die Wohnadresse anfügen.
- Bei Vertretungen müssen das Vertretungsverhältnis und die Vollmacht angegeben werden. Ggf. muss der Handelsregisterauszug überprüft werden
- Bei juristischen Personen auf die exakte Bezeichnung der Firma achten

#### *b) Umschreibung der Kaufsache*

Kaufgegenstand muss im Vertrag eindeutig und so detailliert wie möglich umschrieben werden. Dazu gehört auch die Umschreibung des Modell- und Typenbezeichnungen. Die Verwechslungsgefahr mit anderen Produkten bestimmt den Umfang der notwendigen Angaben.

Dies dient der Konfliktvermeidung: Es wird mit einer detaillierten Umschreibung einem Irrtum (error in corpore) der zu einer Irrtumsanfechtung nach OR 24 I Ziff. 2 führen kann, entgegengewirkt.

#### *c) Kaufpreis und weitere Kosten*

##### *(aa) Kaufpreis*

Muss bestimmt oder nach den Umständen bestimmbar sein (OR 184 III). Ist er nicht genau bestimmbar, muss er aufgrund objektiver Kriterien bestimmbar sein (Markt- oder Börsenpreis) oder durch einen unabhängigen Dritten festgelegt werden können.

##### *(bb) Weitere Kosten (OR 188 und 189)*

Es muss aus dem Vertrag ersichtlich sein, welche Partei welche Kosten trägt ansonsten läuft es nach OR.

#### *d) Modalitäten*

##### *(aa) Zahlungsmodalitäten*

Es empfiehlt sich immer ein bestimmtes (End-)Datum zu wählen. Dies hat den Vorteil, dass der Käufer ohne Mahnung in Verzug gerät, wenn er an jenem Tag nicht bezahlt.

##### *(bb) Leistungsmodalitäten*

Werden diese nicht im Vertrag geregelt, wird der Kauf Zug um Zug nach OR 184 II abgewickelt. Den Parteien steht gemäss OR 82 die Einrede des nicht oder nicht gehörig erfüllten Vertrags zu, solange die Gegenpartei die vertragliche Leistungspflicht nicht vereinbarungsgemäss angeboten hat.

#### *e) Risikoplanung (mögliche Leistungsstörungen)*

Aufseiten des Verkäufers kommen vor allem Verspätungen, Schlechterfüllungen oder Verletzungen vertraglicher Nebenpflichten infrage. Auf Käuferseite vor allem die Nichtbezahlung des Kaufpreises. Insoweit muss man seine Klienten über eine mögliche Konventionalstrafe oder eine Garantieflicht informieren.

## 2. Rechtsanwendung

Der Fahrniskauf ist in OR 184-215 geregelt. Auch die Allgemeinen Bestimmungen des OR sind aber zu beachten. So kann der Käufer neben der sachenrechtlichen Gewährleistung gem. OR 197ff. auch einen Schadenersatzanspruch nach OR 97 geltend machen, falls er der Prüfungs- und Rügeobliegenheit gem. OR 201 nachgekommen ist.

Ebenfalls möglich ist es sich alternativ zu den vertraglichen Ansprüchen auf einen Grundlagenirrtum zu berufen, wobei die Regelnd der Gewährleistung, vor allem die Rügeobliegenheit, keine Anwendung findend.

### a) Gefahrtragung (OR 185)

B. Nutzen und Gefahr

<sup>1</sup> Sofern nicht besondere Verhältnisse oder Verabredungen eine Ausnahme begründen, gehen Nutzen und Gefahr der Sache mit dem Abschlusse des Vertrages auf den Erwerber über.

<sup>2</sup> Ist die veräusserte Sache nur der Gattung nach bestimmt, so muss sie überdies ausgeschieden und, wenn sie versendet werden soll, zur Versendung abgegeben sein.

<sup>3</sup> Bei Verträgen, die unter einer aufschiebenden Bedingung abgeschlossen sind, gehen Nutzen und Gefahr der veräusserten Sache erst mit dem Eintritte der Bedingung auf den Erwerber über.

**Der Grundsatz von OR 185 Abs. 1 benachteiligt den Käufer:** Er trägt das Risiko des zufälligen Untergangs der Kaufsache ab Vertragsschluss, das Eigentum daran erhält er aber erst mit Übertragung des Besitzes.

Deshalb sollte entweder die Gefahrtragung explizit geregelt sein oder einen Erfüllungsort bzw. eine Bringschuld vereinbart werden.

Wird ein **Erfüllungsort** vereinbart, geht die Gefahr erst auf den Käufer über, wenn der Kaufgegenstand sich am Erfüllungsort befindet.

Bei einer **Bringschuld** trägt der Käufer demnach die Preisgefahr erst ab Übergabe der Ware am vertraglich abgemachten Ort.

### b) Erfüllungsmodalitäten (OR 74 ff.)

B. Ort der Erfüllung

<sup>1</sup> Der Ort der Erfüllung wird durch den ausdrücklichen oder aus den Umständen zu schliessenden Willen der Parteien bestimmt.

<sup>2</sup> Wo nichts anderes bestimmt ist, gelten folgende Grundsätze:

1. Geldschulden sind an dem Orte zu zahlen, wo der Gläubiger zur Zeit der Erfüllung seinen Wohnsitz hat;
2. wird eine bestimmte Sache geschuldet, so ist diese da zu übergeben, wo sie sich zur Zeit des Vertragsabschlusses befand;
3. andere Verbindlichkeiten sind an dem Orte zu erfüllen, wo der Schuldner zur Zeit ihrer Entstehung seinen Wohnsitz hatte.

<sup>3</sup> Wenn der Gläubiger seinen Wohnsitz, an dem er die Erfüllung fordern kann, nach der Entstehung der Schuld ändert und dem Schuldner daraus eine erhebliche Belästigung erwächst, so ist dieser berechtigt, an dem ursprünglichen Wohnsitz zu erfüllen.

Besonders die dispositive Regelung des Speziaukauf nach OR 74 Abs. 1 Ziff. 2, stellt keine adäquate Lösung dar, weshalb eine eigenständige Vereinbarung getroffen werden sollte.

(aa) Einrede nach OR 82

1. Ordnung in der Erfüllung  
Wer bei einem zweiseitigen Verträge den andern zur Erfüllung anhalten will, muss entweder bereits erfüllt haben oder die Erfüllung anbieten, es sei denn, dass er nach dem Inhalte oder der Natur des Vertrages erst später zu erfüllen hat.

Die Einrede der nicht oder nicht gehörig erbrachten Gegenleistung, steht den Parteien auch bei Teilleistungen und qualitativen Mängeln der angebotenen Kaufsache zu. Nach Annahme der Kaufsache kann sich der Käufer jedoch nur so lange auf OR 82 berufen, als die Leistungsverweigerung faktisch noch möglich ist. Im Übrigen sind ausschliesslich die Regeln des Gewährleistungsrechts anwendbar.

### **Ausschluss von OR 82**

OR 82 kann vertraglich ausgeschlossen werden. Dies hat eine Erleichterung der Anspruchsdurchsetzung zur Folge. Zahlt z.B. der Käufer nicht, entfällt für den Verkäufer im Rechtsöffnungsverfahren der Nachweis der eigenen vertragskonformen Erfüllung.

Der Käufer kann nur Einwendungen erheben, die vertraglich nicht ausgeschlossen wurden. Dieser Ausschluss muss sich aber eindeutig aus dem Vertrag ergeben und darf die Rechtsstellung des Verzichtenden nicht übermässig verschlechtern.

### **Beim Kreditkauf**

Dabei ist der Käufer vorleistungspflichtig und OR 82 wird implizit wegbedungen. Zahlt der Käufer nicht, hat der Verkäufer im Rechtsöffnungsverfahren die vertragskonforme Lieferung und die Fälligkeit des Kaufpreises zu beweisen.

OR 214 Abs. 3 schränkt beim Kreditkauf das Verkäuferwahlrecht im Käuferverzug auf die Schadenersatz- und die Erfüllungsklage ein. Will der Käufer in diesem Fall vom Vertrag zurücktreten können, muss er sich dieses Recht ausdrücklich im Vertrag vorbehalten haben.

### **Bei Vorleistungspflicht des Käufers**

Liegt eine solche vor, wird OR 82 zugunsten des Verkäufers ausgeschlossen. Der Käufer kann sich diesfalls mangels Fälligkeit der Leistung des Verkäufers nicht auf OR 82 berufen, solange er selbst nicht bezahlt hat.

c) *Annahmepflicht des Käufers (OR 211)*

Es ist umstritten, ob es sich dabei um Pflichten oder blosser Obliegenheiten handelt. Deshalb sollten im Vertrag die Rechtsfolgen der Verletzung der Annahmepflicht des Käufers klar geregelt sein.

d) *Verkäuferverzug*

(aa) Nicht kaufmännischer Bereich (OR 102 ff.)

- **Art. 102 B. Verzug des Schuldners / I. Voraussetzung**  
B. Verzug des Schuldners  
I. Voraussetzung  
1 Ist eine Verbindlichkeit fällig, so wird der Schuldner durch Mahnung des Gläubigers in Verzug gesetzt.  
2 Wurde für die Erfüllung ein bestimmter Verfalltag verabredet, oder ergibt sich ein solcher infolge einer vorbehaltenen und gehörig vorgenommenen Kündigung, so kommt der Schuldner schon mit Ablauf dieses Tages in Verzug.

Bei Fälligkeit wird der Verkäufer durch Mahnung des Käufers in Verzug gesetzt (Abs. 1). Der Fälligkeitstermin sollte deshalb eindeutig aus dem Vertrag hervorgehen. Auch sollte eine genaue vertragliche Regelung über die Wirkungen der Mahnung vorhanden sein.

Bei einem **Verfalltagsgeschäft** treten die Verzugsfolgen ohne Mahnung ein (Abs. 2). Ein Verfalltag liegt vor, wenn der Erfüllungszeitpunkt kalendermässig bestimmt oder zumindest bestimmbar ist («*bis spätestens 30 November 2019*»).

**Konventionalstrafe OR 160 ff.**

Eine solche empfiehlt sich zur Absicherung des Lieferungszeitpunkts, wenn die rechtzeitige Lieferung für den Käufer wichtig ist. Gem. OR 160 II kann sie in diesem Fall kumulativ zur Hauptleitung verlangt werden.

**Relatives Fixgeschäft (OR 108)**


- **Art. 108 B. Verzug des Schuldners / II. Wirkung / 4. Rücktritt und Schadenersatz / b. Ohne Fristansetzung**  
b. Ohne Fristansetzung  
Die Ansetzung einer Frist zur nachträglichen Erfüllung ist nicht erforderlich:  
1. wenn aus dem Verhalten des Schuldners hervorgeht, dass sie sich als unnütz erweisen würde;  
2. wenn infolge Verzuges des Schuldners die Leistung für den Gläubiger nutzlos geworden ist;  
3. wenn sich aus dem Vertrage die Absicht der Parteien ergibt, dass die Leistung genau zu einer bestimmten oder bis zu einer bestimmten Zeit erfolgen soll.

In den Fällen von OR 108 kann der Gläubiger auf das Ansetzen einer Nachfrist verzichten. Es empfiehlt sich aber dies trotzdem zu tun, da er die Beweislast trägt, dass ein Fall von OR 108 vorliegt.

Ein relatives Fixgeschäft liegt vor, wenn aus dem Vertrag hervorgeht, dass der Käufer eine Lieferung nach dem vereinbarten Erfüllungszeitraum bzw. -punkt nicht annehmen muss (aber darf, wenn er will). Mit Ablauf des Termins fällt der Verkäufer nicht nur in Verzug, sondern der Käufer braucht ihm auch keine Nachfrist zu setzen.


Der zusätzlichen Klarstellung kann die Aufnahme einer Klausel dienen, dass eine Lieferung nach Verfalltag nicht mehr akzeptiert wird.

## Wahlrechte des Käufers (OR 107)

<p>-  <b>Art. 107 B. Verzug des Schuldners / II. Wirkung / 4. Rücktritt und Schadenersatz / a. Unter Fristansetzung</b></p> <p>4. Rücktritt und Schadenersatz</p> <p>a. Unter Fristansetzung</p> <p><sup>1</sup> Wenn sich ein Schuldner bei zweiseitigen Verträgen im Verzuge befindet, so ist der Gläubiger berechtigt, ihm eine angemessene Frist zur nachträglichen Erfüllung anzusetzen oder durch die zuständige Behörde ansetzen zu lassen.</p> <p><sup>2</sup> Wird auch bis zum Ablaufe dieser Frist nicht erfüllt, so kann der Gläubiger immer noch auf Erfüllung nebst Schadenersatz wegen Verspätung klagen, statt dessen aber auch, wenn er es unverzüglich erklärt, auf die nachträgliche Leistung verzichten und entweder Ersatz des aus der Nichterfüllung entstandenen Schadens verlangen oder vom Verträge zurücktreten.</p>
---

Nach fruchtlosem Fristablauf kann der Gläubiger die Wahlrechte ausüben. Der Verzicht auf die vertragliche Leistung muss im nicht kaufmännischen Verkehr «unverzüglich» erklärt werden. Im Vertrag sollte geregelt sein, in welcher Form diese Erklärung zu erfolgen hat, sowie ob der Gläubiger sich gleichzeitig für ein bestimmtes Recht (Schadenersatz wegen Nichterfüllung oder Rücktritt) zu entscheiden hat.

(bb) Im kaufmännischen Bereich (OR 190 ff.)

<p>-  <b>Art. 190 B. Verpflichtungen des Verkäufers / I. Übergabe / 3. Verzug in der Übergabe / a. Rücktritt im kaufmännischen Verkehr</b></p> <p>3. Verzug in der Übergabe</p> <p>a. Rücktritt im kaufmännischen Verkehr</p> <p><sup>1</sup> Ist im kaufmännischen Verkehr ein bestimmter Liefertermin verabredet und kommt der Verkäufer in Verzug, so wird vermutet, dass der Käufer auf die Lieferung verzichte und Schadenersatz wegen Nichterfüllung beanspruche.</p> <p><sup>2</sup> Zieht der Käufer vor, die Lieferung zu verlangen, so hat er es dem Verkäufer nach Ablauf des Termines unverzüglich anzuzeigen.</p>
---

Für den kaufmännischen Verkehr (=Kauf zum Zweck des Wiederverkaufs) enthält OR 190 Abs. 1 die widerlegbare Vermutung, dass bei Vereinbarung eines Liefertermins ein relatives Fixgeschäft vorliegt und dass der Käufer in diesem Fall auf die nachträgliche Leistung verzichtet und Schadenersatz wegen Nichterfüllung (positives Interesse) fordert.

Will der Käufer dennoch an der Leistung festhalten (und damit die Vermutung umstossen), so hat er dies unverzüglich zu erklären (Abs. 2). Verzichtet der Käufer auf die nachträgliche Leistung, so hat er die Wahl zwischen dem positiven Interesse und dem Rücktritt vom Vertrag mit negativem Interesse.

Bei der Vertragsgestaltung sollte überprüft werden, ob überhaupt ein Anwendungsfall von OR 190 vorliegt. Deshalb ist es wichtig die Ziele und Absichten der Parteien im Vertrag (Präambel) aufzunehmen.

e) *Käuferverzug*


Zahlt der Käufer nicht fristgerecht, finden primär die Bestimmungen von OR 102 Anwendung. Wenn der Käufer die vertragsgemäss angebotene Kaufsache nicht annimmt, gerät er in den Gläubigerverzug und der Verkäufer erhält das Recht nach **OR 92 ff.** vorzugehen:

<sup>1</sup> Wenn der Gläubiger sich im Verzuge befindet, so ist der Schuldner berechtigt, die geschuldete Sache auf Gefahr und Kosten des Gläubigers zu hinterlegen und sich dadurch von seiner Verbindlichkeit zu befreien.

<sup>2</sup> Den Ort der Hinterlegung hat der Richter zu bestimmen, jedoch können Waren auch ohne richterliche Bestimmung in einem Lagerhause hinterlegt werden.<sup>1</sup>

Dies hat u.a. zur Folge, dass der Verkäufer nicht in Verzug fallen kann und ausserdem, dass die Gefahr des zufälligen Untergangs auf den Käufer übergeht.

### **Rücktritt ohne Nachfrist bei Bar- oder Pränumerandokauf (OR 214)**

-  **Art. 214 C. Verpflichtungen des Käufers / IV. Verzug des Käufers / 1. Rücktrittsrecht des Verkäufers**

IV. Verzug des Käufers

1. Rücktrittsrecht des Verkäufers

<sup>1</sup> Ist die verkaufte Sache gegen Vorausbezahlung des Preises oder Zug um Zug zu übergeben und befindet sich der Käufer mit der Zahlung des Kaufpreises im Verzuge, so hat der Verkäufer das Recht, ohne weiteres vom Vertrage zurückzutreten.

<sup>2</sup> Er hat jedoch dem Käufer, wenn er von seinem Rücktrittsrecht Gebrauch machen will, sofort Anzeige zu machen.

<sup>3</sup> Ist der Kaufgegenstand vor der Zahlung in den Besitz des Käufers übergegangen, so kann der Verkäufer nur dann wegen Verzuges des Käufers von dem Vertrage zurücktreten und die übergebene Sache zurückfordern, wenn er sich dieses Recht ausdrücklich vorbehalten hat.

OR 214 Abs. 1 und 2 räumen dem Verkäufer im Falle des Käuferverzugs ein Rücktrittsrecht ohne Fristansetzung ein, wenn er dem Käufer davon sofort Anzeige macht. Dies entspricht dem Wahlrecht nach OR 107 Abs. 2, weshalb der Verkäufer den Vertrag auflösen und bei Verschulden des Käufers das negative Vertragsinteresse fordern kann (OR 109 Abs. 2).

Wird das Rücktrittsrecht nicht rechtzeitig ausgeübt, ist ein Vorgehen nach OR 214 Abs. 1 und 2 nicht mehr möglich. So muss der Verkäufer nach OR 107 Abs. 2 vorgehen und eine Nachfrist ansetzen und erst nach unbenütztem Fristablauf vom Vertrag zurücktreten.

### **Beim Kreditkauf**

Der Kreditkauf untersteht grds. den Verzugsregeln von OR 102 ff. Ein Rücktritt des Verkäufers ist aber nur möglich, wenn der Verkäufer sich dieses Recht vertraglich vorbehalten hat (OR 214 Abs. 3). Dem Verkäufer bleibt auch ohne Rücktrittsvorbehalt die Möglichkeit, zwischen dem Erfüllungsanspruch oder Schadenersatz auf das positive Interesse zu wählen.

### **Schadensberechnung (OR 215)**

OR 215 gibt dem Verkäufer das Recht, den Schaden nach der Differenzmethode zu berechnen. Dies setzt voraus, dass der Weiterverkauf durch den Verkäufer in guten Treuen erfolgte.

### **Verzugszinsen (OR 104 f.)**

Im Falle einer Geldschuld sind auch bei unverschuldetem Verzug, Verzugszinsen geschuldet. Eine vertragliche Regelung der Verzugszinsen ist zur Konfliktvermeidung sinnvoll und nötig, wenn ein andere als der gesetzlich vorgeschriebener (5%) Anwendung finden soll.

f) *Rechtsmängelhaftung (OR 192 ff.)*

Der Verkäufer haftet für den Fall, dass ein Dritter am Kaufgegenstand ein besseres Recht begründet und dem Käufer den Kaufgegenstand somit zumindest teilweise entwehrt. Dieses Recht muss schon zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses bestanden haben.

Bei **vollständiger Entwehrung** tritt die Vertragsauflösung ipso iure ein (siehe OR 195 für die Ansprüche des Käufers). Für den unmittelbaren Schaden in OR 195 Abs. 1 haftet der Verkäufer kausal. In Bezug auf die Rechtsmängelfolgeschäden hat er die Exkulpationsmöglichkeit (OR 195 Abs. 2).

OR 196 regelt die **teilweise Entwehrung**. Grds. kann der Käufer nur Ersatz des Schadens verlangen. Ist jedoch aufgrund der Umstände davon auszugehen, dass er den Kaufvertrag nicht abgeschlossen hätte, wenn er das bessere Recht des Dritten vorausgesehen hätte, kann er die Aufhebung des Vertrags verlangen (OR 196 Abs. 2)

g) *Sachmängelhaftung (OR 197 ff.)*

Dabei handelt es sich um eine weitgehend verschuldensunabhängige Haftung des Verkäufers. Sie wird gemildert durch:

- Die Prüfungs- und Rügeobliegenheit des Käufers (OR 201)
- Die Genehmigungsfiktion erkennbarer Mängel (OR 201 Abs. 2)
- Die relativ kurze zweijährige Verjährungsfrist des OR 210
- Die Möglichkeit des Verkäufers, sich mit Bezug auf mittelbare Schäden zu exkulpieren (OR 208 Abs. 3)

Der Verkäufer kann sich in den Schranken von OR 199 von dieser Haftung freizeichnen. Weiter werden die gesetzlich vorgesehenen Wandelungs- und Minderungsrechte oft durch ein Nachbesserungsrecht ersetzt.

(aa) Begriff des Sachmangels

**Ein Sachmangel liegt vor, wenn die Ist-Beschaffenheit von der Soll-Beschaffenheit in einer für den Käufer ungünstigen Weise abweicht.**

**Objektiver Mangel**

Ein objektiver Mangel mindert erheblich den Wert der Sache oder ihre Tauglichkeit für den vorausgesetzten Gebrauch.

**Fehlen von zugesicherten Eigenschaften (OR 197 Abs. 1)**

Auch beim Fehlen von zugesicherten Eigenschaften liegt ein Sachmangel vor, sofern die Eigenschaft für den Kaufentschluss ausschlaggebend war. Der Verkäufer muss deshalb bei seinen Anpreisungen vorsichtig sein, um nicht ungewollt eine Erklärung über Sacheigenschaften abzugeben, die als Zusicherung qualifiziert wird, die nach Treu und Glauben für den Kaufentscheid ausschlaggebend war oder zumindest sein konnte.

(bb) Unselbständige Garantie

Wenn der Verkäufer für bestimmte Sachen eine «Garantie» übernimmt, ist dies meist als Zusicherung im Sinne von OR 197 Abs. 1 zu verstehen. Eine solche Zusicherung (unselbständige Garantie) liegt vor, wenn der Verkäufer bei Vertragsschluss eine verbindliche Erklärung über das Vorliegen bestimmter

Eigenschaften oder über das Fehlen bestimmter Mängel abgibt (diese Zusicherung kann auch konkludent erfolgen).

Der Verkäufer haftet für Sachmängel, welche zugesicherte Eigenschaften betreffen, unabhängig davon, ob diese den Wert der Sache oder ihre Tauglichkeit zum vorausgesetzten Gebrauch aufheben oder erheblich mindern.

(cc) Selbständige Garantie

Dabei verspricht ein Dritter dem Käufer auf eigenen Namen und auf eigene Rechnung die Leistung (OR 111). Es handelt sich dabei um einen selbständigen Vertrag zw. dem Dritten und dem Käufer, der unabhängig vom Grundgeschäft gültig ist.

Bei der selbständigen Garantie ist weder die Rügeobliegenheit (OR 201) noch die Verjährungsfrist (OR 210) zu beachten.

(dd) Sachmängelgewährleistungsklausel

Bei der Formulierung einer Sachmängelgewährleistungsklausel sind v.a. die folgenden zwei Punkte zu beachten:

- Das Verhältnis der Gewährleistungsfrist zu OR 201 ist zu klären:  
Oft beabsichtigen die Parteien mit einer «Garantiefrist», den Käufer von der Rüge- und Prüfungsobliegenheit zu entbinden. Dies muss klar aus dem Vertrag hervorgehen.
- Das Verhältnis zw. der Gewährleistungsfrist und der Verjährungsfrist nach OR 210 ist zu klären:  
Die zweijährige Verjährungsfrist kann vertraglich modifiziert werden. Für neue Sachen darf sie nicht unter 2 Jahre gesenkt werden. Für gebrauchte Sachen, die für den persönlichen/familiären Gebrauch des Käufers bestimmt sind und der Verkäufer gewerblich/beruflich handelt, nicht unter 1 Jahr. Eine Verlängerung der Verjährungsfrist darf demgegenüber nicht mehr als 10 Jahre betragen (OR 127 i.V.m. OR 129)

(ee) Herstellergarantie

Dabei haftet der Hersteller unabhängig davon, ob er auch der Verkäufer ist und unabhängig von einem Verschulden für die während der Frist der Sachmängelhaftung auftretenden Mängel.

(ff) Gesetzliche Regelung der Sachmängelhaftung (OR 205 ff.)

Zur Geltendmachung von Sachmängeln sieht OR 205 Abs. 1 die Wandelung und die Minderung vor. Mit der Wandelung kann der Käufer den unmittelbaren Schaden geltend machen, der verschuldensunabhängig ist (OR 208 Abs. 2). In Bezug auf den mittelbaren Schaden hat der Verkäufer die Möglichkeit der Exkulpation (OR 208 Abs. 3).

Unmittelbarer und mittelbarer Schaden sind dabei anhand der Länge der Kausalkette abzugrenzen: Sobald eine weitere Schadensursache hinzutritt, liegt nur mehr ein mittelbarer und damit verschuldensabhängiger Schaden vor.

(gg) Obliegenheiten des Käufers (OR 201)

Der Käufer muss die Ware untersuchen und (erkennbare) Mängel sofort nach Entdeckung rügen. Tut er dies nicht, verwirkt er seine Gewährleistungsrechte.

(hh) Vertraglicher Nachbesserungsanspruch des Käufers

Dabei ist auch das konkrete Verfahren bei dessen Geltendmachung zu regeln (Fristen, Anzahl der nachbesserungsversuche des Verkäufers, Art der Nachbesserung, Kosten für Transport etc.) und festzulegen, ob Wandelung, Minderung und Schadenersatzansprüche ausgeschlossen werden.

*h) Freizeichungsklauseln*

Massgebende Rechtsgrundlage für die Freizeichungsklauseln bilden OR 100 und OR 101. Im Kaufrecht regeln **OR 192 Abs. 3 und OR 199** die Frage der Wegbedingung der Haftung. Im Gegensatz zur OR 100 Abs. 1 ist der Ausschluss der Haftung für Grobfahrlässigkeit nach dem Wortlaut von OR 199 zulässig, da in OR 199 nur «arglistiges» Verschweigen sanktioniert wird. Arglist nach OR 199 bildet allerdings schon eine Verletzung der Aufklärungspflichten.

Vorsicht geboten ist mit allgemein gehaltenen Freizeichungsklauseln (z.B. «*Es wird im gesetzlich zulässigen Umfang jegliche Haftung ausgeschlossen.*»). Nach BGE wird die Gewährleistung für einen Mangel durch vertragliche Abrede nicht ausgeschlossen, wenn er gänzlich ausserhalb dessen lag, womit ein Käufer nach den konkreten Umständen rechnen musste.

(aa) Konkurrierende Ansprüche

Ist die Sachmängelhaftung nicht ganz ausgeschlossen worden, indem z.B. ein Nachbesserungsanspruch vereinbart wurde, kann der Käufer sich trotz der Freizeichnung zusätzlich auf einen Irrtum berufen. Dieser sollte deshalb wie folgt ausgeschlossen werden:

*«Beim Vorliegen eines Sachmangels kann die Käuferin ausschliesslich das vertragliche Nachbesserungsrecht geltend machen. Die Irrtumsanfechtung wird hiermit ausdrücklich ausgeschlossen.»*

(bb) Beweislast

Bundesgericht und Lehre sind sich diesbezüglich uneinig. Die Parteien sollten deshalb die Beweisregeln bezüglich Sachmängel im Falle von Freizeichnungsklauseln explizit regeln.

(cc) Vertragliche Haftungsbegrenzung

Die Schadenersatzpflicht kann z.B. durch eine Fixierung der maximalen Ersatzsumme (cap), durch Ausschluss von Bagatellschäden (floor) oder durch Limitierung auf den Wert des Kaufgegenstands eingegrenzt werden.

*i) Umsetzung der Planungsziele*

(aa) Konfliktvermeidung und -lösung

- Vorleistungspflicht oder Konventionalstrafe
- Rügeobliegenheit genau umschreiben
- Evtl. Schiedsgerichtsvereinbarung, welches über einen Sachmangel entscheiden soll (v.a. bei komplexen Fällen)

(bb) Vertragsbeendigung

- Kündigungsgründe und -fristen (ausserordentliche Kündigungsgründe)
- Bei Sukzessivlieferungsverträgen:  
Regeln nach Beendigung des Vertrages, z.B. was mit einem allfälligen Lagerbestand geschehen soll.

(cc) Anpassungsklauseln

- Machen bei Dauerverträgen Sinn; damit kann z.B. der Kaufpreis an gestiegene Material- oder Lohnkosten angepasst werden.
- Es ist auch denkbar, in der Klausel eine Pflicht des Lieferanten zur Anpassung des Kaufgegenstands an die technische Entwicklung zu vereinbaren.

(dd) Gebot der Durchsetzbarkeit

Eine Vorleistungspflicht des Käufers trägt viel zur Durchsetzbarkeit bei, da der vorleistungspflichtige Käufer in einem Rechtsöffnungsverfahren die Einrede der nicht gehörig erbrachten Gegenleistung (OR 82) nicht erheben kann. Liegt keine Vorleistungspflicht vor, sollten die Erfüllungsmodalitäten sorgfältig geregelt werden.

Auch eine Vereinbarung über Gerichtsstand oder eines Schiedsgerichts stärken die Rechtssicherheit bei der Durchsetzung.

(ee) Regelung des Insolvenzfalls

Dies drängt sich v.a. bei einem Kreditkauf auf. Die für den Ausgangsfall massgebende Bestimmung ist SchKG 212, welche OR 214 Abs. 3 als *lex specialis* vorgeht. Danach kann der Verkäufer, der dem Käufer die verkaufte Sache vor der Konkursöffnung über diesen übertragen hat, nicht mehr vom Vertrag zurücktreten und die übergebene Sache zurückfordern, selbst wenn er sich dies ausdrücklich vorbehalten hat.

Wenn die Parteien jedoch einen Eigentumsvorbehalt vereinbar haben, kann der Verkäufer gem. OR 214 Abs. 3 vom Vertrag zurücktreten. Ein weiterer Vorteil eines Eigentumsvorbehalts ist das Recht die Kaufsache aus der Konkursmasse auszusondern (SchKG 242 Abs. 2), wobei der Eigentumsvorbehalt jedoch vor der Konkursöffnung im öffentlichen Register eingetragen werden muss (ZGB 715 Abs. 1), um im Konkurs Wirkung zu entfalten.

Trotz eines wirksamen Eigentumsvorbehalts hat die Konkursmasse nach SchKG 211 Abs. 2 aber die Möglichkeit, den Kaufvertrag anstelle des Konkursiten Käufers zu erfüllen.

### 3. Wiener Kaufrecht

a) *Allgemeines*

Am 1. März 1991 ist das CISG/Wiener Kaufrecht für die Schweiz in Kraft getreten. Es ist gegenwärtig in 85 Staaten in Kraft und ersetzt in seinem sachlichen Anwendungsbereich die entsprechenden Bestimmungen des OR, wenn es von den Parteien nicht **explizit** vertraglich ausgeschlossen wurde.

## b) Anwendungsbereich

Es enthält materielles Kaufrecht für Kaufverträge über Waren zw. Parteien, die ihre Niederlassungen in verschiedenen Staaten haben (CISG 1 Abs. 1 lit. a). Gem. lit. b kommt es auch zur Anwendung, wenn die Regeln des IPRG zur Anwendung des Rechts eines Vertragsstaates führen.

### (aa) Nur im kaufmännischen Bereich

Der Konsumentekauf fällt nicht unter das CISG, ebenso wenig Vereinbarungen, bei denen die Hauptpflicht der liefernden Partei der Ausführung von Arbeiten oder Dienstleistungen besteht. Auch der Kauf von Rechten und Wertpapieren fällt nicht unter das CISG. Auf den Werklieferungsvertrag ist es hingegen anwendbar.

### (bb) Vorgehen bei der Vertragserstellung

1. Haben die Vertragsparteien ihre Niederlassungen in verschiedenen Staaten?
2. Haben diese Staaten das CISG ratifiziert?
3. Fällt die Vereinbarung in den Anwendungsbereich des CISG?
4. Klienten über die Auswirkungen des CISG aufklären
5. Beschluss über Ausschluss des CISG
6. Falls Ausschluss, muss dieser **explizit** geregelt sein.

### (cc) Was regelt das CISG?

Es regelt den Abschluss des Kaufvertrages und die daraus erwachsenen Rechten und Pflichten der Parteien. Die vom CISG nicht erfassten Fragen richten sich nach dem Rechts, auf welches das IPRG des Gerichtstand verweist.

### (dd) Das materielle Kaufrecht des CISG

Es geht von einem einheitlichen Vertragsverletzungsbegriff aus. Die Rechtsbehelfe hängen daher im Grundsatz nicht von der Ursache der Vertragsverletzung ab. Erfüllt der Verkäufer eine seiner Pflichten nicht, stehen dem Käufer gem. CISG 45 Abs. 1 Erfüllung, Ersatzlieferung, Nachbesserung, Vertragsaufhebung, Minderung und Schadenersatz zu. Ersatzlieferung und Vertragsaufhebung allerdings nur dann, wenn eine wesentliche Vertragsverletzung nach CISG 25 vorliegt.

### (ee) Garantiehaftung des Verkäufers

Das CISG sieht eine Garantiehaftung des Verkäufers vor. Diese verschuldensunabhängige Haftung wird durch CISG 74 auf Schäden beschränkt, die der Verkäufer bei Vertragsabschluss vorhergesehen hat oder hätte vorhersehen können.

Eine Befreiung von der Haftung ist nach CISG 79 möglich, wenn die Nichterfüllung des Vertrags auf einem ausserhalb des Einflussbereichs des Verkäufers liegenden Hinderungsgrund beruht, dessen Beseitigung dem Verkäufer nicht zuzumuten war. Es gilt aber zu beachten, dass die Vertragsverletzung auch dann vorliegt, wenn eine Partei durch CISG 79 entlastet wird. Dies bedeutet, dass einzig der Schadenersatzanspruch und je nachdem der Erfüllungsanspruch ausgeschlossen werden.

(ff) Wegbedingung der Rechtsbehelfe des Käufers

Sie können vertraglich wegbedungen werden. Zu erinnern ist aber daran, dass die Gültigkeit einer in AGB enthaltenen Freizeichnungsklausel nicht nach dem CISG, sondern nach dem durch das IPRG des Gerichtsstandstaates berufenen nationalen Recht beurteilt wird.

Ersatzlieferung und Nachbesserung können wegbedungen werden, wenn dem Käufer das Recht zur Vertragsaufhebung verbleibt. Des Weiteren können allgemeine Lieferbedingungen vorsehen, dass bei Vertragsverletzungen untergeordneter Bedeutung lediglich ein Minderungsrecht besteht. Es ist in diesem Fall sachdienlich, wenn der Vertrag definiert, wo diese Schwelle angesetzt wird.

Schadenersatz und Minderung dürfen für nicht wesentliche Vertragsverletzungen nicht zusammen ausgeschlossen werden.

### **III. Arbeitsvertrag und verwandte Verträge**

#### **A. Einleitung**

In zivilrechtlicher Hinsicht zentral ist zunächst die Wahl zw. Arbeitsvertrag und Auftrag. Dies ist deshalb so wichtig, weil bei einem Arbeitsverhältnis aus Gründen des Arbeitnehmerschutzes zahlreiche zwingende Bestimmungen zu beachten sind.

Besonders wichtig sind in diesem Bereich des Rechts ausserdem die steuer- und sozialversicherungsrechtlichen Konsequenzen der Vertragsgestaltung.

#### **B. Arbeitsvertrag – Auftrag**

##### **1. Privatrecht**

###### *a) Rechtsfolgen der Unterscheidung*

Während zahlreiche Normen des Arbeitsrechts einseitig oder beidseitig zwingend sind (OR 361 ff.), sind im Auftragsrecht nur OR 398 (Treue- und Sorgfaltspflicht), OR 400 (in Bezug auf die Rechenschaftspflicht) und OR 404 zwingender Natur.

Folgende zwingende Vorschriften sind bei der Gestaltung eines Arbeitsvertrages besonders zu beachten:

- der stark subjektivierte Fahrlässigkeitsmassstab (OR 321e Abs. 2) sowie die wohlwollende Schadenersatzbemessung bei der Haftung aus Arbeitsvertrag zugunsten des Arbeitnehmers in der Gerichtspraxis.
- die Vorschriften über die Entlohnung (OR 322 ff.)
- die Bestimmungen über die Zuweisung der Betriebsrisiken:  
Der AN hat auch Anspruch auf Lohn, wenn sein Arbeitsunfall auf Betriebsstörungen zurückzuführen ist, die zum Betriebsrisiko des AG gehören (OR 324 ff.)
- die Vorschriften über Freizeit und Ferien (OR 329 ff.)

- die Kündigungsvorschriften (OR 334)

b) *Qualifikationskriterien*

In einem Arbeitsvertrag müssen die folgenden Punkte enthalten sein:

- **Pflicht zur Arbeitsleistung:**  
Unter Arbeit versteht man jede planmässige, auf Bedürfnisbefriedigung gerichtete Verrichtung. Dabei ist gleichgültig, ob es zu einem Arbeitserfolg kommt. Geschuldet ist nur der Einsatz der Arbeitskraft.
- **Subordinationsverhältnis:**  
Ein AN ist im Arbeitsvollzug persönlich, organisatorisch, zeitlich und wirtschaftlich der Weisungsgewalt des AG unterstellt.
- **Arbeitsleitung für bestimmte oder unbestimmte Dauer:**  
Der AN schuldet die Verwendung seiner Zeit für den AG. Dies setzt eine gewisse Dauer des Arbeitsverhältnisses voraus.
- **Entgelt:**  
Der AN muss entlohnt werden (OR 319 Abs. 1). Bei einer unentgeltlichen Arbeitsleistung liegt ein Auftrag oder ein blosses Gefälligkeitsverhältnis vor.

Das entscheidende Abgrenzungskriterium gegenüber dem Auftrag ist das Subordinationsverhältnis. Aufgrund des Gebots der Sicherheit sollten aber immer noch weitere Kriterien in die Vertragsgestaltung miteinbezogen werden.

Dabei ist v.a. an das Kriterium der wirtschaftlichen Abhängigkeit zu denken. Arbeitet jemand für mehrere Personen, ist das ein Indiz für dessen Unabhängigkeit und für die Anwendung von Auftragsrecht. Folgende Merkmale lassen hingegen auf eine wirtschaftliche Abhängigkeit schliessen:

- **Verzicht auf eine eigene unternehmerische Tätigkeit (Fremdbestimmung):**  
Die Arbeitsleistung ist fremdbestimmt, wenn der Handelnde den Preis für seine Leistungen nicht mehr selber aushandelt, er die Höhe seines materiellen und persönlichen Einsatzes nicht selber bestimmen kann und ihm Ort, Zeitpunkt und Art der Erfüllung vorgeschrieben werden.
- **Der Grossteil der Einnahmen stammt aus derselben Erwerbsquelle:**  
Entscheidend ist dabei das Verhältnis eines bestimmten Entgelts zu den gesamten Einkünften. Auch ein niedriges Entgelt aus einer massgebenden Einnahmequelle kann ein Indiz für eine wirtschaftliche Abhängigkeit sein.
- **Periodisches und gleichbleibendes Entgelt**
- **Konkurrenzverbot und Konventionalstrafen:**  
Ausschliesslichkeitsbestimmungen und nachvertragliche Konkurrenzverbote beschränken die unternehmerische Freiheit und lassen eine wirtschaftliche Abhängigkeit vermuten.

Auch eine Regelung darüber, wer das erforderliche Werkzeug zur Verfügung stellt und wer die Risiken der Tätigkeit versichert, kann nach der Praxis ein Hinweis darauf sein, ob ein Auftrag oder ein Arbeitsvertrag vorliegt.

Weiteres: Je mehr Freiheiten der Handelnde in Bezug auf den Zeitpunkt sowie die Zeitdauer der Pflichterfüllung hat, desto eher liegt ein Auftrag vor.

**Wenn folgende Klauseln in einem Vertrag enthalten sind, spricht dies für einen Arbeitsvertrag:**

- Vereinbarung eines Zeit- oder Akkordlohns (OR 319 Abs. 1)
- Vereinbarung fester Arbeitszeiten
- Einordnung in die Arbeitsorganisation und Bindung an einen bestimmten Arbeitsplatz
- Pflicht zur Arbeitsleistung in eigener Person (OR 321)
- Regelung der zulässigen Nebentätigkeiten (OR 321a Abs. 3)
- Regelung der Überstundenarbeit (OR 321c)
- Regelung der Lohnfortzahlungspflicht (OR 324 ff.)
- Freizeit- und Ferienregelung (OR 329 ff.)
- Vereinbarung einer Probezeit (OR 335b)
- Konkurrenzverbot (OR 340)

c) *Fazit*

Man hat den Klienten auf diese Risiken aufmerksam zu machen. Es bestehen grds. drei Möglichkeiten, auf diese Situation zu reagieren:

- **Inkaufnahme des Risikos:**  
Wird die gerichtliche Geltendmachung der Rechte des Dienstleistenden als nicht wahrscheinlich erachtet, kann das Risiko einer allfälligen Korrektur in Kauf genommen werden.
- **Verdeutlichung im Vertragstext:**  
Wird das Risiko einer gerichtlichen Geltendmachung als zu gross eingeschätzt, kann mit der Aufnahme von auftragstypischen Elementen in den Vertrag die Wahrscheinlichkeit einer Qualifikation der Vereinbarung als Arbeitsvertrag verringert werden. Dazu müssen jedoch unter Umständen Kompromisse eingegangen und der dienstleistenden Person grössere Freiheiten eingeräumt werden.
- **Anpassung des Vertrags an die mögliche Qualifikation als Arbeitsvertrag:**  
Der Vertrag soll so gestaltet sein, dass er die mögliche Anwendung des zwingenden Arbeitsrechts mitberücksichtigt und auch bei einer Qualifikation als Arbeitsvertrag in möglichst weiten Teilen aufrechterhalten werden kann → salvatorische Klausel.

## 2. Was muss ein Arbeitsvertrag beinhalten?

### 1. Einleitung

- a. Vertragsparteien
- b. Präambel

### 2. Hauptteil

- a. *Umschreibung des Tätigkeitsbereichs*
  - Welche Arbeit ist zumutbar?
  - Zulässigkeit von Nebenbeschäftigungen/politischen Ämtern

*b. Einordnung in den Betrieb*

- Wichtig für die Abgrenzung gegenüber OR 394 ff.
- Wer sind die direkten Vorgesetzten?
- Welche Stellen sind dem AN unterstellt?
- Funktion des AN im Betrieb
- Arbeitsort

*c. Beginn und Dauer des Arbeitsverhältnisses*

*d. Probezeit*

*e. Beendigung des Vertrags*

*f. Arbeitszeit*

- Betriebliche Normalarbeitszeit (wöchentlich, monatlich oder jährlich)
- Regelung über die täglichen Arbeitszeiten/Pausen
- Bei Gleitzeit: Gleitzeitreglement mit einzuhaltenden Blockzeiten

*g. Überstunden*

- Unter welchen Umständen besteht eine Pflicht zur Leistung von Überstunden?
- Wird diese durch Freizeit/Minusstunden oder Geld kompensiert?
- Dies ist bei leitenden Angestellten oft durch den Lohn abgedeckt und wird nicht zusätzlich entschädigt, was im Vertrag **ausdrücklich** geregelt werden muss → OR 321c Abs. 3

*h. Lohn*

- Monatliches/Jährliches Bruttogehalt
- Regelung über Zuschläge, Provisionen und Sozialbeiträge des AG

*i. Spesen*

- Dabei sollte ein Spesenreglement in den Arbeitsvertrag einbezogen werden

*j. 13. Monatslohn/Bonus*

*k. Ferienanspruch*

*l. Feiertage und Freizeit*

*m. Absenzen des AN (Krankheit, Unfall, Schwangerschaft, Militärdienst etc.)*

- Krankheitsfall muss grds. sofort gemeldet werden, Arztzeugnis i.d.R. ab dem 3. Fehltag.
- Lohnanspruch bestimmt sich nach OR 324a oder Kranknettaggeld-Versicherung
- Bei Unfall läuft dies nach UVG.
- Lohnanspruch bei Schwangerschaft nach OR 324a, wenn keine weitergehenden freiwilligen Leistungen des AG entrichtet werden.
- 8 Wochen vor bis 8 Wochen nach Geburt ist ein (Nacht-)Arbeitsverbot zu beachten (ArG 35a Abs. 3 und 4).
- Bei Militärdienst ist mind. 80% des Lohnes zu bezahlen (EOG 10)

*n. Berufliche Vorsorge*

**3. Schlussbestimmungen**

### 3. Schuldbetreibungs- und Konkursrecht

#### a) Rechtsfolgen der Unterscheidung von Auftrag und Arbeitsvertrag

Die Unterscheidung zw. Auftrag und Arbeitsvertrag ist im Konkursfall des AG entscheidend: Die erste Klasse von nicht pfandgesicherten Forderungen bilden nämlich nach **SchKG 219 Abs. 4**:

<sup>4</sup> Die nicht pfandgesicherten Forderungen sowie der ungedeckte Betrag der pfandgesicherten Forderungen werden in folgender Rangordnung aus dem Erlös der ganzen übrigen Konkursmasse gedeckt:

*Erste Klasse*

a.<sup>2</sup> Die Forderungen von Arbeitnehmern aus dem Arbeitsverhältnis, die nicht früher als sechs Monate vor der Konkurseröffnung entstanden oder fällig geworden sind, höchstens jedoch bis zum Betrag des gemäss obligatorischer Unfallversicherung maximal versicherten Jahresverdienstes.

a<sup>bis</sup>.<sup>3</sup> Die Rückforderungen von Arbeitnehmern betreffend Kautionen.

a<sup>ter</sup>.<sup>4</sup> Die Forderungen von Arbeitnehmern aus Sozialplänen, die nicht früher als sechs Monate vor der Konkurseröffnung entstanden oder fällig geworden sind.

Wird der Vertrag als Arbeitsverhältnis qualifiziert, ist der AN privilegiert mit der Folge, dass die Konkursmasse für die Deckung der übrigen Gläubiger der zweiten und dritten Klasse geschmälert wird.

#### b) Qualifikationskriterien

Arbeitsverhältnisse im Sinne von SchKG 219 Abs. 4 ist der Einzelarbeitsvertrag (OR 319 ff.), der Lehrvertrag (OR 344 ff.), der Handelsreisendenvertrag (OR 347 ff.) und der Heimarbeitsvertrag (OR 356 ff.).

Das Gesetz will aber nur Personen schützen, die auf den Lohn für ihre Arbeit angewiesen sind und durch die Vorausleistung von Arbeit dem AG einen Mehrwert erwirtschaften. Deshalb reicht das blosses Vorliegen eines Arbeitsvertrags zugunsten des arbeitsleistenden Gläubigers nicht aus, um in den Genuss des Konkursprivilegs zu gelangen. Der AN muss ausserdem in einem Abhängigkeits- oder Subordinationsverhältnis zu seinem AG stehen.

Ein solches Subordinationsverhältnis fehlt dann, wenn der AN (wie etwa Direktoren einer AG) über eine mehr oder weniger grosse Unabhängigkeit und Selbständigkeit verfügen. Es kommt aber nicht auf die Bezeichnung «Direktor» oder «Prokurist» im Arbeitsvertrag an, so wurde einem Generaldirektor einer AG das Konkursprivileg zuerkannt, weil er den Weisungen des VR unterstand.

### 4. Sozialversicherungsrecht

#### a) Rechtsfolgen der Unterscheidung zw. selbständiger / unselbständiger Erwerbstätigkeit

Hier geht es um die Abgrenzung zw. selbständiger und unselbständiger Erwerbstätigkeit. Für erwerbstätige Personen ist dies vor allem in folgender Hinsicht wichtig:

##### - Passivlegitimation für Beitragsforderungen (AHV)

Bei Unselbständigerwerbenden hat der AG sowohl die Arbeitgeber- als auch die Arbeitnehmerbeiträge zu entrichten. Selbständigerwerbende müssen demgegenüber den ganzen Betrag selber bezahlen (AHVG 8)

- **Höhe des Beitragssatzes (AHV)**

AG bezahlen an die AHV/IV und EO insgesamt 10.25% des massgebenden Lohns. Dazu kommen die auf einen Höchstbetrag begrenzten Beiträge an die ALV (bis zu einer Grenze von CHF 148'200 beträgt der Beitragssatz 2.2%, über der Grenze 1%).

Der Beitragssatz für Selbständigerwerbende liegt bei 9.65%, für ein Jahreseinkommen von 9'400 – 56'400 gelten reduzierte Beitragssätze. Bei einem Jahreseinkommen unter 9'400 ist der Mindestbeitrag von 478 jährlich geschuldet.

- **Bemessungsgrundlage (AHV)**

Bei AN werden die Beiträge aufgrund des massgebenden Lohns berechnet. Bei Selbständigerwerbenden wird demgegenüber auf das im Beitragsjahr erzielte steuerbare Einkommen abgestellt, wobei vom Einkommen ein Zins auf dem in den Betrieb investierten EK abgezogen wird.

- **Versicherungspflicht (UV, BV, ALV)**

Nur AN sind hier obligatorisch versichert. Selbständige können sich bei der beruflichen Vorsorge und bei der Unfallversicherung freiwillig versichern. Alternativ kann eine private Taggeldversicherung abgeschlossen werden. Bei der ALV besteht für Selbständige hingegen KEINE Möglichkeit der freiwilligen Versicherung.

*b) Qualifikationskriterien*

Die zivilrechtlichen Verhältnisse sind im Sozialversicherungsrecht **nicht** massgebend. Liegt ein Arbeitsverhältnis i.S.v. OR 319 ff vor, handelt es sich in sozialversicherungsrechtlicher Hinsicht immer um eine unselbständige Erwerbstätigkeit.

Das Umgekehrte (Arbeitsverhältnis im sozialversicherungsrechtlichen Sinne = Arbeitsvertrag im Sinne des OR) gilt jedoch nicht, denn der AHV-rechtliche Begriff des AN geht weit über den zivilrechtlichen hinaus.

*Der massgebende Lohn*

ATSG 10 umschreibt Arbeitnehmer als Personen, die in unselbständiger Stellung Arbeit leisten und dafür massgebenden Lohn nach dem jeweiligen Einzelgesetz beziehen. Damit knüpft ATSG 10 an AGVG 5 Abs. 2 an.

Aufgrund dieser Anlehnung hat der bisherige Arbeitnehmerbegriff der AHV im Grundsatz weiterhin Bestand. Ein nach AHVG unselbständig Erwerbender ist grds. auch Arbeitnehmer im Sinne des UVG.

*Wirtschaftliche Betrachtungsweise*

Im Sozialversicherungsrecht sind die wirtschaftlichen Gegebenheiten massgebend (nicht etwa ein Subordinationsverhältnis wie im Zivilrecht). Danach gilt grds. als unselbständig erwerbstätig, wer von einem AG in betriebswirtschaftlicher bzw. arbeitsorganisatorischer Hinsicht abhängig ist und kein spezifisches Unternehmerrisiko trägt.

Folgende Indizien weisen auf eine Abhängigkeit in betriebswirtschaftlicher bzw. arbeitsorganisatorischer Hinsicht hin:

- Weisungsgebundenheit und Subordinationsverhältnis
- Arbeitsplan und Rechenschaftspflicht
- Konkurrenzverbot
- Persönliche Aufgabenerfüllung
- Kontrolle

Folgende Element lassen auf ein fehlendes Unternehmerrisiko schliessen:

- Fehlen erheblicher Investitionen und eines Kapitaleinsatzes
- Fehlendes Risiko für finanzielle Fehldispositionen
- Fehlen eigener Geschäftsräumlichkeiten
- Entlohnung im Stundenlohn und nicht für die geleistete Arbeit als solche

#### *Scheinselbständige*

Scheinselbständige werden sozialversicherungsrechtlich i.d.R. als Unselbständige behandelt, weil eben die wirtschaftlichen Gegebenheiten massgebend sind. Dies führt u.a. dazu, dass der AG für den Scheinselbständigen Sozialversicherungsbeiträge entrichten muss.

## **5. Steuerrecht**

### *a) Rechtsfolgen der Unterscheidung zw. selbständiger / unselbständiger Erwerbstätigkeit*

Selbständige können die geschäfts- oder berufsmässig begründeten Kosten von ihren Einkünften abziehen (Abschreibungen, Rückstellungen und eingetretene Verluste auf Geschäftsvermögen).

Bei Unselbständigen sind bloss die Berufskosten zum Abzug zugelassen (notwendige Kosten für die Fahrt zum Arbeitsort, Mehrkosten für die auswärtige Verpflegung, Kosten, welche für die Ausübung des Berufs entstehen und berufsorientierte Weiterbildungskosten).

#### *Geschäftsvermögen bei Selbständigen*

Als Geschäftsvermögen gelten alle Vermögenswerte, die ganz oder überwiegend der selbständigen Erwerbstätigkeit dienen. Es untersteht der Vermögenssteuer. Die Erträge sowie Kapitalgewinne, aus Veräusserung oder Überführung ins Privatvermögen, gelten als steuerbare Einkünfte.

Auf der anderen Seite reduzieren Vermögensverlust das steuerbare Einkommen. Sie können bis sieben Jahren nach ihrem Eintreten von den Steuern abgezogen werden.

Die Vermögenssteuer wird auch auf dem Privatvermögen erhoben. Vermögenserträge sind als Einkommen zu versteuern, Verluste auf Privatvermögen können nicht abgezogen werden. Kapitalgewinne belieben aber steuerfrei.

#### *Steuerdomizil*

Es ist vom Grundsatz auszugehen, dass ein unselbständiger Erwerbstätiger an seinem Wohnort, besteuert wird. Ein Selbständiger wird jedoch an seinem Geschäftsort besteuert, sofern dort ständige Anlagen und Einrichtungen bestehen. Der AG kann sowohl Lohnkosten als auch Honorare aus Auftragsverhältnissen als geschäftsmässig begründeter Aufwand von der Steuer abziehen.

#### *MwSt.-Pflicht bei Selbständigen*

Auch bei der MwSt. wird zw. selbständiger und unselbständiger Erwerbstätigkeit unterschieden: Steuerpflichtig ist, wer eine mit der Erzielung von Einnahmen verbundene gewerbliche oder berufliche Tätigkeit selbständig ausübt, auch wenn die Gewinnabsicht fehlt, sofern seine Lieferungen, seine Dienstleistungen und sein Eigenverbrauch im Inland jährlich gesamthaft 100'000 übersteigen.

Die MwSt. ist in der CH als Netto-Allphasensteuer ausgestaltet. In diesem System nimmt der Vorsteuerabzug eine zentrale Rolle ein. Er soll garantieren, dass der Steuerpflichtige jeweils nur den geschaffenen Mehrwert versteuern muss. Gem. MWSTG 28 kann der Vorsteuerabzug auf den von anderen Steuerpflichtigen Personen in Rechnung gestellten Steuern für Lieferung und Dienstleistungen geltend gemacht werden.

#### *b) Qualifikationskriterien*

Die Erwerbstätigkeit ist in steuerrechtlicher Hinsicht eine selbständige, wenn sie ausgeübt wird:

##### - **Auf eigenes Risiko**

Dies ist das wesentliche Unterscheidungsmerkmal im Steuerrecht. Der Selbständige betätigt sich ausschliesslich im eignen Interesse, trifft seine Entscheidungen frei und trägt das volle Risiko für sein geschäftliches Handeln.

##### - **Mit der Absicht der Gewinnerzielung**

Demgegenüber dient das Kriterium, ob der Erwerbstätige am Wirtschaftsverkehr teilnimmt, nicht der Abgrenzung zw. selbständiger und unselbständiger Erwerbstätigkeit. Fehlt es an einer Erwerbstätigkeit, liegt ein steuerfreier Kapitalgewinn vor.

Merkmale der unselbständigen Erwerbstätigkeit in steuerrechtlicher Hinsicht sind:

- Arbeitsleistung auf unbestimmte oder bestimmte Zeit
- Entgeltlichkeit
- Weisungsgebundenheit

## **6. Öffentliches Arbeitsrecht**

Neben dem zwingenden Arbeitsprivatrecht existiert das öffentliche Arbeitsrecht. Dieses lässt sich in das Arbeitsschutzrecht, das gestaltende öffentliche Arbeitsrecht und das Sozialversicherungsrecht unterteilen. Das Folgende bezieht sich ausschliesslich auf das Arbeitsschutzrecht.

#### *Arbeitsschutzrecht*

Dies ist vorwiegend im ArG und den dazugehörigen Verordnungen sowie in UVG 81 ff. geregelt. Das ArG enthält u.a. Vorschriften über Gesundheitsschutz, Arbeits- und Ruhezeiten sowie den Sonderschutz für Jugendliche und weibliche Arbeitnehmer.

Zu beachten sind bei der Vertragsgestaltung v.a. die sog. Rezeptionsklausel:

Einer Vertragspartei steht immer dann ein zivilrechtlicher Erfüllungsanspruch zu, wenn das Gesetz der anderen Partei eine öffentlich-rechtliche Verpflichtung auferlegt, die Inhalt eines Einzelarbeitsvertrag sein könnte (OR 342 Abs. 2). So hat der AN etwa einen zivilrechtlichen Anspruch auf Einhaltung der öffentlich-rechtlichen Arbeitsschutzvorschriften.

#### *Geltungsbereich des ArG*

Dieser wird durch den Betriebsbegriff bestimmt. Darunter versteht man jede Arbeitsorganisation, in der ein AN beschäftigt wird.

Der persönliche Geltungsbereich umfasst Personen, die in eine fremde Arbeitsorganisation eingegliedert sind und in persönlicher Unterordnung Arbeiten leisten.

#### *Anwendbarkeit des ArG*

Bei der Vertragsgestaltung müssen also die Bestimmungen des ArG berücksichtigt werden, sofern folgende Voraussetzungen erfüllt sind:

- Existenz eines Betriebes im Sinne von ArG 1 Abs. 2
- Beschäftigung von Arbeitnehmern (Eingliederung in fremde Organisation)
- Keine Ausnahme vom betrieblichen Geltungsbereich (ArG 2)
- Keine Ausnahme vom persönlichen Geltungsbereich (ArG 3)

## **7. Gesamtarbeitsverträge (GAV)**

Dies sind Verträge zw. einzelnen oder mehreren Arbeitgebern oder deren Verbänden einerseits und Arbeitnehmerverbänden andererseits (OR 356 Abs. 1). Sie sind eine weitere Rechtsquelle des Arbeitsrechts.

#### *Normative GAV-Bestimmungen sind Gesetze im materiellen Sinne*

Neben den schuldrechtlichen Bestimmungen über Rechte und Pflichten der Koalitionen als Vertragspartner enthalten GAV auch normative Bestimmungen, welche die Rechte und Verpflichtungen einzelner Verbandsmitglieder begründen, die als solche nicht Vertragspartei sind. Bei GAV handelt es sich deshalb um Verträge zugunsten bzw. zulasten Dritter.

#### *Indirekt-schuldrechtliche Bestimmungen*

Für den Vertragsjuristen stehen diejenigen Klauseln im Vordergrund, welche unmittelbar Rechte und Pflichten zw. den Parteien des einzelnen Arbeitsverhältnisses begründen. Davon sind die indirekte-schuldrechtlichen Bestimmungen zu unterscheiden. Diese betreffen ebenfalls das einzelne Arbeitsverhältnis, begründen jedoch Rechte und Pflichten bloss gegenüber den Verbänden oder Dritten und nicht gegenüber dem Vertragspartner des Einzelarbeitsvertrags. Diese Klauseln können nur über die Einwirkungspflicht der Verbände erzwungen werden.

#### *Inhaltsnormen als wichtigster Teil des GAV*

Im normativen Teil des GAV sind vor allem Mindestarbeitsbedingungen zugunsten der Arbeitnehmer enthalten. Die Inhaltsnormen bilden den wichtigsten Teil des GAV. Sie zeichnen sich dadurch aus, dass sie auch durch Einzelabrede festgelegt werden können. Dabei geht es vor allem um Mindestlöhne, Zulagen für Erschwernisse wie Nacht- oder Schichtarbeit, um die Lohnfortzahlungspflicht, zusätzliche Prämien, um Arbeitszeiten und Ferienregelung.

#### *Prinzipien des GAV*

Der normative Teil bewirkt den Schutz der AN, indem er die Vertragsfreiheit zu deren Gunsten einschränkt. Normen des GAV wirken grds. unmittelbar auf die einzelnen Arbeitsverhältnisse und sind zugunsten der Arbeitnehmer einseitig zwingen = Prinzip der Unabdingbarkeit.

Das Prinzip der Günstigkeit lässt ein Abweichen zugunsten des AN zu (OR 357 Abs. 2). Bei Rechten, welche durch einen GAV nach Umfang oder Modalität zwingend bestimmt werden, ist ein Verzicht ausgeschlossen = Prinzip der Unverbrüchlichkeit (OR 341 Abs. 1).

#### *Geltungsbereich*

Persönlich: Beteiligte AG und AN (tarifgebunden Personen)

Räumlich: das gesamte Gebiet, für das die Vertragsparteien gem. ihren Satzungen zuständig sind.

Sachlich: Unterscheidung zw. betrieblich und fachliche umschriebenen Geltungsbereichen.

#### *Prüfschema*

Es muss immer geprüft werden, ob ein GAV berücksichtigt werden muss. Dabei sind folgende Punkte zu beachten:

- Existiert ein GAV, dessen Geltung für das fragliche Arbeitsverhältnis zu prüfen ist?
- Sind die Vertragsparteien Mitglieder von Verbänden, die GAV-Vertragsparteien sind (OR 356 Abs. 1)?
- Falls nein, hat ein Anschluss des Betriebs an den GAV als sog. Aussenseiter stattgefunden (OR 356b)?
- Falls nein, wurde der GAV für allgemeinverbindlich erklärt?
- Prüfung des Geltungsbereichs des GAV
- Bestimmung der unmittelbar anwendbaren, einseitig zwingenden GAV-Normen
- Soll zugunsten des AN vom GAV abgewichen werden?
- Berücksichtigung der indirekt-schuldrechtlichen Bestimmungen des GAV

Es ist umstritten, ob die normativen GAV-Bestimmungen auch auf andere gesetzlich geregelte Verträge (Auftrag) Anwendung finden. Aufgrund des Gebots der Sicherheit sollte der Vertragsjurist deshalb auch bei einem Auftragsverhältnis die normativen Bestimmungen des GAV berücksichtigen, sofern die Erweiterung von dessen Geltungsbereich nicht ausgeschlossen werden kann.

## **8. Hierarchie der Rechtsquellen im Arbeitsprivatrecht**

Der Gesetzgeber hat eine klare Rangordnung der verschiedenen Rechtsnormen vorgesehen:

1. Zwingendes Gesetzes- und Verordnungsrecht (ArG und seine Verordnungen, sowie das Arbeitsprivatrecht)
2. GAV

3. Betriebsordnungen (werden erst nach Bewilligung durch die kantonale Behörde und nach Bekanntgabe im Betrieb verbindlich).
4. Individuelle Abmachungen des Arbeitsvertrags (sofern Firmenreglemente im Vertrag eingeschlossen wurde, auch diese).
5. Dispositive Bestimmungen des GAV
6. Dispositive Gesetzesbestimmungen
7. Weisungsrecht des AG (OR 321d)

### *Günstigkeitsprinzip*

Es bildet eine teilweise Ausnahme von dieser Rangordnung. Danach kann im Einzelfall eine rangtiefere einer ranghöheren Norm vorgehen, wenn sie für den AN günstiger ist (OR 357 Abs. 2 und 358). Es gilt allerdings nur, soweit das Gesetz keine absolut zwingenden Bestimmungen enthält.

## **C. Flexibilisierte Erwerbsformen**

Als flexibilisierte Erwerbsformen lassen sich alle Beschäftigungsmodelle bezeichnen, die von einer Vollzeitätigkeit für einen Arbeitgeber abweichen. Dabei verfolgen die Vertragsparteien, vielfach der Arbeitgeber alleine, folgende Ziele:

- Flexibler Personaleinsatz
- Tiefe Lohnnebenkosten
- Möglichkeit zum Abweichen von Mindestlöhnen
- Attraktive Leistungsanreize für die Beschäftigten
- Flexibilität der Beschäftigten.

### **1. Regelmässige Teilzeit-Arbeit**

#### *a) Inhalt*

Bei der Vertragsgestaltung ist zu klären, an welchen Wochentagen und zu welchen Zeiten die Arbeit verrichtet wird und unter welchen Voraussetzungen eine allfällige Verschiebung der Arbeitszeit durch den AG oder den AN möglich ist.

Ferner braucht es eine Vereinbarung bzgl. Festtage, Formulierungsvorschlag: Fallen Feiertage in die vertraglich vereinbarte Arbeitszeit, wird der Lohn für diese Zeit dennoch ausgerichtet. Für ausserhalb der Arbeitszeit fallende Feiertage steht dem AN keinen Lohnanspruch zu.

#### *Überstundenregelung*

OR 321c Abs. 1 sieht vor, dass AN zur Leistung von Überstunden verpflichtet sind, soweit diese notwendig und zumutbar sind. Bei Teilzeitarbeit ist die Pflicht zu Überstunden nur zurückhaltend anzunehmen.

Formulierungsvorschlag: Sollte der AN aus betrieblicher Notwendigkeit oder auf Anordnung des zuständigen Vorgesetzten mehr Arbeit leisten, als vertraglich vereinbart worden ist, gilt die Mehrarbeit als Überstundenarbeit.

#### *Anspruch auf freie Tage und Stunden*

Teilzeit-Arbeitenden wird selten ein Anspruch auf freie Tage und Stunden (OR 329 Abs. 3) eingeräumt. Dies geschieht mit der Begründung, dass für sie die Erledigung persönlicher Angelegenheiten ausserhalb der Arbeitszeiten möglich sei. Vor allem bei Mehrfachbeschäftigten wird diese Auffassung zunehmen abgelehnt. Die entsprechenden Ansprüche des AN sollten deshalb vertraglich näher umschrieben werden.

#### *Zusätzlicher Regelungsbedarf bei Teilzeitarbeit*

In einem Vertrag über ein Teilzeit-Arbeitsverhältnis sind zusätzlich folgende Klauseln aufzunehmen:

- Umfang der reduzierten Arbeitszeit
- Regelung über Arbeitstage/Arbeitszeiten
- Überstundenregelung
- Anspruch auf freie Tage und Stunden
- Regelung der Höchstarbeitszeit/Überzeit/dauernden Nachtarbeit

#### *b) Würdigung*

##### *Kein UVG-Obligatorium bei kleinem Arbeitspensum*

Teilzeit-Angestellte werden in sozialversicherungsrechtlicher Hinsicht grds. den Vollzeit-Arbeitenden gleichgestellt. Eine Ausnahme bildet das Unfallversicherungsrecht, das an den TB der Teilzeittätigkeit spezifische Rechtsfolgen knüpft. AN mit einem Pensum von weniger als 8h pro Woche sind nicht obligatorisch gegen Nichtberufsunfälle versichert.

Zulasten des AN kommt erschwerend hinzu, dass der obligatorische Versicherungsschutz auch bei einem Nebeneinander mehrerer Beschäftigungen von je weniger als 8h nicht erreicht wird. Immerhin gelten für Teilzeitbeschäftigte ohne obligatorischen Versicherungsschutz Unfälle auf dem Berufsweg als Berufsunfälle.

##### *BVG-Obligatorium vom Mindestlohn abhängig*

Bei Teilzeitarbeit wird regelmässig ein kleineres Einkommen generiert. Das kann v.a. Auswirkungen bei der beruflichen Vorsorge haben, weil der obligatorische Versicherungsschutz einen Mindestlohn von derzeit 21'150 pro Jahr voraussetzt.

Hinzu kommt, dass bei Mehrfachbeschäftigung das Versicherungsobligatorium nur dann besteht, wenn der erwähnte Mindestlohn im Rahmen eines einzigen Arbeitsverhältnisses erzielt wird. Mehrfachbeschäftigte können sich aber freiwillig versichern lassen, wenn der Lohn aus allen Arbeitsverhältnissen zusammen den Mindestbetrag erreicht.

## **2. Arbeit auf Abruf**

Ziel dieser Erwerbsform ist eine bessere Ausschöpfung der Arbeitskraft jedes einzelnen Arbeitnehmers. Damit verteilt sich die Arbeit auf Abruf auf zwei Phasen:

- Die eigentliche Arbeitszeit und
- Die Rufbereitschaft

Der Arbeitsvertrag sollte deshalb Regelungen zu folgenden Fragen enthalten:

- Muss der AN einem Abruf Folge leisten?
- Wird die Bereitschaftszeit ebenfalls entschädigt?

Im Vertrag müssen die Modalitäten der Einsätze festgelegt werden. Der Abruf kann dabei in gegenseitigem Einverständnis oder einseitig durch den Arbeitgeber erfolgen. Es muss geklärt werden, wann der AN ein Arbeitsangebot annehmen muss und unter welchen Voraussetzungen er ablehnen kann.

Ferner braucht es eine Regelung über eine allfällige Pflicht des AG, auch effektiv Arbeit anzubieten. Der Vertrag sollte sich auch über die Konsequenzen einer Verletzung dieser Angebotspflicht aussprechen. Diese werden zumeist in einer Entlohnung des AN bestehen, ohne dass dieser Arbeit geleistet hat.

Sinnvoll ist es auch, im Vertrag eine Mindestdauer der Einsätze und eine Abrufzeit zu vereinbaren. Unter der Abrufzeit versteht man die Zeit, innert welcher der AN nach dem Ruf des Arbeitgebers am Arbeitsplatz zu erscheinen hat.

Bei der Arbeit auf Abruf sollte besonders auf die folgenden Punkte geachtet werden:

- Regelung über die Annahmepflicht des AN
- Regelung über die Angebotspflicht des AG
- Regelung des Abrufrechts (einseitig/einvernehmlich)
- Vorlaufzeit bzw. Rufbereitschaftszeit bis zum Arbeitseinsatz
- Mindestdauer des Einsatzes
- Lohn für die Arbeitszeit/Lohn für die Bereitschaftszeit

#### *Regelung über Lohn für Bereitschaftszeit*

Das BGE hatte sich mit der Frage der Entschädigung für die Bereitschaftszeit zu befassen. Danach ist beim Fehlen einer vertraglichen Regelung und bei entsprechendem gegenseitigem Einverständnis keine Entschädigung geschuldet.

Bei der Arbeit auf einseitigen Abruf hingegen differenziert das BGE: Es definiert die Zeit, während welcher der AN im Betrieb auf Arbeit wartet, als Bereitschaftszeit. Diese gelte als normale Arbeitszeit und sei in gleichem Umfang zu entlohnen. Auch die Rufbereitschaft, bei welcher der AN ausserhalb des Betriebes auf einen Einsatz wartet, ist gem. BGE zu entschädigen, allerdings in kleinerem Umfange. Es ist deshalb von zentraler Bedeutung eine Regelung über die Höhe des Lohns für diese Zeit in den Vertrag aufzunehmen.

Auch wenn das BGE die kapazitätsorientierte variable Arbeitszeit als zulässig anerkannt hat, ist im Hinblick auf OR 324 Abs. 1 bei der Vertragsgestaltung eine gewisse Zurückhaltung aufseiten des AG angebracht.

### **3. Aushilfs- und Gelegenheitsarbeit**

Bei diesem Modell wird für jeden Einsatz ein gesondertes und befristetes Arbeitsverhältnis eingegangen. Im Unterschied zur Arbeit auf Abruf verlangen Aushilfs- und Gelegenheitsarbeiten keine ständige Einsatzbereitschaft.

Es gelten für Gelegenheitsarbeitende keine Kündigungsschutznormen. Ferner ist eine Lohnfortzahlung erst geschuldet, wenn das Arbeitsverhältnis mehr als drei Monate gedauert hat oder für mehr als drei Monate eingegangen wurde (OR 324a Abs. 1).

Gelegenheits- und Aushilfsarbeiten über einen kurzen Zeitraum, die nicht von einem Rahmenvertrag erfasst sind, gelten als befristete Arbeitsverhältnisse gem. OR 334 Abs. 1. Sog. Kettenarbeitsverträge,

bei denen mehrere befristete Arbeitsverträge aneinander gekettet werden, gelten als unzulässige Umgehungsgeschäfte. Sie werden in unbefristete Arbeitsverhältnisse umgedeutet.

AN mit einem befristeten Arbeitsvertrag von höchstens drei Monaten sind von der obligatorischen Arbeitsversicherung in der BV ausgenommen. Wird das Arbeitsverhältnis über die Dauer von drei Monaten hinaus verlängert, so ist der AN von dem Zeitpunkt an versichert, in dem die Verlängerung vereinbart wurde. Er kann sich jedoch von Beginn des Arbeitsverhältnisses freiwillig versichern lassen.

AN unterstehen ausserdem nicht dem Versicherungsobligatorium der Unfallversicherung, wenn ihr Pensum weniger als 8h pro Woche beträgt.

Bei Arbeitsverhältnissen mit einem wöchentlichen Pensum von weniger als 8h entfällt zudem die Verlängerung der Versicherungsdeckung während 31 Tagen nach dem Erlöschen des Anspruchs auf mind. den halben Lohn.

#### **4. Jobsharing**

Beim Jobsharing verzichtet der AG auf sein Weisungsrecht hinsichtlich der Arbeitszeit und überlässt zwei oder mehreren AN die Entscheidung, wie sie ihre Stelle aufteilen wollen (=beschränkte Zeitsouveränität des AN).

Ein uneigentliches Jobsharing liegt vor, wenn eine Vollzeitstelle auf verschiedene feste Teilzeitverhältnisse aufgeteilt ist. Beim eigentlichen Jobsharing unterscheidet man zw. Betriebsgruppen und Eigengruppen:

Von einer Betriebsgruppe spricht man, wenn mit jedem der Teilzeitarbeitenden ein einzelnes Arbeitsverhältnis besteht. Dabei können die AN die Aufteilung der Arbeitszeit untereinander organisieren, ohne dass der AG mit Weisungen intervenieren kann.

Bei einer Eigengruppe schliessen sich die Jobsharer in einer einfachen Gesellschaft zu einer Gruppe zusammen. Sie diese gemeinsam für die Einhaltung der Pflichten verantwortlich. Die persönliche Leistungspflicht gem. OR 321 wird dadurch stark relativiert.

Bei einem Jobsharing-Vertrag ist die Regelung der Vertretungspflichten zentral. Es muss geklärt werden, ob und in welchem Umfang einer der AN den anderen zu vertreten hat, wenn dieser wegen Ferien oder Krankheit der Arbeit fernbleibt. Ohne vertragliche Regelung besteht nach h.L. und Praxis keine Vertretungspflicht.

Die Jobsharer sollten ferner vertraglich verpflichtet werden, die interne Arbeitsaufteilung sowie den Umfang der Vertretungspflicht so umfassend wie möglich zu regeln und einen Arbeitsplan aufzustellen. Der Vertrag sollte auch die Frage regeln, ob den Jobsharern nur gemeinsam gekündigt werden kann.

Bei Krankheit eines AN ist der AG zur Lohnfortzahlung verpflichtet, ohne dass er die Arbeitsleistung beim andren AN einfordern kann.

Bei einem solchen Vertrag sind deshalb v.a. die folgenden Punkte zusätzlich in den Arbeitsvertrag aufzunehmen:

- Klausel über die Zeitsouveränität der AN mit entsprechendem Verzicht des AG
- Regelung der Vertretungspflicht und deren Umfang
- Pflicht der Jobsharer, einen Arbeitsplan aufzustellen
- Kündigungsregelung (gemeinsam/einzeln?)

## D. Vertragsbeendigung

- Eine Kündigung muss immer klar ausgedrückt sein und die Fristen sind einzuhalten (OR 334 ff.)
- Was ist arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit?  
AN kann wirklich nicht mehr an dieser Stelle arbeiten, an der er angestellt ist, könnte aber in einem anderen Betrieb ohne Einschränkung weiter arbeiten. Heisst der Lohn ist weiter geschuldete, denn aus Sicht des Betriebs ist der AN krankgeschrieben.  
Es ist eine Frage der Sperrfrist: eine arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit löst die Sperrfrist nicht auf, d.h. die Kündigungsfrist muss nicht abgewartet werden. Der Sinn einer Sperrfrist ist der Schutz des kranken AN, weil man davon ausgeht, dass wenn man krank ist, man keine neue Stelle bekommen würde.

### Insbesondere zur Aufhebungsvereinbarung

- Kann im gegenseitigen Einverständnis und unabhängig von der Kündigungsfrist zustande kommen.
- Wird häufig spontan redigiert
- AN, der einen Aufhebungsvertrag schliesst, verzichtet auf Kündigungsschutz, Lohnfortzahlung im Krankheitsfall
- Sie muss schriftlich erfolgen, es müssen klare Willensäusserungen hervorgehen und es sollte unbedingt eine Bedenkfrist eingebaut werden.

### Insbesondere zur Auflösung aus wichtigem Grund:

- Generell bei Dauerschuldverhältnissen und gesetzlich geregelt und zwingend in:
  - o OR 337 fürs Arbeitsrecht
  - o OR 266g fürs Mietrecht
  - o OR 297 für den Pachtvertrag
  - o OR 418r für den Agenturvertrag
  - o OR 545 Abs. 1 Ziff. 1 für eine einfache Gesellschaft
  - o Weiter ist OR 404 stets zwingender Natur und kann vertraglich nicht weggebunden werden.

## IV. Dienstleistungsverträge

### A. Vertragsgestaltung bei Dienstleistungsverträgen

#### 1. Informationsbeschaffung

Man muss sich insbesondere über die folgenden Punkte informieren lassen:

- Ziele und Interessen der Parteien
- Projektbeteiligte (Schlüsselpersonen, allenfalls externe Leistungserbringer)
- Umschreibung der Dienstleistung (Leistungsbeschreibung, allenfalls in verschiedenen Dokumenten enthalten); Vorgehen bei Änderungen des Leistungsbeschreibs
- Termine
- Erfüllungsort bzw. Übergabe des Arbeitsergebnisses; Abnahme; Prüfungshandlungen
- Entgelt für die erbrachte Dienstleistung bzw. Bemessungsgrundlagen für das Entgelt; Preisschwankungen; Rabatt und Skonto; Zahlungsbedingungen
- Ggf. Garantien des Dienstleisters (z.B. Erfüllungsgarantie, Gewährleistungsgarantie)
- Vorgehen bei Mängeln; ggf. spezielle Rüge- und Verjährungsfristen

- Ggf. Konventionalstrafen für div. Vertragsverletzungen
- Versicherungen (Berufshaftpflicht; spezielle Haftpflichtversicherungen für Arbeitsgemeinschaften etc.)
- Dokumentation der geleisteten Arbeiten
- Vertragsbeendigung
- Anwendbare AGBs

## 2. Vertragsentwurf

Ein Dienstleistungsvertrag kann grob wie folgt gegliedert werden:

### 1. Titelblatt

- a. Bezeichnung des Vertrags
- b. Parteien
- c. Präambel

### 2. Hauptteil

- a. Dienstleistung (Art, Quantität, qualitative Anforderungen)
- b. Entschädigung und Zahlungsmodalitäten
- c. Leistungsmodalitäten (Ort, Termine, evtl. notwendige Vorarbeiten)
- d. Schlüsselpersonen
- e. Mitwirkungsobliegenheiten des Kunden
- f. Folgen des Leistungsverzugs
- g. Gewährleistung: Leistungsstörungenrechte, insb. Nachbesserungsrecht, Garantien
- h. Haftung/Freizeichnung

### 3. Schlussteil

- a. Weiter Bestimmungen wie Streiterledigung, Gerichtsstand, anwendbares Recht
- b. Vertragsbestandteile; Dokumentenhierarchie; Einbezug von AGBs
- c. Unterschriftenrubrik
- d. Beilagen

## 3. Rechtsanwendung

### a) *Herstellung eines Werks (Werkvertrag, OR 363 ff.)*

Der Dienstleister (Unternehmer) kann sich dazu verpflichten, ein bestimmtes Werk herzustellen. Im Vertrag müssen das Werk und ggf. dessen Eigenschaft definiert werden. Beispiele:

- Maurerarbeiten;
- Herstellung eines Schmuckstücks;
- Bau eines schlüsselfertigen Wohnhauses
- Kontrolle eines Feuerlöschers (BGE 130 III 458)
- Planungsarbeiten (sog. Geisteswerk)
- Erstellen eines technischen Gutachtens (nicht aber Schätzung des Liegenschaftswerts)

Typisch für den Werkvertrag ist, dass der Unternehmer einen bestimmten Erfolg verspricht und dass der Besteller dem Unternehmer eine Vergütung schuldet.

Die Schnittstellen (Subunternehmer) sind sorgfältig zu definieren. Generell empfiehlt es sich bei allen Dienstleistungsverträgen, die Rollen der Beteiligten zu klären und dabei auch Obliegenheiten nicht zu vergessen.

*b) Tätigwerden im Interesse des Vertragspartners (Auftrag, OR 394 ff.)*

Verspricht der Dienstleistungserbringen keinen Erfolg bzw. kein Werk, kann der Vertrag nicht als Werkvertrag qualifiziert werden. Der Beauftragte verspricht lediglich ein sorgfältiges Tätigwerden. Auch beim Auftrag soll die Tätigkeit möglichst genau umschrieben werden.

**Beispiele:**

- Ärztliche Behandlung
- Beratungsdienstleistungen
- Schätzung des Liegenschaftswerts, nicht aber das Erstellen eines technischen Gutachtens;
- Prozessführung durch Anwalt
- Vermögensverwaltung

**Auftragsrecht ist weiter auf folgende im OR statuierte Verträge anwendbar:**

- Auftrag zur Ehe- oder Partnerschaftsvermittlung (406a – 406h)
- Mäklervertrag (412 – 418)
- Kommission (425 – 438)
- Speditionsvertrag (439)
- Frachtvertrag (440 – 457)

*c) Gemischte Vertragsverhältnisse*

Klassisches Beispiel hierfür ist der Architektenvertrag (Gesamtvertrag). Das anwendbare Recht hängt in diesem Fall von der Art der Dienstleistung ab. **Planungsleistungen** des Architekten sind nach **Werkvertragsrecht** zu beurteilen, **Bauleitungsaufgaben** nach **Auftragsrecht**. Auf die vorzeitige Vertragsauflösung ist OR 404 des Auftragsrechts anwendbar.

Die unterschiedliche Vertragsqualifikation muss bei der Vertragsredaktion berücksichtigt werden, da sich Auftragsrecht und Werkvertragsrecht z.B. hinsichtlich Gewährleistungen stark unterscheiden.

*EDV-Vertrag*

In einem EDV-Vertrag können Dienstleistungen (z.B. Projektmanagement, Montageleistungen, Integrationsleistungen und Migration bestehender Komponenten) mit Kaufverträgen und Lizenzverträgen verbunden werden. In diesen Fällen muss man sich über sämtliche für das Vertragsverhältnis relevanten Punkten informieren lassen.

*d) Weitere zu beachtende Vorschriften*

Anerkannte Regelung der Baukunde

Bauwerke müssen nach dem Stand der Technik erstellt werden. Der Stand der Technik und die anerkannten Regeln der Baukunde ergeben sich aus den sog. SIA-Normen. Dabei handelt es sich um private Normen des CH Ingenieur- und Architektenvereins, denen in der Praxis grosse Bedeutung zu kommt.

Von den Normen kann abgewichen werden, wenn ein gleichwertiges oder besseres Ergebnis vereinbart wird. Andere Abweichung sind nicht empfohlen. Insbesondere müssen Sicherheitsbestimmungen eingehalten werden.

Vermögensverwaltung

Wer gewerbsmässig Publikumseinlagen entgegennimmt, untersteht den Bestimmungen des BankG und benötigt eine Bewilligung der FINMA.

#### Rechtsberufe

Für den Anwalt sind die Berufsregeln von BGFA 12 und 13 zentral, sowie kantonale Bestimmungen. Die notarielle Tätigkeit ist aufgrund SchIT ZGB 55 im Wesentlichen durch kantonales Recht geregelt.

#### Medizinische Berufe

Ärzte müssen u.a. die Berufspflichten gem. MedBG 40 beachten. Für die ärztliche Tätigkeit sind ferner kantonale Vorschriften zu beachten.

#### AGBs

Werden die AGBs gültig in den Vertrag einbezogen, kann sich die Vertragsredaktion auf die wesentlichen Elemente des Leistungsbeschreibs und des Preises beschränken. Die Parteien können aber aufgrund des Grundsatzes des Vorranges der Individualabrede von den AGVs abweichen.

#### *e) Beteiligung Dritter*

##### ***Werkvertrag: Beizug von Subunternehmern***

Dass ein Unternehmer für die Erstellung des Werks Subunternehmer (Hilfspersonen i.S.v. OR 101) beizieht, ist alltäglich. Gem. OR 364 Abs. 2 ist die Weitergabe von Arbeiten aber nur mit dem Einverständnis des Bestellers zulässig oder dann, wenn es nicht auf die Eigenschaften des Unternehmers ankommt. Es empfiehlt sich daher, den Beizug von Subunternehmen zu regeln.

##### ***Auftrag: Substitution und Hilfspersonen***

Beim Auftragsrecht ist die Unterscheidung zw. gewöhnlichen Hilfspersonen (OR 101) und Substituten (OR 398 Abs. 3) wichtig. Liegt der Beizug im Interesse des Auftraggebers, weil die Hilfsperson z.B. Spezialkenntnisse hat, liegt eine Substitution nach OR 398 Abs. 3 vor. Der Substitut führt den Auftrag sodann selbständig aus. Wird die Hilfsperson im Interesse des Beauftragten beigezogen, handelt es sich um eine Hilfsperson nach OR 101.

Bei befugter Substitution haftet der Beauftragte nur für die Auswahl und Instruktion des Beauftragten (OR 398 Abs. 3 und 399 Abs. 2), nicht aber für die Überwachung. Hilfspersonen dürfen i.d.R. immer beigezogen werden. Der Dienstleister haftet für deren Verschulden (OR 101).

##### ***Mehrparteienverhältnisse***

Ein möglicher Lösungsansatz bei komplexen Bauwerkverträgen ist ein als vorrangig zu erklärendes Projekthandbuch, das – die Vergütung von Mehraufwänden vorausgesetzt – vom Besteller einseitig abänderbar ist.

#### *f) Nebenpflichten*

##### ***Treuepflichten***

Der Beauftragte schuldet dem Auftraggeber von Gesetzes wegen getreue Ausführung des Auftrags (Treuepflicht OR 398 Abs. 2). Diese können vertraglich spezifiziert werden.

##### ***Informationspflichten und Dokumentation***

Die Vertragsparteien sind aufgrund der Treuepflicht verpflichtet, einander – sogar bereits vor Vertragsschluss – über relevante Tatsachen zu informieren (vgl. SIA Norm 118, Art. 25).

### ***Stellvertretung, weitere Befugnisse***

Nicht immer entspricht es den Intentionen des Auftraggebers, dass der Beauftragte für sie handelt oder dass er gegen aussen (z.B. gegenüber Median) in Erscheinung tritt. Es empfiehlt sich dies im Vertrag zu regeln, z.B.:

«Die Beauftragte darf für die Auftraggeberin gegenüber Dritten keine rechtsgeschäftlichen oder anderweitigen Erklärungen abgeben.»

### ***g) Haftung***

(aa) Werkvertrag OR 363 ff.

### ***Mängelrüge und Rügefrist***

Der Besteller soll das Werk prüfen, sobald dies nach dem üblichen Geschäftsgange tunlich ist. Allfällige Mängel des Werks muss der Besteller unverzüglich rügen. Andernfalls verwirken seine Mängelrechte (OR 367 i.V.m. OR 370).

Das BGE hat eine Rügefrist von 7 Tagen als genügend erachtet, das bedeutet aber nicht, dass dies auf alle Werkverträge Anwendung findet. Ist der Mangel bei Abgabe nicht erkennbar, so handelt es sich um einen versteckten Mangel gem. OR 370.

Der Besteller hat auch einen versteckten Mangel unverzüglich zur rügen, sobald der Mangel entdeckt wird (OR 370 Abs. 3). Es ist in vielen Fällen sinnvoll, die Rügefrist zu verlängern.

### ***Verjährungsfristen (OR 371 und absolut 127)***

Die werkvertraglichen Verjährungsfristen von OR 371 sind dispositives Recht. Es ist daher z.B. möglich, Fristen zu verkürzen (wobei OR 371 Abs. 3 i.V.m. OR 210 Abs. 4 zu beachten ist) oder zu verlängern. Dabei bildet aber OR 127 die Maximalgrenze von 10 Jahren.

### ***Mängelrechte (OR 368)***

Gem. OR 368 kann der Besteller Minderung, Nachbesserung oder ggf. Wandelung geltend machen und/oder – bei Vorliegen eines Verschuldens – Schadenersatz für Mangelfolgeschaden verlangen.

Diese Mängelrechte sind dispositiver Natur. Die gesetzliche Regelung kann daher modifiziert werden (z.B. durch den Vorrang des Nachbesserungsrechts oder die Wegbedingung der anderen Mängelrechte zugunsten des Nachbesserungsrechts).

Die Mängelrechte gelten als nicht abtretbar, da es sich um Gestaltungsrechte handelt.

### ***Gewährleistungsgarantie***

Üblicherweise muss der Unternehmer eine Solidarbürgschaft (oft als Garantie bezeichnet) eines Dritten für die Erfüllung seiner Pflichten aus der Gewährleistung vorlegen.

### ***Übernahme des Baugrundrisikos (OR 365 Abs. 3)***

Grundregel: Der Bauherr haftet für den Baugrund (man stösst z.B. auf Stein oder Schlamm und dies führt zu enormen Mehrkosten). Dieses Risiko kann man auch überwälzen, die Konsequenzen sind immer abzuwägen.

(bb) Auftragsrecht (OR 394 ff.)

### ***Sorgfältiges Tätigwerden***

Wer den Auftrag berufsmässig ausführt, muss höheren Anforderungen gerecht werden. Schädigt der Beauftragte die Auftraggeberin verschuldeterweise durch eine unsorgfältige oder treuwidrige Ausführung des Auftrags, haftet er. Denkbar ist eine Umschreibung der erwarteten Fähigkeiten in der Präambel.

### ***Schadenersatz***

Dem Auftragsrecht sind Mängelrechte fremd, da der Beauftragte kein Endprodukt erstellt, das Mängel aufweisen könnte. Vertragsverletzungen führen zu Schadenersatzforderungen (OR 394 i.V.m. OR 398 Abs. 2 i.V.m. OR 97). Ansprüche verjähren gem. OR 127 innert 10 Jahren.

### ***Freizeichnung***

Was die allgemeine Zulässigkeit von Freizeichnungsklauseln betrifft, stehend die Art. 100 und 101 OR im Vordergrund. So lässt sich bspw. Die Haftung für leichte Fahrlässigkeit von Hilfspersonen wegbedingen, wenn dies im Vertrag genügen klar umschrieben ist.

Allerdings stehen Freizeichnungsklauseln im Auftragsrecht im Spannungsfeld zum Kern der Verpflichtung des Dienstleisters. Der Beauftragte, der sorgfältiges Tätigwerden schuldet, kann sich nicht von dieser Sorgfaltspflicht freizeichnen.

*h) Vergütung*

Die gesetzlichen Regelungen der Vergütung sind sowohl im Auftrags- als auch im Werkvertragsrecht rudimentär, sodass eine Klarstellung im Vertrag zu empfehlen ist.

Weiter empfiehlt sich ein klarer Hinweis auf die zusätzlich zur Vergütung geschuldete Mehrwertsteuer, sollte sie nicht in der Vergütung einkalkuliert sein.

### ***Vergütung nach Aufwand***

Massgebend sind hierbei die Arbeitszeit und der Ansatz (z.B. pro Stunde). I.d.R. wird der Aufwand in Rapporten erfasst. → OR 374 bzw. OR 394 Abs. 3

### ***Pauschale***

Die Entschädigungshöhe hängt hier nicht vom tatsächlichen Aufwand des Dienstleistungserbringers ab (OR 373 Abs. 1). Wichtig ist es, die geschuldete Leistung genau zu umschreiben. Bei zusätzlichen Arbeiten ist die Vergütung klar zu regeln. Sollte ein einseitiges Änderungsrecht des Bestellers vereinbart worden sein, so muss geregelt werden, wie der Mehraufwand des Unternehmers entschädigt wird.

In aussergewöhnlichen Fällen kann sich eine Anpassung der Pauschale aufdrängen. Die Anwendung von OR 373 Abs. 2 erweist sich oft als schwierig. Vertraglich können solche Fälle umschrieben werden, in denen die Pauschalentschädigung anzupassen ist

### ***Erfolgshonorar***

Bei Mäklerverträgen ist ein Erfolgshonorar gesetzlich vorgesehen (OR 413 Abs. 1). Anwälten ist es hingegen verboten reine Erfolgshonorare zu vereinbaren (BGFA 12 lit. e).

### ***Kostendach***

Um den Besteller/Auftraggeber gewisse Sicherheit bei der Budgetierung zu geben, kann die Höhe der Entschädigung beschränkt werden. Es sollte im Vertrag präzisiert werden, inwieweit die Entschädigung begrenzt ist.

### ***Bonus/Malus-Verträge***

Dem Dienstleister kann ein Bonus zugesprochen werden, wenn die Kosten der Arbeit niedriger ausfallen als prognostiziert.

### ***Auslagen***

Der Beauftragte darf seine Auslagen auch ohne entsprechende Vereinbarung in Rechnung stellen (OR 402 Abs. 2), ebenso der Kommissionär (OR 431), nicht aber der Mäkler (OR 413 Abs. 3). Für die Auslagen werden teilweise Kleinspesenpauschalen von 2-3% verrechnet.

Die Höhe der Auslagenpauschale hängt dann nicht nur vom getätigten Aufwand, sondern auch von der Höhe des Studensatzes ab. Detaillierte Spesenregelungen sind insb. zu empfehlen, wenn der Beauftragte zur Erfüllung des Auftrags reisen muss.

#### *i) Vorzeitige Vertragsbeendigung*

##### *Werkvertrag: Grundsatz von OR 377*

Der Werkvertrag ist kein Dauerschuldvertrag. Eine ordentliche Kündigung ist daher nicht vorgesehen. Der Besteller kann den Werkvertrag aber jederzeit auflösen. Er muss den Unternehmer jedoch schadlos halten, d.h. dass er ihm das positive Interesse zu ersetzen hat. Der Unternehmer muss sich anrechnen lassen, was er aufgrund der vorzeitigen Beendigung eingespart hat.

##### *Werkvertrag: Rücktritt nach OR 366*

Gem. OR 366 kann der **Besteller** vom Vertrag zurücktreten, wenn gewisse Voraussetzung erfüllt sind (Verzögerung bei der Erfüllung des Vertrags oder mangelhafte Qualität). I.d.R. muss der Unternehmer nach den allgemeinen Verzugsregeln vor einem Rücktritt gemahnt werden.

##### *Auftrag: Grundsatz*

Gem. **OR 404** sind sowohl Auftraggeber als auch Beauftragter berechtigt, den Auftrag jederzeit zu widerrufen bzw. zu kündigen. Das jederzeitige Widerrufsrecht ist gem. Rechtsprechung für sämtliche Aufträge zwingend und darf **nicht eingeschränkt werden**.

Gewisse kantonale Gerichte wenden OR 404 bei atypischen Aufträgen nicht immer an und schützen Beauftragte, welche z.B. in ihren AGBs den jederzeitigen Rücktritt ausschliessen oder mit kostspieligen Konsequenzen verbinden. Dies ist jedoch nach BGer nicht zulässig, weshalb man sich bei der Vertragsgestaltung nicht auf die kantonalen Gerichte verlassen sollte.

### *Bei Innominatverträgen*

Bei Innominatkontrakten, auf welche die gesetzlichen Regelungen nicht anwendbar sind, sollten die Voraussetzungen der Vertragsbeendigung vertragliche festgelegt werden.

### *j) Rechtswahl*

Gem. IPRG 117 ist für die Bestimmung des anwendbaren Rechts an die charakteristische Leistung anzuknüpfen. Bei Dienstleistungsverträgen ist somit der Wohnsitz oder Sitz des Dienstleisters relevant. Die Parteien können die Rechtswahl auch unabhängig davon treffen (IPRG 116), sofern es sich nicht um einen Konsumentenvertrag handelt (IPRG 114).

Bei internationalen Werklieferungsverträgen sind u.U. das CISG oder das Haager-Übereinkommen anwendbar. Häufig werden diese ausgeschlossen, über dies muss im Einzelfall entschieden werden.

## **V. Kredit- und Sicherungsgeschäfte**

### **A. Arten des Kredits und dessen Sicherung**

#### **1. Geldkredit OR 312 – 318**

##### *Begriff des Darlehnsvertrags*

Der Erwerber schliesst mit dem Kreditgeber einen Darlehnsvertrag ab (OR 318 ff.). Der Darleiher verpflichtet sich zur Auszahlung der vereinbarten Geldsumme an den Borger. Die Summe wird entweder Bar oder durch Buchgeld übertragen. Die Summe kann während der vertraglich vereinbarten Zeit nicht zurückgefordert werden und es handelt sich um eine Bringschuld (ausser anders abgemacht).

##### *Zins und dessen Höhe*

Besteht entweder durch Vereinbarung oder gem. gesetzlicher Vermutung von OR 313 Abs. 2 (kaufmännischer Verkehr) eine Vergütungspflicht, so schuldet der Borger einen Zins. Die Zinshöhe ist limitiert. So limitiert z.B. KKG 14 i.V.m. VKKG 1 den Zinssatz für Konsumentenverträge auf max. 15 %. Bei Verstoss ist der Vertrag nichtig (KKG 15). Weitere Schranken stellen ZGB 27 und OR 20 f. Sofern nicht anders vereinbart, ist der Zins als Jahreszins zu entrichten (OR 314 Abs. 2, | 360 Zinstage).

Zahlt der Borger die Darlehnssumme vor dem vereinbarten Termin zurück, läuft die Zinszahlungspflicht weiter, sofern nicht anders vereinbart. In der Bankenpraxis wird zu diesem Zweck häufig einen Vorfälligkeitsentschädigung vereinbart.

OR 314 Abs. 3 statuiert für den nicht kaufmännischen Verkehr ein beschränktes Zinsverbot. Es ist im nicht kaufmännischen Verkehr verboten, im Voraus abzumachen, dass der Zins zum Kapital geschlagen wird und wiederum verzinst wird (OR 314 Abs. 3).

##### *Rückerstattungspflicht*

Der Borger ist zur Rückerstattung der Darlehnssumme nach Ablauf der vertraglich vereinbarten Zeitdauer verpflichtet oder, falls weder Rückzahlungstermin noch eine Kündigung vereinbart worden sind, innerhalb von sechs Wochen nach der ersten Aufforderung des Darleihers (OR 318). Es kann aber auch abgemacht werden, dass der Borger das Darlehn auf beliebige Aufforderung hin zurückzahlen hat.

Der Borger muss den genau gleichen Geldbetrag zurückerstatten, der er erhalten hat. Ein allfälliger Wertverlust ist vom Darleiher zu tragen. Diesem Umstand ist bei der Vertragsredaktion Rechnung zu tragen.

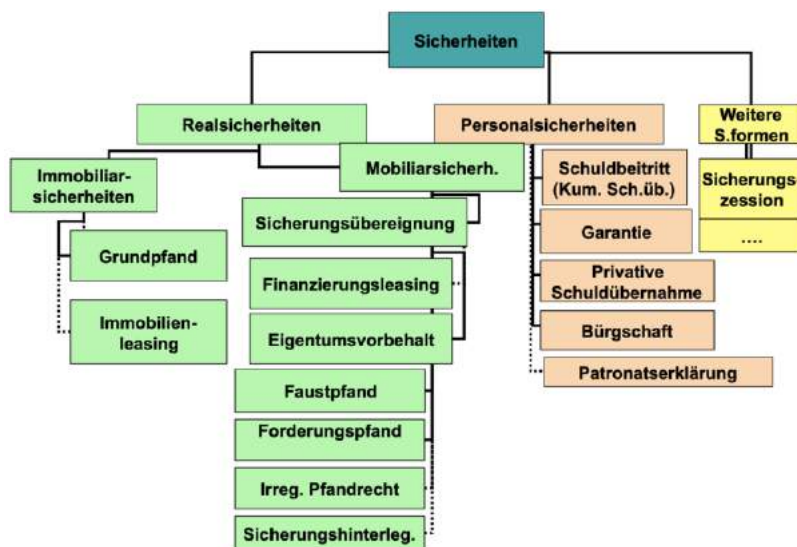
## 2. Warenkredit

Wer eine Sache kaufen oder mittels Leasings gebrauchen und später erwerben will, kann auch auf andere Weise Kredit erhalten, nämlich dadurch, dass er die Sache nicht sofort bezahlen muss. Die Bezahlung wird vom Veräusserer ganz oder teilweise aufgeschoben.

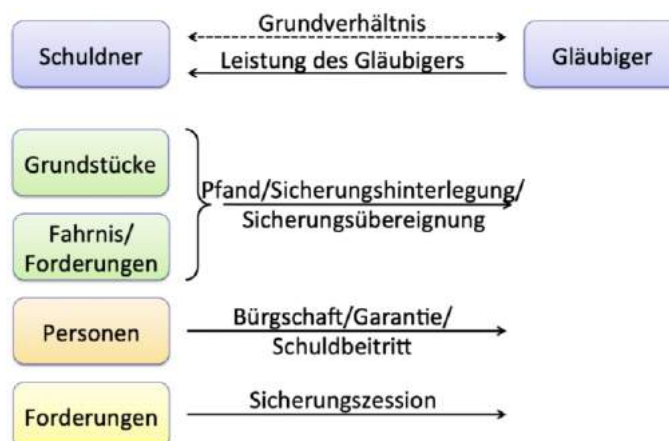
Beim Kauf lassen sich v.a. der Kreditkauf (Zahlungsaufschub für den ganzen Kaufpreis) und Abzahlungs- oder Teilzahlungskauf (mehrere Raten) unterscheiden. Ein Vertrag mit dem einem Konsumenten ein Kredit in Form eines Zahlungsaufschubs, eines Darlehns oder einer ähnlichen Finanzierungshilfe gewährt wird, fällt im Grundsatz unter das KKG.

Der Erwerb des Leasingobjekts in Raten kommt einer Kreditierung gleich, weil bei einem sofortigen Kauf des Leasingobjekts der Preis unmittelbar geschuldet wäre und der Aufschub einem Darlehn für die Zeit des Aufschubs gleichkommt. Auch der Leasingvertrag fällt unter gewissen Voraussetzungen unter das KKG (KKG 1 Abs. 2 lit. a).

## 3. Übersicht über die Sicherheiten

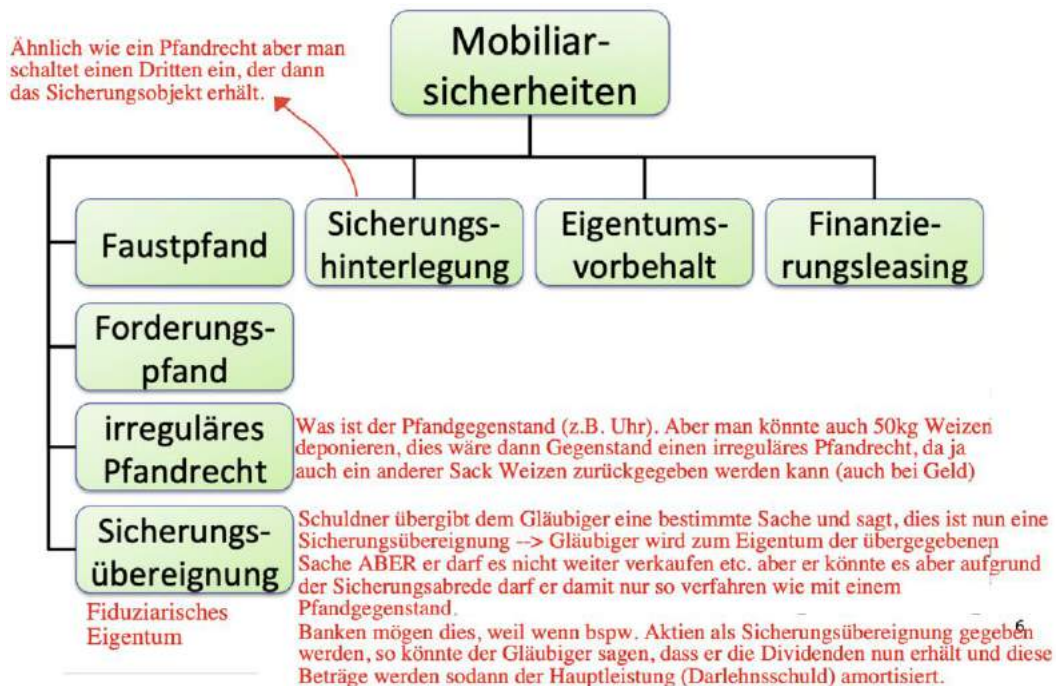


Es muss stets zwischen dem Grundverhältnis und dem Sicherungsverhältnis unterschieden werden:



Bei **Realsicherheiten** gibt es zwei Untergruppen: **Immobiliarsicherheiten** (Immobilienleasing und Grundpfand) sowie die **Mobiliarsicherheiten**.

Die Untergruppen der Mobiliarsicherheiten:



- Wie überträgt man eine Namenaktie?
  - o Es handelt sich um eine Forderungsabtretung, das Indossament ist dann quasi eine Zession
- Jemand verpfändet eine Uhr, was passiert nun bei dieser Verpfändung?
  - o Es braucht einen Pfandvertrag aufgrund des Kausalitätsprinzips: Für eine Verfügung braucht es immer einen Rechtsgrund. Es handelt sich also um eine Besitzübertragung (ZGB 922 ff.)

### Wichtige sachenrechtliche Prinzipien

- Spezialitätsprinzip:** Bestimmtheit des Verfügungsgegenstands: Die Verfügung muss sich auf ganz bestimmte objektivierbare Gegenstände beziehen. Man kann z.B. keine Bibliothek verschenken oder verpfänden. Es muss immer klar sein was genau das Pfandrecht ist.
- Publizitätsprinzip:** Registereintrag: Man soll Besitz- und Eigentumsverhältnisse immer erkennen können, bei Immobilien = Grundbuch
- Faustpfandprinzip:** Es ist nicht möglich eine Sache zu verpfänden und gleichzeitig in deren Besitz zu verbleiben.
- Akzessionsprinzip:** Hat mit den Bestandteilen zu tun, z.B. alle Bauten, die sich auf einem Grundstück befinden, haben einen einheitlichen Eigentümer. Die Bestandteile einer Sache gehören zur Sache selbst.
- Akzessorietätsprinzip:** Beschreibt das Verhältnis der gesicherten Forderung und des Pfandrechts: Ist im Gesetz nicht ausdrücklich beschrieben, es finden

sich aber Indizien (OR 114). Eine Sicherungsübertragung ist nicht akzessorisch: sollte der Darlehnsvertrag nicht gültig zustande gekommen sein, bleibt die Sicherungsübertragung aber trotzdem bestehen.

**Kausalitätsprinzip:** Das Faustpfand kann nur entstehen, wenn der Pfandvertrag gültig zustande gekommen ist.

## **B. Vertragsgestaltung bei Sicherungsgeschäften**

Bei Einzelpersonen und KMU stehen die Realsicherheiten im Vordergrund, weil sie keine zusätzliche Liquidität verlangen und kein zusätzliches Kapital binden. Ausserdem bieten sie grds. eine einfacher verwertbare Sicherheit als Personensicherheiten und verbilligen deshalb den Kredit.

### **1. Informationsbeschaffung**

Folgende Fragen müssen im Zusammenhang mit einem Sicherungsgeschäft dem Klienten gestellt werden:

- Akzeptiert die Bank eine Sicherheit auf den Konten oder Depots?  
Wenn Konten oder Depots vorhanden sind, kommt als Sicherung die Globale Verpfändung/Sicherungsabtretung dieser Werte infrage.
- Entsteht mit dem Hauptgeschäft die Möglichkeit über einen Gegenstand zu verfügen?  
So ist die Bereitschaft des Veräusserers zu einem Warenkredit zu prüfen.
- Sind Anlagegüter von einem gewissen Wert vorhanden?  
Wenn dies der Fall ist, kommt als Sicherungsgeschäft ein Pfandrecht oder eine Sicherungsabtretung infrage.
- Besteht die Möglichkeit, Forderungen abzutreten?  
So ist an eine Sicherungsabtretung zu denken
- Gibt es Personen, die für die Schuld einstehen würden?  
Bei Bejahung dieser Frage ist eine Personalsicherheit zu prüfen.

Wenn man die finanzierende Seite berät, sollte man im Zweifel von einem Konsumentengeschäft ausgehen; wenn man die kreditbedürftige Seite berät, von einem anderen Geschäft.

### **2. Problemübersicht und Rohentwurf**

Essentielle Vertragspunkte bei Sicherungsgeschäften sind die Parteien, der Sicherungsgrund (Hauptgeschäft) und das Sicherungsobjekt.

Bei Realsicherheiten mittels Mobilien entsteht (wegen des Faustpfandsprinzips, ZGB 884 Abs. 2 bzw. des Verbots der Mobiliarhypothek ZGB 717) in aller Regel ein besonderes Besitzverhältnis, das einer vertraglichen Regelung bedarf. Dabei empfehlen sich die Bestimmungen über den Hinterlegungsvertrag nach OR 472 ff. oder die Gebrauchsleihe nach OR 305 ff.

Dabei ist vor allem zu denken an:

- Fragen der Nutzung und Verwaltung des Sicherungsobjekts
- Kosten- und Gefahrtragung sowie eine allfällige Versicherungspflicht
- Die Modalitäten der Rückübertragung
- Die Voraussetzungen und die Art und Weise, in welcher der Sicherungsgeber das Sicherungsobjekt verwerten darf.

Grobenwurf eines Vertrags mit Realsicherheit:

### 1. Einleitungsteil

- Vertragsparteien
- Präambel

### 2. Hauptteil

- Verpflichtungsgeschäft
- Sicherungsgrund
- Sicherungsobjekt
- Besitzmittlungsverhältnis
- Verwertung
- Modalitäten der Rückabwicklung
- Entzug des Sicherungsobjekts durch Dritte (Risikoplanung)
- Ungültigkeit des Hauptgeschäfts (Risikoplanung)

### 3. Schlussteil

- Allgemeine Bestimmungen

## C. Rechtsanwendung

### 1. Pfandrecht (ZGB 884 ff.)

Das Pfandrecht ist ein beschränktes dingliches Recht, welches in der Regel aufgrund eines Pfandvertrags entsteht und dem Pfandgläubiger bei Nichtbefriedigung das Recht einräumt, sich aus dem Erläss des Pfandes zu befriedigen (ZGB 891 Abs. 1)

Verpfändet werden können neben Grundstücken und Fahrnis auch Forderungen und andere Rechte (ZGB 899 ff.).

#### a) *Fahrnispfand* (ZGB 884 ff.)



Nach ZGB 884 Abs. 1 ist für die Bestellung des Pfandrechts der Besitz an der Pfandsache zu übertragen. Es gilt das Faustpfandprinzip nach ZGB 884 i.V.m. ZGB 717. Dadurch soll dem sachenrechtlichen Publizitätsprinzip Rechnung getragen werden.

#### *Fahrnispfandvertrag*

Dies ist ein unvollkommen zweiseitig verpflichtender Vertrag, der dem Pfandnehmer einen obligatorischen Anspruch gegenüber dem Pfandgeber auf Übertragung des Pfandbesitzes einräumt. Es handelt sich um einen Innominatkontrakt. Für die Vertragsgestaltung wichtig ist, dass das Pfandrecht nur entsteht, wenn der Pfandvertrag gültig zustanden gekommen ist (Kausalitätsprinzip). Folgende Punkte sind zu beachten:

#### Verpflichtungsgeschäft

Die Parteien müssen sich hinsichtlich des Gegenstands, der gesicherten Forderung und der Pfandbestellung durch Besitzübertragung einig sein.

#### Verfügungsgeschäft

Die Besitzübertragung ist für die Begründung des Pfandrechts zwingend (ZGB 884 Abs. 3 und ZGB 717). Auf die Besitzübertragung sind die entsprechenden Bestimmungen des ZGB (922 ff.) anwendbar.

#### Pfandobjekt

Der Begriff der Fahrnis in ZGB 844 Abs. 1 bezieht sich auf ZGB 713. Pfandobjekt müssen einzelne, selbständige, verwertbare, bewegliche und körperliche Sachen sein. Die Parteien können für den Fall der Unterdeckung eine Pflicht zur Nachdeckung vereinbaren.

#### Sicherungsgrund

Auch künftige Forderungen können durch Pfandbestellung gesichert werden, beim Abschluss des Pfandvertrags muss jedoch zumindest der Entstehungsgrund der Forderung bestimmbar sein. Das Pfandrecht ist von Bestand, Umfang und Schicksal der Pfandforderung abhängig (Akzessorietät). Bei Zukünftigen Forderungen genügt es, wenn die Parteien mit der Entstehung der Forderung rechnen.

#### Besitzmittlungsverhältnis

Mangels abweichender Regelung darf der Pfandgläubiger das Pfandobjekt weder gebrauchen noch nutzen. Die Parteien können jedoch vereinbaren, dass die nat. und zivilen Früchte dem Pfandgläubiger als Eigentum zufallen (Nutzungspfandrecht). Es ist auch erlaubt, die Nutzung anstelle der dem Pfandgläubiger geschuldeten Zinsen treten zu lassen. Auf diese Weise kann die fehlende Nutzungsmöglichkeit zum Teil wettgemacht werden.

Der Pfandgläubiger haftet für den durch Untergang oder Wertverminderung an der Sache entstanden Schaden, falls er sich nicht exkulpieren kann (ZGB 890 Abs. 1)

#### Verwertung

Die Befugnis zur privaten Verwertung muss vertraglich vorgesehen sein, ansonsten steht nur der Weg über die Betreibung auf Pfandverwertung offen (SchKG 324 Abs. 1). Die Parteien haben aber das zwingende Verbot des Verfallvertrags zu beachten (ZGB 894).

- Bei der Betreibung muss schon angegeben werden, dass man bereits ein Pfand hat.
- Sollte der Pfandgegenstand im Eigentum eines Dritten stehen, so muss der Zahlungsbefehl auch an diesen übergeben werden.
- Verbot des Verfallvertrags bspw.: Wenn das Geld nicht zurückbezahlt wird, gehört die Uhr einfach mir = Verboten!
- Private Verwertung nur wenn vereinbart: Was muss dabei beachtet werden? → Es sollte ein Mindestpreis festgelegt werden. Oder man verweist auf den Marktwert. Weiter sollte es eine gewisse Nachfrist gegeben, bis die private Verwertung stattfindend.

#### Verfügungsmacht

Der gute Glaube des Pfandgläubigers ersetzt die fehlende Verfügungsmacht des Pfandschuldners (ZGB 884 Abs. 2). Nach Konkurseröffnung ist jedoch ein gutgläubiger Erwerb eines Fahrnispfandrechts nicht mehr möglich (SchKG 204). Pfandbestellungen vor Konkurseröffnung können nach SchKG 285 ff. anfechtbar sein.

### ***Nachteile des Pfandrechts***

- Schuldner kann die Pfandsache nicht nutzen (ist bei Immobilien anders)
- Die Publizität ist ein Nachteil für die Kreditwürdigkeit, da dies jeder einsehen kann.
- In der Praxis wird deshalb die Sicherungsübereignung oder die Sicherungszession vorgezogen.

### ***Depotpfandrecht der Banken***

Hier fallen die Nachteile des Pfandrechts nicht ins Gewicht, weil sich das Pfandobjekt bereits im Besitz der Bank befindet. Folgende Besonderheiten sind zu beachten:

#### *Pfandobjekt*

Inhaber-oder blanko indossierte Ordrepapiere. Ist der Herausgabeanspruch des Kunden gegen die Bank Sicherungsobjekt, liegt ein Forderungspfandrecht oder eine Sicherungszession vor.

#### *Sicherungsgrund*

Die Bonität des Schuldners sowie der Belehnungswert des Depots bestimmen die Höhe des Kredits. Vom Depotwert ziehen die Banken eine Sicherheitsmarge ab, um sich vor Kursverlusten zu schützen.

#### *Verfügungsgeschäft*

Die Besitzübertragung erfolgt durch Besitzwandlung; einfache Erklärung der Besitzeswandlung.

#### *AGB*

Vielfach ist dies in den AGBs der Banken geregelt. Der Bankkunde muss sich dieses Pfandrecht auch entgegenhalten lassen, wenn er die AGB nicht gelesen hat (Globalübernahme), weil dieses weder ungewöhnlich noch unüblich ist.

### ***b) Forderungspfand (ZGB 899 ff.)***

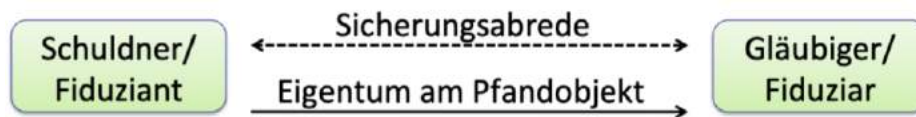
Im Unterschied zum formfrei gültigen Faustpfand muss das Forderungspfandrecht schriftlich vereinbart werden, falls die Forderung nicht in einer Urkunde besteht (ZGB 900 Abs. 1). Die Bestimmungen über das Faustpfand sind subsidiär anwendbar (ZGB 899 Abs. 2).

Es ist zuerst zu prüfen, ob die zu verpfändende Forderung überhaupt übertragbar ist (ZGB 899 Abs. 1 → OR 164). Der Pfandvertrag über eine unübertragbare Forderung ist nichtig. Weiter besteht eine faktische Vermutung zugunsten der Sicherungszession.

### ***c) Irreguläres Pfandrecht***

Nicht ausdrücklich im Gesetz geregelt ist das irreguläre Pfandrecht, bei dem der Gläubiger sich zu Sicherungszwecken vertretbare Sachen oder Geld übergeben lässt. Nach seiner Befriedigung hat er nicht wieder die gleichen Sachen, sondern nur Sachen der gleichen Art zurückzugeben. Weiter wird ein irreguläres Pfandrecht zu Eigentum übergeben und es kann nur durch Übertragung des Besitzes am Pfandobjekt zustande kommen (analog ZGB 884 ff.).

## 2. Sicherungsübereignung



Bei der Sicherungsübereignung überträgt der Sicherungsgeber (Fiduziant) dem Sicherungsnehmer (Fiduziar) zwecks dinglicher Sicherung einer Forderung eine Sache zu fiduziarischem Eigentum. Der Fiduziar kann somit mehr, als er darf. Man spricht in diesem Zusammenhang auch von überschüssender Rechtsmacht.

Im Unterschied zum Pfand erwirbt der Fiduziar jedoch nicht bloss ein beschränktes dingliches Recht, sondern volles Eigentum. Ansonsten sind die Vorschriften über das Faustpfand (ZGB 884 ff.) sinngemäss anwendbar. Folgendes ist bei der Sicherungsübereignung zu beachten:

### Verpflichtungsgeschäft

Analog zum Pfandrecht.

### Sicherungsobjekt

Analog zum Pfandrecht.

### Sicherungsgrund

Die gesicherte Forderung kann eine bereits bestehende, bedingte, zukünftige oder auch bloss mögliche sein. Schuldner der Sicherungsforderung ist meist der Fiduziant. Auch die Sicherstellung einer Drittschuld ist zulässig. Die Fälligkeit sollte genau geregelt werden.

### Verfügungsgeschäft

Das Eigentum am Sicherungsobjekt geht nach den Vorschriften der Besitzübertragung auf den Fiduziar über (ZGB 922 ff.). Aufgrund des Verbots der Mobiliarhypothek ist eine mit Besitzkonstitut (ZGB 924) vollzogene Sicherungsübereignung Dritten gegenüber unwirksam (ZGB 717 Abs. 1). Zwischen dem Fiduzianten und dem Fiduziar ist sie jedoch gültig.

### Beschränkung der Verfügungsbefugnis des Fiduziars

Mit dieser Klausel wird die Eigentümerstellung des Fiduziars auf das für den Sicherungszweck notwendige Mass beschränkt.

### Modalitäten der Nutzung und Verwaltung des Sicherungsobjekts

Hier sollte die Parteien regeln, wer die Verwaltungskosten trägt, welche Nutzung zulässig ist und wer für den Untergang des Sicherungsobjekts einzustehen hat und ggf. eine Versicherungspflicht. Fehlt eine Abrede, richtet sich die Haftung des Gläubigers nach ZGB 890.

### Rückgabepflicht des Fiduziars

Analog zum Pfandrecht.

### Zeitpunkt und Art der Verwertung

Wenn die Parteien keine Vereinbarung treffen, gilt folgendes: Der Fiduziar erhält das Recht zur Befriedigung bei Fälligkeit der gesicherten Forderung, eine Mahnung ist nicht erforderlich. Die Verwertung erfolgt nach den Grundsätzen über die Privatverwertung. Infrage kommen der freihändige Verkauf, die freiwillige Versteigerung und der Selbsteintritt. Die Privatverwertung ist auch im Konkurs

des Schuldners möglich. Der Fiduziar ist jedoch zur Abrechnung verpflichtet und hat einen Überschuss herauszugeben.

Keine Akzessorietät

- Nur vertragliche Rückgabepflicht bei Erfüllung der Hauptforderung
- Sicherungsobjekt fällt im Konkurs des Fiduziars in die Konkursmasse
- Resolutiv bedingte Sicherungsübereignung; mit der Bezahlung des Schuldners geht auch das Eigentum zurück an ihn.

### ***Nachteile***

Der grösste Nachteil besteht wegen der analogen Anwendung des Faustpfandprinzips von ZGB 717 darin, dass der Besitz am Sicherungsobjekt auf den Gläubiger übergehen muss, sodass der Schuldner das Sicherungsobjekt nicht weiter nutzen kann. Ferner sind die Ansprüche auf Rückübertragung grds. bloss obligatorischer Natur, sofern keine resolutiv bedingte Sicherungsübereignung abgemacht wurde.

## **3. Sicherungszession**

Bei der Sicherungszession tritt der Zedent dem Zessionar eine Forderung oder ein Recht zur Sicherstellung einer Hauptforderung zu vollem Recht ab. Es sind grds. die Bestimmungen über die Zession nach OR 164 ff. anwendbar.

### Globalzession

Darunter versteht man die Abtretung sämtlicher gegenwärtiger und künftiger Forderungen aus einem Geschäft. Sie ist zulässig, sofern die künftigen Forderungen hinsichtlich Person des Drittschuldners, des Rechtsgrundes sowie der Höhe hinreichend bestimmt oder bestimmbar sind. Eine Grenze bildet der Persönlichkeitsschutz von ZGB 27 Abs. 2.

Weiter muss die Globalzession sachlich beschränkt sein (in Bezug auf den Rechtsgrund oder den Schuldnerkreis) oder der Kreis der gesicherten Forderungen muss eingeschränkt sein. Vereinzelt sind die Bestimmungen über das Forderungspfandrecht nach ZGB 899 ff. anwendbar.

Bei der Vertragsgestaltung muss folgendes beachtet werden:

### Verpflichtungsgeschäft

Es bedarf – anders als bei der normalen Zession der schriftlichen Form (ZGB 900 Abs. 1).

### Sicherungsobjekt

Es sind grds. alle Forderungen abtretbar (OR 164 Abs. 1). Die Abtretung von Lohnforderungen ist nur im Rahmen von OR 325 möglich.

### Sicherungsgrund

Analog zum Pfandrecht.

### Verfügungsgeschäft

Die Sicherungszession ist ein Verfügungsvertrag, welcher der Schriftform bedarf (OR 165 Abs. 1). Der Zessionar muss nicht namentlich genannt sein, eine Blankozession ist zulässig. Der gute Glaube des Zessionars ersetzt die fehlende Verfügungsmacht **nicht**; vorbehalten bleibt die Ausnahme von OR 164

Abs. 2. Der Zedent haftet mangels anderer Abrede für die Verität (= für das Bestehen der Forderung) (aber nicht Bonität) der sicherheitshalber abgetretenen Forderung (OR 171 f.).

#### Regelung der Notifikation und Einziehung

Die Benachrichtigung des Schuldners ist keine Gültigkeitsvoraussetzung der Zession. Bleibt sie aus, kann der Schuldner aber weiterhin mit befreiender Wirkung an den Zedenten leisten (OR 167).

#### Nebenrechte und -pflichten des Zedenten

Beim Inkassomandat und beim Factoring besteht ein zusätzlicher Regelungsbedarf, da es sich um Dauerschuldverhältnisse handelt.

#### Nebenrechte und -pflichten des Zessionars

Der Zessionar hat überschüssende Rechtsmacht, wie der Fiduziar bei der Sicherungsübereignung. Die Nutzung der zedierten Forderung steht dem Zessionar zu, sofern er nicht darauf verzichtet hat. Er ist jedoch verpflichtet, eingezogene Zinsen von der Hauptforderung abzuziehen.

Mit der zedierten Forderung gehen auch das Neben- und Vorzugsrecht auf den Zessionar über (OR 170 Abs. 1). Verletzt der Zessionar verschuldetermassen die Abrede (z.B. durch mangelnde Sorgfalt bei der Verwaltung), hat er für den Schaden einzustehen (OR 97).

#### Verwertung

Fehlt eine vertragliche Abrede, erhält der Zessionar das Recht zur Befriedigung der Forderung; eine Mahnung ist nicht erforderlich. Der Zessionar kann entweder die zedierte Forderung einziehen oder nach den Grundsätzen der Privatverwertung vorgehen. und die Forderung verkaufen. Einen allfälligen Überschuss hat er aber abzugeben.

#### Geltendmachung der Hauptforderung

Der Zessionar kann die Hauptforderung erst geltend machen, nachdem er die Einziehung der abgetretenen Forderung erfolglos versucht oder dem Zedenten die Rückzession angeboten hat.

#### Pflicht zur Rückzession

Der Zessionar muss die zedierten Forderungen nach Erfüllung oder sonstigem Untergang der Hauptschuld zurückzedieren. Die Forderungen fallen wegen der fehlenden Akzessorietät der Sicherungszession nicht automatisch zurück.

#### Regelung der Zwangsvollstreckung

Im Konkurs des Zedenten verliert dieser die Verfügungsfähigkeit über sein Vermögen (SchKG 204 Abs. 1). Die Abtretung von Forderungen, die nach Konkurseröffnung entstanden sind, sind deshalb nichtig, diese Forderungen fallen in die Konkursmasse.

#### Factoring

Eine erweiterte Form der Sicherungszession ist das sog. Factoring, bei dem der Kreditschuldner sein Kundenforderung global an einen Spezialisten abtritt, der in der Folge (im eigenen Namen oder im Namen des Zedenten) das Inkasso der Forderungen und weitere Leistungen wie Debitorenbuchhaltung etc. übernimmt und vom Kreditschuldner dafür eine sog. Factoringkommission erhält.

#### **4. Sicherungshinterlegung**

Hierbei übergibt der Schuldner einem Dritten das Sicherungsobjekt mit der Auflage, dieses zu Sicherungszwecken aufzubewahren und dem Gläubiger bei Nichtbefriedigung herauszugeben bzw. im Hinblick auf eine Zwangsvollstreckung bereitzuhalten (auch Escrow Agreement genannt).

##### Verpflichtungsgeschäft

Der Schuldner verpflichtet sich gegenüber dem Gläubiger, einem Dritten (Escrow Agent) das Sicherungsobjekt mit der Auflage zu übergeben, es aufzubewahren.

##### Sicherungsobjekt

Siehe beim Pfandrecht

##### Verfügungsgeschäft

Über das Sicherungsobjekt wird durch Übergabe an den Escrow Agent verfügt. Möglich ist auch eine Besitzanweisung. Der Escrow Agent wird unselbständiger Besitzer. Das Recht des Gläubigers kann als Pfandrecht am hinterlegten Gegenstand verstanden werden, der Pfandbesitz wird durch den Agent ausgeübt.

Bei vertretbaren Sachen (Geld) wird der Agent Eigentümer, wenn eine Vermischung stattfindet (=irreguläre Sicherungshinterlegung). In diesem Fall steht dem Gläubiger nur noch ein obligatorischer Anspruch zu.

##### Besitzmittlungsverhältnis

Es sind die Bestimmungen über den Hinterlegungsvertrag (OR 472 ff.) mit der Ausnahme von OR 475. Es handelt sich dabei um einen echten Vertrag zugunsten Dritter.

##### Verwertung

Die Verwertung richtet sich nach den Grundsätzen des Pfandrechts. Mangels einer vertraglichen Abrede ist nur die Betreuung auf Pfandverwertung möglich. Im Hinterlegungsvertrag kann vereinbart werden, dass das Sicherungsobjekt bei Fälligkeit dem Gläubiger zur Verwertung herauszugeben sei.

##### Regelung der Zwangsvollstreckung

Der Gläubiger kann bei der regulären Sicherungshinterlegung im Falle einer Zwangsvollstreckung sein Pfandrecht gegenüber dem Hinterleger im Widerspruchverfahren geltend machen. Im Konkurs kann erst ich vorweg aus dem Pfanderlös befriedigen (SchKG 219 Abs. 1).

Bei der irregulären Sicherungshinterlegung verbleiben die vertretbaren Sachen beim Agenten. Falls die vertraglichen Voraussetzungen erfüllt sind, kann der Gläubiger die Sachen vom Agent herausverlangen und verwerten. Einen Überschuss hat der Gläubiger an den Hinterleger bzw. dessen Konkursmasse herauszugeben.

#### **5. Verkauf unter Eigentumsvorbehalt**

Ein Eigentumsvorbehalt kann nur bei Kaufverträgen vereinbart werden. Dabei sichert sich der Kreditgeber dadurch ab, dass er sich das Eigentum an der verkauften Sache solange vorbehält, bis der gesamte Preis bezahlt ist.

Der Eigentumsvorbehalt durchbricht das Faustpfandprinzip, was nur in den Grenzen von ZGB 715 f. zulässig ist: Ein konstitutiver Registereintrag gewährleistet die notwendige Publizität.

### Sicherungsgrund

Der Eigentumsvorbehalt dient ausschliesslich der Sicherung des Kaufpreises für die dem Erwerber übergebene Sache.

### Verfügungsgeschäft

Die mit Eigentumsvorbehalt belastete Sache muss in den Besitz des Erwerbers übergehen. Der Eigentumsvorbehalt muss vor der Besitzübertragung vereinbart werden, ansonsten liegt ein nichtiges Umgehungsgeschäft vor, das im Widerspruch zum Verbot der Mobiliarhypothek (ZGB 717) steht.

Eintrag ins Eigentumsvorbehaltsregister

Der Eigentumsvorbehalt muss vor oder nach Besitzübergabe ins Eigentumsvorbehaltsregister eingetragen werden (ZGB 715 Abs. 1). Die Eintragung erfolgt am Wohnort des Erwerbers der Sache. Ohne schriftliche Zustimmung des Veräusserers erfolgt die Löschung des Eigentumsvorbehalts nur aufgrund eines gerichtlichen Urteils. In einer Vertragsklausel sollte deshalb dem Veräusserer neben einer Konventionalstrafe für das Nichtkooperieren zusätzlich die Pflicht zur Tragung der Gerichtskosten auferlegt werden.

### Verwertung

Die Verwertung erfolgt durch Rückgabe an den Veräusserer. Falls der Erwerber die Rückgabe verweigert oder insolvent wird, ist nach den Vorschriften über das Widerspruchsverfahren nach SchKG 106 vorzugehen, im Konkurs durch Aussonderung der Kaufsache (SchKG 242). Im Übrigen ist betriebsrechtlich wie beim Pfandrecht vorzugehen.

Die Parteien sollten eine Vereinbarung über die Voraussetzungen der Rückgabe treffen. Ferner besteht ein Regelungsbedarf bzgl. der Kostentragung, Zinsen, ggf. eines Retentionsrechts des Erwerbers bis zur Rückzahlung bereits geleisteter Raten sowie der allg. Rückabwicklungsmodalitäten.

Der Eigentumsvorbehalt ist akzessorischer Natur, das Eigentum an der Sache geht bei vollständiger Bezahlung automatisch auf den Erwerber über. Die Löschung im Eigentumsvorbehaltsregister ist bloss deklaratorisch.

Ist der Käufer mit der Zahlung in Verzug, kann der Verkäufer auch ohne explizite Vereinbarung vom Kaufvertrag zurücktreten (analog OR 214 Abs. 3).

### Zwangsvollstreckung gegen den Erwerber

Da das Eigentum nicht auf den Erwerber übergegangen ist, kann der Verkäufer im Konkurs des Erwerbers die Aussonderung der Kaufsache verlangen. Bei einer Pfändung kann er sein Eigentum im Widerspruchsverfahren geltend machen.

### ***Kein öffentlicher Glaube des Eigentumsvorbehalts***

Einträge im Eigentumsvorbehaltsregister muss man nicht kennen. Wer die Kaufsache gutgläubig erwirbt, wird grds. deren Eigentümer und muss sich den Eintrag nicht entgegenhalten lassen.

Nicht als gutgläubig gilt, wer nicht die nach den Umständen erforderliche Aufmerksamkeit aufgewendet hat (ZGB 3Abs. 2). Das BGE hat die Anforderungen an die Sorgfalt v.a. in Geschäftsbereichen, in denen oft Waren zweifelhafter Herkunft (z.B. Gebrauchtwagen/Kunstgegenstände) angeboten werden, schrittweise verschärft.

### ***Kombination mit Globalzession***

Oft ermöglicht erst die Einschaltung eines Dritten, meist einer Bank, die Kreditierung des Kaufpreises. Bei der Absatzfinanzierung gewährt die Bank dem Verkäufer einen Kredit, welcher meist durch einen Globalzession von Kundenforderungen gesichert wird. So wird die Bank als Zessionarin Gläubigerin des Vorbehaltskäufers.

Verarbeitung am Objekt

Wenn der Erwerber den unter Eigentumsvorbehalt gekauften Gegenstand verarbeitet, erwirbt er daran Eigentum, sofern die Arbeit wertvoller ist als der Gegenstand (ZGB 726 Abs. 1).

## **6. Personalsicherheiten**

### ***a) Bürgschaft (OR 492 – 512)***

Der Bürge verpflichtet sich, für die Erfüllung der Schuld einzustehen (OR 492 Abs. 1). Wenn der Hauptschuldner nicht leistet, kann sich der Gläubiger an den Bürgen halten.

Zu beachten ist das Folgende:

#### Formvorschriften von OR 493:

Alle objektiv und subjektiv wesentlichen Punkte des Bürgschaftsvertrags unterstehen den Formvorschriften von OR 493.

#### Sicherungsgrund

Die Hauptschuld und die Person des Gläubigers müssen zumindest bestimmbar sein. Eine Klausel, wonach alle zukünftigen Forderungen unter die Bürgschaft fallen, teilunwirksam (für die unbestimmten Forderungen).

#### Belangbarkeit des Bürgen

Der Solidarbürge (OR 496) kann belangt werden bei Leistungsrückstand und erfolgloser Mahnung des Hauptschuldners oder bei dessen offensichtlicher Zahlungsunfähigkeit. Ist sie nicht solidarisch, handelt es sich um eine einfache Bürgschaft:

Sie zeichnet sich durch eine vollkommene Subsidiarität der Verpflichtung des Bürgen aus, die er mit der Einrede der Vorausklage geltend machen kann.

Bei Mitbürgschaft (OR 497) verbürgen sich mehrere Bürgen gemeinsam für die gleiche Hauptschuld.

#### Höchstbetrag der Haftung (OR 499)

#### Beendigung der Bürgschaft (OR 509 ff.)

Die Bürgschaft endet aufgrund ihrer Akzessorietät bei Erfüllung oder Untergang der Hauptforderung. Es gibt auch Gründe, welche die Bürgschaft allein, unabhängig von der Hauptschuld, untergehen lassen (selbständige Untergangsgründe, OR 509 Abs. 2-6 und OR 510 ff.). Die Parteien können weitere Beendigungsgründe vereinbaren.

#### Durchsetzbarkeit

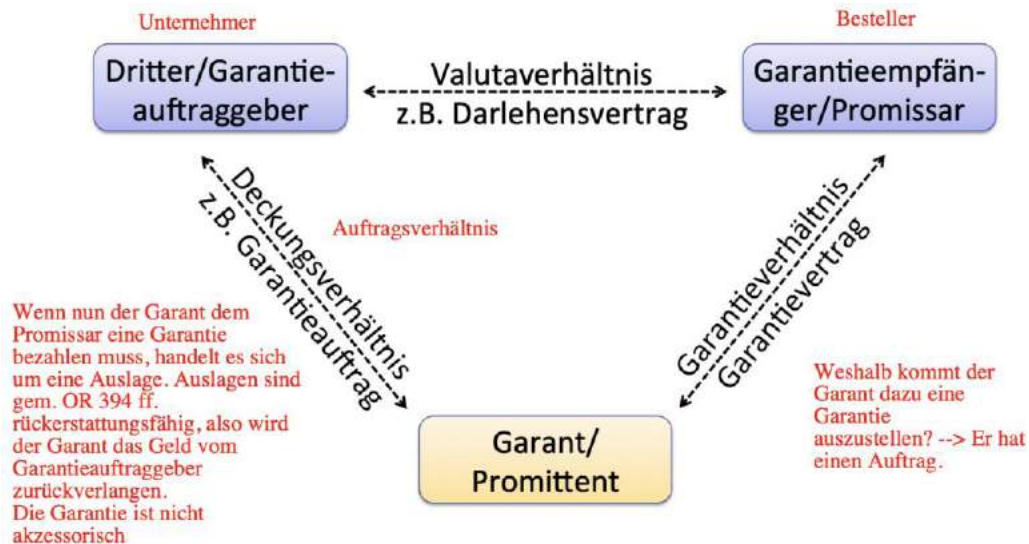
Zu beachten sind die Fristen für die Geltendmachung und Verfolgung der Ansprüche gegen den Bürgen (OR 510 Abs. 3 und OR 511 Abs. 1). Nach OR 510 Abs. 3 erlischt die Bürgschaft binnen 4 Wochen nach Ablauf der Frist, wenn die Forderung nicht geltend gemacht wurde. Weiter muss der Rechtsweg ohne erhebliche Unterbrechung fortgesetzt werden.

### Verringerung des Haftungsbetrags (OR 500)

In jedem Fall verringert sich der Haftungsbetrag bei Bürgschaften natürlicher Personen mindestens im gleichen Verhältnis wie die Hauptschuld.

### b) *Garantievertrag (OR 111 «Vertrag zu Lasten eines Dritten»)*

Er sichert als selbständiger Vertrag die Leistung eines Dritten als solche, unabhängig von der Gültigkeit der Verpflichtung des Dritten.



Von einer reinen Garantie spricht man, wenn der Garant dem Promissar (d.h. dem Garantieempfänger und damit i.d.R. gleichzeitig der Person, die durch die Garantie begünstigt wird) die Leistung eines Dritten verspricht, ohne dass diese Garantie von einem Schuldverhältnis im Valutaverhältnis (d.h. i.d.R. dem Kreditverhältnis) abhängig ist. Die bürgschaftsähnliche Garantie bezieht sich demgegenüber wirtschaftlich ausschliesslich auf das Valutaverhältnis.

Im Gegensatz zur Bürgschaft ist die Garantie nicht akzessorisch, sie setzt kein gültiges Grundgeschäft voraus.

### (aa) *Abgrenzungskriterien zur Bürgschaft*

- Im Zweifel ist wegen der strengeren Vorschriften Bürgschaft anzunehmen; nur Garantieerklärungen geschäftsgewandter Banken und Sicherungsgeschäfte über Auslandsgeschäfte gelten vermutungsweise als Garantien.
- Bei «Garantieerklärungen» von Privaten wird Bürgschaft vermutet.
- Wichtigstes Unterscheidungsmerkmal zw. Garantie und Bürgschaft ist die durch Auslegung zu ermittelnde Akzessorietät zw. Grundgeschäft und Sicherungsvereinbarung. Ist sie gegeben, liegt eine Bürgschaft vor, fehlt sie, liegt eine Garantie vor. Aus dem Vertrag sollte also das Verhältnis zw. Grundgeschäft und der Sicherungsvereinbarung klar hervorgehen.
- Nicht entscheidend für die Abgrenzung zw. Garantie und Bürgschaft ist ein eigenes Interesse der sichernden Person am Gesamtgeschäft.

(bb) Durchsetzung: Belangbarkeit des Garanten

Der Garant kann bei Fälligkeit der Garantie belangt werden. Diese tritt ein, wenn die garantierte Leistung des Garantierauftraggebers nicht zum vereinbarten Zeitpunkt erfolgt. Es braucht weder eine Mahnung noch eine Nachfrist, da aus OR 111 bloss ein Anspruch auf Schadenersatz, nicht aber auf Erfüllung resultiert.

Daneben müssen auch die sog. Abrufvoraussetzungen erfüllt sein, unter denen der Begünstigte eine Garantie abrufen kann.

(cc) Befristung der Garantie

Die Befristung kann sich auf den Eintritt des Garantiefalls oder auf die Inanspruchnahme der Garantie beziehen. Die Bedeutung der Befristung sollte klar aus dem Garantievertrag hervorgehen. Fehlt eine entsprechende Vereinbarung, wird i.d.R. zugunsten des Garanten eine Befristung der Inanspruchnahme vermutet.

Fehlt eine Befristung, gelten die Verjährungsfristen von OR 127 (10 Jahre). Die besonderen Verjährungsnormen des Bürgschaftsrechts finden keine Anwendung.

(dd) Deckungsverhältnis

Die Garantie basiert auf einem Garantierauftrag, d.h. auf einem Schuldverhältnis zw. Garantierauftraggeber und Garanten/Promittenten. Dieses Verhältnis untersteht in den meisten Fällen dem Auftragsrecht nach OR 394 ff. Dabei verpflichtet sich der Garant (oft eine Bank) gegenüber dem Garantierauftraggeber (oft einem Darlehnsgläubiger) einen Garantievertrag abzuschliessen, im Garantiefall die Zahlung zu erbringen und den Weisungen des Garantierauftraggebers Folge zu leisten. Er untersteht dabei den auftragsrechtlichen Pflichten.

c) *Schuldbeitritt*

Beim Schuldbeitritt (kumulative Schuldübernahme) handelt es sich um eine vertragliche Vereinbarung zw. dem Gläubiger und dem Beitretenden, wonach Letzterer die Schuld aus dem Hauptgeschäft solidarisch im Sinne von OR 143 ff. mit übernimmt. Dies hat keinen Schuldnerwechsel zur Folge, verstärkt aber die Position des Gläubigers. Der Schuldbeitritt ist im OR nicht ausdrücklich geregelt.

(aa) Abgrenzung zur Garantie und Bürgschaft

Der sich verpflichtende Vertragspartner hat beim Schuldbeitritt im Gegensatz zur Bürgschaft ein erkennbares eigenes Interesse am Geschäft, das zw. Hauptschuldner und dem Gläubiger geschlossen wurde, und nicht bloss – wie bei der Bürgschaft – ein Sicherungsinteresse an der Erfüllung der Hauptschuld.

(bb) Verpflichtungsgeschäft

Der Beitretende verpflichtet sich gegenüber dem Gläubiger der Hauptforderung, die schuldnerische Leistung zu erbringen, ohne jedoch den Schuldner zu befreien. Dadurch unterscheidet sich der Schuldbeitritt von der befreienden/privaten Schuldübernahme (OR 176).

Wenn im Vertrag explizit von einer solidarischen Haftung die Rede ist, ist ein Schuldbeitritt zu vermuten und die Konversion in eine Bürgschaft unzulässig, wobei auch hier der wahre Wille der Parteien nach dem Vertrauensprinzip zu ermitteln ist. Der Vertrag zw. Gläubiger und Beitretendem ist formfrei gültig.

(cc) Sicherungsgrund

Die Haftung des Beitretenden ist zwar abhängig vom Entstehen der ursprünglichen Schuld. Sie ist jedoch im Gegensatz zur Bürgschaft nicht akzessorisch. Die beiden Verpflichtungen haben ein eigenes rechtliches Schicksal. Der Beitretende macht die Schuld zu seiner eigenen, ohne auch die Vorteile zu übernehmen. Er kann die Einreden und Einwendungen aus dem Verhältnis zw. dem Gläubiger und dem Schuldner nicht geltend machen.

(dd) Belangbarkeit des Beitretenden

Der Beitretende haftet als echter Solidarschuldner neben dem ursprünglichen Schuldner. Das Verhältnis zw. dem Beitretenden und dem Schuldner richtet sich mangels anderweitiger Abrede nach OR 144 ff.

## **D. Vertragsklauseln für den Insolvenzfall in synallagmatischen Verträgen**

### **1. Gesetzliche Regelung (SchKG 211 Abs. 2)**

*a) Das Recht der Konkursverwaltung auf Eintritt in einen Vertrag*

Ob ein Vertrag im Konkursfall Bestand hat oder aufgelöst wird, bestimmt sich zunächst nach dem materiellen Recht (SchKG 211 Abs. 2). Bei gewissen Verträgen sieht das Gesetz den Konkurs einer Vertragspartei als Auflösungsgrund vor (z.B. Schenkung OR 250 Abs. 2, Pachtvertrag OR 297a, Auftrag OR 405 Abs. 1, einfache Gesellschaft OR 545 Abs. 1 Ziff. 3).

Bei Fehlen einer entsprechenden gesetzlichen Grundlage beliebt der Vertrag im Konkursfall bestehen. Der Konkurs gilt zudem nicht als wichtiger Grund für eine ausserordentliche Kündigung.

Nach SchKG 211 Abs. 2 hat die Konkursverwaltung das Recht auf Eintritt in einen Vertrag, wenn dieser noch nicht oder erst teilweise erfüllt worden ist. Nach Eintritt in den Vertrag kann der Vertragspartner Sicherstellung für die Erfüllung verlangen. Diese Bestimmung knüpft an OR 83 Abs. 1 an und verleiht dem Vertragspartner ein Leistungsverweigerungsrecht bis zum Zeitpunkt der Sicherstellung. Bleibt diese aus, kann der Gläubiger gem. OR 83 Abs. 2 vom Vertrag zurücktreten.

Wenn die Konkursverwaltung sich für den Vertragseintritt ausspricht, hat sie den Vertrag so gegen sich gelten zu lassen, wie er zwischen den Parteien abgeschlossen wurde. SchKG 208 und 209 finden keine Anwendung. Befindet sich die Konkursverwaltung mit der Leistungserbringung in Verzug, kann der Vertragspartner aufgrund von OR 102 ff. vorgehen.

*b) Verzicht der Konkursverwaltung auf Vertragseintritt*

Besteht auch kein gesetzlicher Auflösungsgrund, so bleibt diesfalls der Vertrag bestehen. Die solvente Partei kann ihren Erfüllungsanspruch, umgewandelt in eine Geldforderung (SchKG 211 Abs. 1), als Konkursforderung eingeben. Massgebend für die Umwandlung ist ihr Erfüllungsinteresse. Sie kann somit auch einen allfälligen entgangenen Gewinn geltend machen. Als Anspruch ausgeschlossen ist hingegen der Schaden aufgrund der Verspätung, die durch die Konkurseröffnung eingetreten ist.

## 2. Paulanische Anfechtung (SchKG 285 ff.)

### a) Allgemeines

Der Spielraum des Vertragsjuristen bei der Gestaltung von Klauseln für den Konkursfall wird durch den Rechtsbehelf der paulanischen Anfechtung weiter eingeschränkt. Dieser kann vom Gläubiger nur ergriffen werden, wenn er bei einer Pfändung wegen seiner Verluste einen provisorischen oder definitiven Verlustschein erhalten hat. Die Anfechtungsklage richtet sich gegen die Personen, die vom Schuldner in anfechtbarer Weise begünstigt worden sind, sowie deren Rechtsnachfolger und bösgläubige Dritte (SchKG 290 Abs. 1).

Die Anfechtungsklage hat zum Ziel, Vermögenswerte der Zwangsvollstreckung zuzuführen, die dieser durch eine Rechtshandlung gem. SchKG 286 – 288 entzogen worden sind (SchKG 285 Abs. 1). Eine erfolgreiche Anfechtung führt lediglich dazu, dass der Vermögenswert, der erworben worden ist, zurückzuerstatten ist. Die dafür erbrachte Gegenleistung ist zu erstatten, soweit sie sich noch in den Händen des Schuldners befindet oder dieser durch sie bereichert ist (SchKG 291 Abs. 1). Bestand die anfechtbare Rechtshandlung in der Tilgung einer Forderung, so tritt dieselbe mit der Rückerstattung des Empfangenen wieder in Kraft (SchKG 291 Abs. 2).

### b) Arten der paulanischen Anfechtungsklage

Es gibt drei verschiedene Arten der paulanischen Anfechtung: Schenkungsanfechtung (SchKG 286), Überschuldungsanfechtung (SchKG 287) und Absichtsanfechtung (SchKG 288). Sie alle zielen darauf ab, Rechtsgeschäfte rückgängig zu machen, welche die Gläubigerrechte im Konkurs beeinträchtigen, und so der Konkursmasse Vermögen zuzuführen.

#### (aa) Schenkungsanfechtung (SchKG 286)

Hiermit können ausser den üblichen Gelegenheitsgeschenken alle Schenkungen und unentgeltlichen Verfügungen angefochten werden, die der Schuldner innerhalb des letzten Jahres vor der Pfändung oder Konkurseröffnung vorgenommen hat.

#### (bb) Überschuldungsanfechtung (SchKG 287)

Ist der Schuldner überschuldet, besteht die Gefahr, dass einzelne Gläubiger ihn unter Druck setzen und zwingen, bestimmte Rechtshandlungen zu ihren Gunsten vorzunehmen. Dadurch werden regelmässig die übrigen Gläubiger im Falle der Pfändung/Konkurs benachteiligt. Deshalb sind nach SchKG 287 gewisse Rechtshandlungen anfechtbar, wenn:

- (1) der Schuldner sie innerhalb des letzten Jahres vor der Pfändung oder Konkurseröffnung vorgenommen hat.
- (2) Muss er im Zeitpunkt der Vornahme bereits überschuldet gewesen sein; und
- (3) Darf der Begünstigte nicht nachweisen können, dass er die Überschuldung nicht gekannt hat und auch nicht hätte kennen sollen.

#### (cc) Absichtsanfechtung (SchKG 288)

Die Absichtspauliana bezieht sich auf alle Handlungen innerhalb der letzten 5 Jahre, mit denen die Vollstreckungsrechte der Gläubiger beschnitten werden sollen. Neben einer tatsächlichen Schädigung

der Gläubiger muss auch eine Schädigungsabsicht des Schuldners vorliegen, die für den Begünstigten erkennbar war. Der Anfechtungskläger trägt die Beweislast.

### c) *Möglichkeiten des Vertragsjuristen*

Aus all dem lässt sich folgern, dass der Vertragsjurist gewisse Einflussmöglichkeiten hat, um eine Anfechtung der Sicherstellung nach SchKG 287 möglichst zu verhindern:

- Vereinbarung einer Globalzession: Dadurch vergrößert sich die Sicherheit des Zessionars auch während der Verdachtsperiode ohne die Gefahr einer Überschuldungsanfechtung.
- Vereinbarung einer suspensiv bedingten Pflicht zur Sicherstellung in der Grundvereinbarung
- Einfordern einer Sicherheitsleistung gestützt auf OR 83. Die Sicherheitsleistung kann allerdings als solche nicht klageweise durchgesetzt werden.
- Erkundigen beim Betreibungsamt und bei Gläubigern des Schuldner, um den Entlastungsbeweis zu ermöglichen.

## **VI. AGBs und Onlineverträge**

### **A. Die Überprüfung von AGBs**

#### **Was sind AGBs?**

AGBs sind Vertragsklauseln, die vom Anbieter in vorformulierten Texten festgelegt werden, um für eine Vielzahl individueller Geschäfte eine standardisierte Ordnung zu schaffen, welche die gegenseitigen Rechte und Pflichten der Partner im Voraus möglichst präzise festlegt.

#### **Geltungskontrolle:**

Wurden die AGBs rechtswirksam in den Vertrag einbezogen, d.h. mittels Globalübernahme oder Vollübernahme? **Wichtig ist, dass der AGB-verwender den Vertragspartner auf die AGBs vor – spät. aber bei – Vertragsabschluss aufmerksam macht!** Der Zugriff auf die AGBs muss für den Vertragspartner zumutbar sein, d.h. er darf nicht zu grossen Aufwand haben (z.B. AGBs suchen, ausdrucken etc.)

Sofern Individualabreden getroffen wurden, gehen diese den AGB-Bestimmungen **immer** voraus.

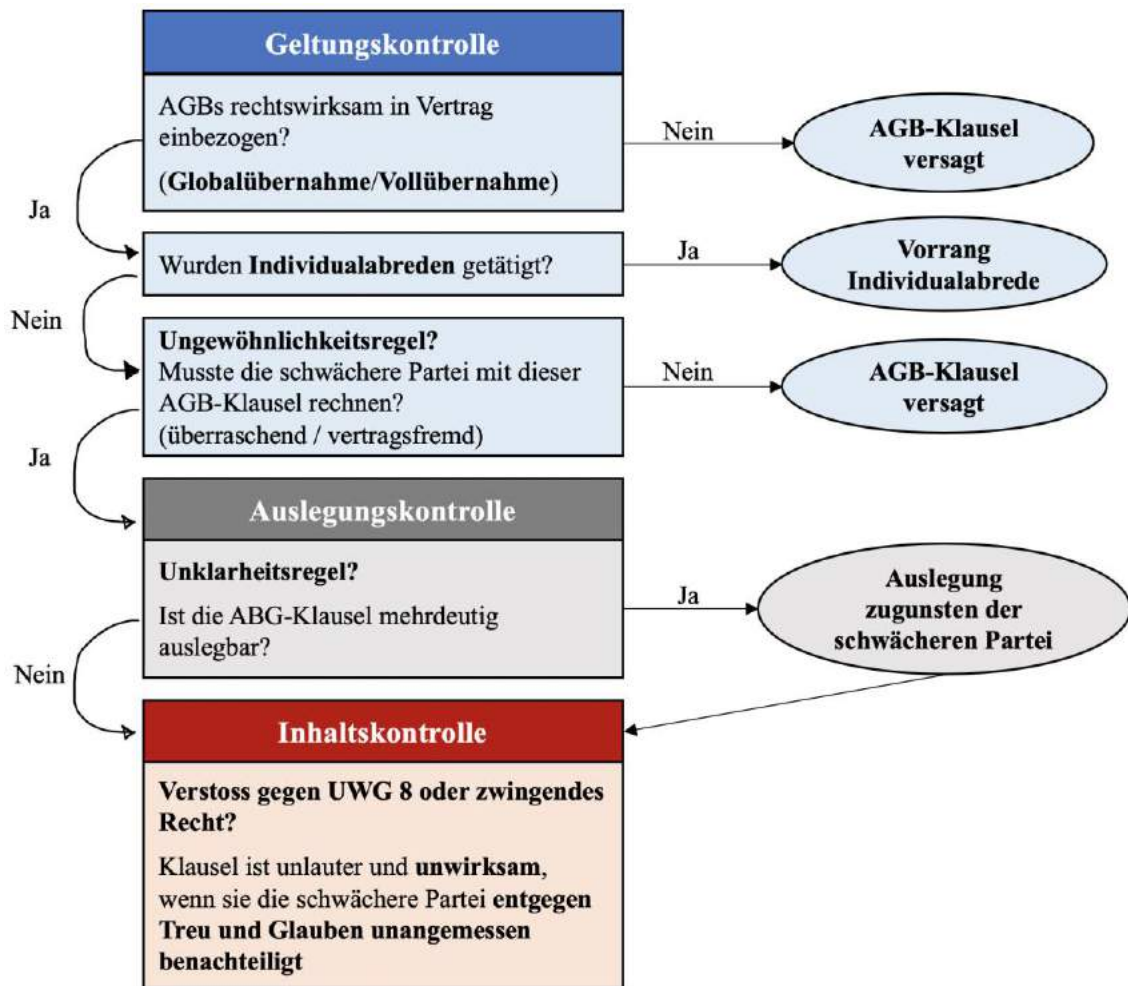
Die **Ungewöhnlichkeitsregel** fragt danach, ob die AGB-Bestimmung für den Vertragspartner überraschen war, d.h. ob er mit dieser Klausel rechnen musste oder nicht. Sofern sie überraschend war, erlangt sie KEINE Gültigkeit und versagt somit.

#### **Auslegungskontrolle:**

AGBs werden grds. gleich ausgelegt wie Vertragsklauseln. Es kommt aber ggf. zur Anwendung der **Unklarheitsregel**: Sofern die AGB-Klausel mehrdeutig ausgelegt werden kann, muss die Variante gewählt werden, welche für den Vertragspartner vorteilhafter ist. Damit will man AGB-Verwender disziplinieren klare und Verständliche AGBs zu schreiben.

#### **Inhaltskontrolle: UWG 8 oder Verstoss gegen zwingendes Recht**

Eine AGB-Klausel ist unlauter und somit unwirksam, wenn sie den Vertragspartner entgegen Treu und Glauben unangemessen benachteiligt oder gegen zwingendes Recht verstösst.



## B. Die Gestaltung von AGB-Klauseln

### 1. Freizeichnungsklauseln (OR 100 f.)

- Haftungsausschluss für Körperschäden ist aufgrund ZGB 27 Abs. 2 unzulässig
- Freizeichnungsklauseln in AGB, die vom dispositiven Recht abweichen, werden sehr eng ausgelegt, wenn sie die Stellung des Kunden verschlechtern.
- Wenn die Freizeichnung der Natur des Geschäfts widerspricht, ist sie ausserdem auch für mittlere und leichte Fahrlässigkeit unzulässig (**Auftragsrecht**). Aber auch bei Aufträgen muss eine Freizeichnung gem. OR 100 f. möglich sein. Treffen die Parteien aber Vereinbarungen über die vertraglich geschuldete Sorgfalt, handelt es sich nicht um Freizeichnungen, sondern um Inhaltsbestimmungen. Diese sind zulässig, sofern sie nicht wegen der Umgehung von OR 100 als missbräuchlich erscheinen.
- Im Kaufrecht bilden OR 192 Abs. 3 und 199 die Grundlage für die Wegbereitung der Rechts- und der Sachgewährleistung. Umstritten ist deren Verhältnis zu OR 100, der eine Haftung für grobe Fahrlässigkeit ausschliesst. Ob die kaufrechtlichen Bestimmungen eine Freizeichnung auch für grobe Fahrlässigkeit erlauben oder sich das Kaufrecht an die Voraussetzung von OR 100 zu halten hat, ist vom BGE bis heute nicht entschieden worden.
- Die Haftung des Geschäftsherrn für seine Hilfspersonen (OR 101) kann wegbedungen werden, dies muss aber in den AGB unmissverständlich formuliert sein.

## 2. Gerichtsstandsklausel

- Der Verzicht auf den ordentlichen Wohnsitzgerichtsstand mittels Globalübernahme von AGB ist grds. unzulässig, da er ungewöhnlich ist. Ein Verzicht darauf ist nur zulässig, wenn der AGB-Verfasser davon ausgehen konnte, dass der andere die Klausel tatsächlich zur Kenntnis genommen, richtig verstanden und ihr zugestimmt hat → Einzelfallbeurteilung: das BGE meint, dabei komme es erheblich darauf an, ob die Klausel an gut sichtbarer Stelle angebracht wurde und deutlich hervortrat (z.B. Fettgedruckt) oder darauf aufmerksam gemacht wurde. Auch spielen die Erfahrung des Verzichtenden eine Rolle.
- ZPO 32-35 sehen (teil-)zwingende Gerichtsstände für Streitigkeiten aus Konsumentenverträgen, für Klagen aus Miete und Pacht unbeweglicher Sachen sowie für arbeitsrechtliche Klagen vor. In solchen Fällen ist eine Gerichtsstandvereinbarung erst nach Entstehung der Streitigkeit möglich.
- ZPO 17 Abs. 2 regelt die Formerfordernisse für Gerichtsstandvereinbarungen → Schrift- oder Textform. Im Gegensatz zur Schriftform ist bei der Textform keine Unterschrift erforderlich, weshalb die Form z.B. auch beim E-Mail-Verkehr gewahrt wird.

## 3. Branchenbezogene AGB

### a) *Allgemeine Verkaufs- und Lieferbedingungen (AVLB)*

Zu regeln sind in AVLB die folgenden Punkte:

- *Allgemeines:*  
Anwendungsbereich; Schriftformerfordernis und ggf. Abwehrklauseln = Klauseln, welche die AGB der Gegenpartei unter Vorbehalt einer abweichenden schriftlichen Vereinbarung für unbeachtlich erklären.
- *Vertragsschluss der später zu schliessenden Einzelverträgen*  
Formerfordernisse von Offerte und Annahme, Zeitdauer der Gültigkeit der Offerte
- *Preise*  
Was ist im Preis inbegriffen und v.a. was nicht? Nebenkosten wie z.B. Kosten für Fracht, Verpackung, Versicherung, Zölle etc.
- *Zahlungsbedingungen;*  
Zahlungsfrist, Zahlungsort, Regelung über den Zahlungsverzug und Verzugszins (kann höher als vom Gesetz vorgesehen sein).
- *Lieferung und Abnahme*  
Lieferfristen; Gründe für die angemessene Verlängerung von Lieferfristen; Wegbedingung der Haftung für den Verspätungsschaden nach OR 104 bei verspäteter Lieferung durch den Veräusserer; Üblich ist auch, die Annahme der Kaufsache durch den Käufer zu einer Rechtspflicht und nicht einer blossen Obliegenheit zu machen; Regelung bzgl. Rügeobligationen, Rügefrist z.B. 5 Tage.
- *Eigentumsvorbehalt (ZGB 715)*
- *Gefahrtragung*

- *Gewährleistung*

Oft sehen AVLB anstelle der gesetzlichen Gewährleistungsansprüche (Wandelung, Minderung oder Ersatzlieferung gem. OR 205 f.) ein Nachbesserungsrecht vor. Denkbar ist auch die Beschränkung der Gewährleistungsansprüche auf eine Ersatzlieferung; Frist für die Geltendmachung der Gewährleistung kann in Abweichung vom Gesetz kürzer angesetzt werden. ALVB gehen häufig davon aus, dass OR 199 lex specialis zu OR 100 ist und enthalten daher eine Wegbedingung der Haftung auch für grobe Fahrlässigkeit → NICHT zu empfehlen.

- *Gerichtsstand und anwendbares Recht*

b) *Allgemeine Versicherungsbedingungen (AVB)*

AVB regeln auch den Umfang der Versicherungsleistungen und damit den eigentlichen Geschäftskern. In der Versicherungspolice werden v.a. die Leistungen der Versicherung aufgeführt. Demgegenüber sind Ausschlussklauseln i.d.R. bloss in den AVB oder in den ihnen vorgehenden BVB (Besondere Versicherungsbedingungen) enthalten.

Versicherungsunternehmen müssen der FINMA mit einem Bewilligungsgesuch ihre AVB einreichen, welche in der CH bei der Versicherung von sämtlichen Risiken in der beruflichen Vorsorge und in der Zusatzversicherung zur sozialen Krankenversicherung verwendet werden (VAG 4 Abs. 2 lit. r).

Im Übrigen werden AVB oft erst nachträglich, d.h. im Rahmen eines Gerichtsverfahrens überprüft. Die meisten Versicherten verzichten aber auf ein gerichtliches Verfahren. Deshalb können die Versicherungen in der Praxis regelmässig unangemessene AVB durchsetzen, zumindest bis es tatsächlich zu einem Gerichtsverfahren kommt. Das Gericht kann sodann nur einzelne Klauseln mit Wirkung für den Einzelfall prüfen. Eine kleine Abhilfe – aber ohne Entscheidungskompetenz – bilden die Versicherungs-Ombudsstellen.

**Spezielle Regeln im VVG zur Kontrolle von AVB:**

- **Art. 3<sup>1</sup> Informationspflicht des Versicherers**  
Informationspflicht des Versicherers  
<sup>1</sup> Der Versicherer muss den Versicherungsnehmer vor Abschluss des Versicherungsvertrages verständlich über die Identität des Versicherers und den wesentlichen Inhalt des Versicherungsvertrages informieren. Er muss informieren über:

→ Vorvertragliche Aufklärungspflicht der Versicherung

- **Art. 3a<sup>1</sup> Verletzung der Informationspflicht**  
Verletzung der Informationspflicht  
<sup>1</sup> Hat der Versicherer die Informationspflicht nach Artikel 3 verletzt, so ist der Versicherungsnehmer berechtigt, den Versicherungsvertrag durch schriftliche Erklärung zu kündigen. Die Kündigung wird mit Zugang beim Versicherer wirksam.  
<sup>2</sup> Das Kündigungsrecht erlischt vier Wochen, nachdem der Versicherungsnehmer von der Pflichtverletzung und den Informationen nach Artikel 3 Kenntnis erhalten hat, jedenfalls spätestens ein Jahr nach der Pflichtverletzung.

→ erleichterte Kündigung bei Verletzung der Informationspflicht

→ Tatsächliche Übergabepflicht der Versicherung

- **Art. 33 Umfang der Gefahr**  
Umfang der Gefahr  
Soweit dieses Gesetz nicht anders bestimmt, haftet der Versicherer für alle Ereignisse, welche die Merkmale der Gefahr, gegen deren Folgen Versicherung genommen wurde, an sich tragen, es sei denn, dass der Vertrag einzelne Ereignisse in bestimmter, unzweideutiger Fassung von der Versicherung ausschliesst.

→ Unklarheitsregel gilt auch für AVB, Art. 33 enthält einen ausformulierten Anwendungsfall.

c) *Allgemeine Vertrags- und Reisebedingungen (AVRB)*

In diesem Bereich hat der Gesetzgeber dem Schutzbedürfnis der Konsumenten Rechnung getragen und das PauRG erlassen. Die Bestimmungen des PauRG sind einseitig zwingend, wo nicht ausdrücklich etwas anderes vorgesehen ist (Art. 19). Es kann somit auf diese Bestimmungen verwiesen werden.

## **C. Besonderheiten des elektronischen Geschäftsverkehrs**

### **1. Veränderung der gesetzlichen Grundlagen**

Der Bundesrat hatte einen Vorentwurf zu einem Bundesgesetz über den elektronischen Geschäftsverkehr ausgearbeitet. Ziel war die Verbesserung des Konsumentenschutzes und eine Angleichung der Rechtslage an die EU. Die Umsetzung fand allerdings aus verschiedenen Gründen nicht statt. Aber es gab dennoch Neuerungen:

#### *Elektronische Signatur*

Am 1. Januar 2005 trat das ZertES in Kraft. Gleichzeitig trat auch ein neuer Art. 14 Abs. 2<sup>bis</sup> OR in Kraft, wonach der eigenhändigen Unterschrift die qualifizierte elektronische Signatur gleichgestellt ist, wenn sie auf einem qualifizierten Zertifikat eines anerkannten Anbieters von Zertifizierungsdiensten i.S. des ZertES beruht. Die elektronische Signatur hat trotz ihrer Bezeichnung nichts mit einer Unterschrift zu tun. Es handelt sich um ein kryptographisches Verfahren.

Die Gleichstellung der elektronischen Signatur mit der eigenhändigen Unterschrift mag unter vielen Gesichtspunkten wünschenswert sein, sie bringt jedoch auch Probleme mit sich. So kann sie die durch das Schriftformerfordernis bewirkte Warnfunktion nicht übernehmen. Ausserdem besteht die Gefahr des Missbrauchs: Ein Dritter kann dem Inhaber den privaten Schlüssel entwenden, indem er sich Zugang zum PW verschafft.

OR 59a sieht für solche Fälle eine Haftung des Schlüsselinhabers vor, wenn dieser nicht glaubhaft darlegen kann, dass er die nach den Umständen notwendigen und zumutbaren Sicherheitsvorkehrungen getroffen hat, um den Missbrauch des Schlüssels zu verhindern.

### **2. Besonderheiten des Vertragsabschlusses im Internet**

Meist erfolgt die Vertragsanbahnung durch Ausfüllen eines Online-Formulars bzw. Abschicken einer Online-Bestellung, weshalb die Bestimmungen zum Vertragsschluss unter Abwesenden zur Anwendung kommen.

Wird aber mittels direkter Rede und Gegenrede (z.B. Chatforum oder Internettelefonie) kommuniziert, handelt es sich im Zweifel um einen Vertragsschluss unter Anwesenden. Die Annahme muss dabei grds. sogleich erfolgen (OR 4).

Geht es um die Anpreisung «gewöhnlicher» Waren und Dienstleistungen, ist davon auszugehen, dass es sich um eine blosser Einladung zur Offertenstellung handelt, weil der Anbieter im Netz die Bestellmenge nicht vorhersehen und nur liefern kann, wenn genügend Ware auf Vorrat ist. Zur Sicherheit kann er sich den Entscheid über den Vertragsschluss ausdrücklich vorbehalten.

Digitale Produkte (z.B. Software, E-Book etc.) sind unbegrenzt vervielfältigbar, weshalb kein Grund besteht, bei ihnen von einer blossen Einladung zur Offertenstellung auszugehen.

a) *Informationspflichten des Anbieters im elektronischen Geschäftsverkehr*

Unbestritten ist, dass eine Willensäusserung durch einen einfachen Mausklick möglich ist; der Vertrag kommt aufgrund des Vertrauensprinzips zustande, wenn der Mausklick bei digitalen Produkten und Dienstleistungen als Annahme verstanden werden durfte. Der Nachweis eines Irrtums ist aber für den Konsumenten schwierig, weshalb der Gesetzgeber UWG 3 Abs. 1 lit. s ins Leben gerufen hat:

<p><b>Unlauter handelt insbesondere wer:</b></p> <p>s.<sup>10</sup> Waren, Werke oder Leistungen im elektronischen Geschäftsverkehr anbietet und es dabei unterlässt:</p> <ol style="list-style-type: none"><li>1. klare und vollständige Angaben über seine Identität und seine Kontaktadresse einschliesslich derjenigen der elektronischen Post zu machen,</li><li>2. auf die einzelnen technischen Schritte, die zu einem Vertragsabschluss führen, hinzuweisen,</li><li>3. angemessene technische Mittel zur Verfügung zu stellen, mit denen Eingabefehler vor Abgabe der Bestellung erkannt und korrigiert werden können,</li><li>4. die Bestellung des Kunden unverzüglich auf elektronischem Wege zu bestätigen;</li></ol>	<p><b>Impressumspflicht</b></p> <p>In ein Impressum gehören zwingend die Firmenbezeichnung, die Adresse, die Tel.-Nummer und auch die E-Mailadresse – ein Online-Formular genügt nicht). Das Impressum sollte dort angebracht werden, wo es der Konsument am ehesten vermutet, v.a. aber an einer Stelle, die auf der Webseite jederzeit zugänglich ist.</p>
--	--

Der Konsument muss auf die einzelnen technischen Schritte, die zu einem Vertragsabschluss führen, hingewiesen werden; er muss sich also stets bewusst sein, in welchem Stadium er sich befindet. Dies kann mithilfe von Buttons wie «zur Kasse», «kostenpflichtig bestellen» verwirklicht werden.

Ein Sonderfall stellen die In-App-Käufe dar, bei welchen die Zahlungsinformationen oft bereits im App abgelegt sind und der Konsument teilweise mit nur einem Klick einen Kauf vornimmt. In der Lehre wird hier die Meinung vertreten, dass ein einziger Bestellbutton nicht genügt, sondern dass der Konsument noch einmal ausdrücklich seine Bestellung mittels elektronischer Rückfrage zu bestätigen hat.

Weiter muss der Anbieter angemessene technische Mittel zur Verfügung stellen, mit denen Eingabefehler vor Abgabe der Bestellung erkannt und korrigiert werden können → Bestellübersicht und Option der Änderung anbieten. Schliesslich muss unverzüglich und auf dem elektronischen Wege eine Bestätigung der Bestellung versendet werden.

***Folgen bei Nichtbeachtung von UWG 3 Abs. 1 lit. s:***

Was die zivilrechtlichen Folgen für den Vertrag selbst sind, beantwortet das UWG nicht. In der Lehre wird die Meinung vertreten, dass ein Verstoß gegen die genannte Bestimmung *keine* Nichtigkeit des Vertrages zur Folge hat. Allgemeine Ungültigkeitsgründe wie z.B. Irrtum, absichtliche Täuschung oder Übervorteilung können natürlich auch hier geltend gemacht werden.

***Worauf ist weiter zu achten?***

Es muss zusätzlich das Recht derjenigen Staaten berücksichtigt werden, in denen der Anbieter den nationalen Markt der Konsumenten aktiv bearbeitet und seine im Internet angebotenen Leistungen erbringt. Dabei stehen die Verbraucherrechte-Richtlinie und die E-Commerce-Richtlinie im Vordergrund, welche beide weitgehende Aufklärungs- und Informationspflichten der Online-Anbieter vorsehen.

## b) Einbezug von AGB

Der Verwender hat v.a. folgende Punkte zu beachten:

- Anforderungen an einen gültigen Einbezug der AGB sind im Online-Geschäft höher; als Minimum braucht es deshalb einen deutlichen Hinweis auf die AGB auf dem Bildschirm vor Vertragsschluss
- Die Einblendung der AGB genügt allerdings nur, wenn sie der Konsument problemlos herunterladen und speichern kann. Der Einbezug kann also durch automatische Aufrufe sog. Pop-Up-Fenster oder durch Verweis auf einen klar hervorgehobenen Hyperlink.
- Beim Vertragsschluss per E-Mail die AGB mit der Offerte als Anhang mitschicken
- ABG klar, ausgewogen und möglichst kurz gestalten
- Überblickbarkeit der AGB durch Scroll-Funktion gewährleisten
- Fehlt die Möglichkeit der zumutbaren Kenntnisnahme durch den Konsumenten, werden die AGB nicht Vertragsbestandteil. Ein nachträglicher Einbezug ist eine Vertragsveränderung und bedarf der ausdrücklichen Zustimmung des Vertragspartners. Bei Stillschweigen kommen die Grundsätze von OR 6 zur Anwendung (Stillschweigen gilt nur ausnahmsweise als Zustimmung).

## 3. Formvorschriften für den Vertragsschluss

Wichtig ist diese Frage im Zusammenhang mit der Vollstreckung von Geldforderungen aus Verträgen, die nicht erfüllt werden. Das gegenüber dem ordentlichen Prozessweg erleichterte Betreibungsverfahren bringt den Gläubiger nur bei Vorliegen eines provisorischen oder definitiven Rechtsöffnungstitels ans Ziel. So wird die provisorische Rechtsöffnung gem. Art. 82 Abs. 1 SchKG nur dann erteilt, wenn ein Gläubiger über eine durch Unterschrift bekräftigte Schuldanerkennung verfügt.

Die Anforderungen an die Unterschrift richten sich nach den Vorschriften von **OR 14**:

<p><sup>1</sup> Die Unterschrift ist eigenhändig zu schreiben.</p> <p><sup>2</sup> Eine Nachbildung der eigenhändigen Schrift auf mechanischem Wege wird nur da als genügend anerkannt, wo deren Gebrauch im Verkehr üblich ist, insbesondere wo es sich um die Unterschrift auf Wertpapieren handelt, die in grosser Zahl ausgegeben werden.</p> <p><sup>2bis</sup> Der eigenhändigen Unterschrift gleichgestellt ist die mit einem qualifizierten Zeitstempel verbundene qualifizierte elektronische Signatur gemäss Bundesgesetz vom 18. März 2016<sup>1</sup> über die elektronische Signatur. Abweichende gesetzliche oder vertragliche Regelungen bleiben vorbehalten.<sup>2</sup></p> <p><sup>3</sup> Für den Blinden ist die Unterschrift nur dann verbindlich, wenn sie beglaubigt ist, oder wenn nachgewiesen wird, dass er zur Zeit der Unterzeichnung den Inhalt der Urkunde gekannt hat.</p>
---

Bei elektronisch abgeschlossenen Verträgen liegt daher regelmässig kein provisorischer Rechtsöffnungstitel vor und der Gläubiger muss den ordentlichen Prozessweg gehen. Nur wenn eine qualifizierte elektronische Signatur besteht, steht der Weg über SchKG 82 Abs. 1 offen.

## 4. Haftung des Anbieters von Informationen im Internet

### a) Haftung für eigne Inhalte des Website-Betreibers

Ein Vertragsverhältnis zw. User und Betreiber wird beim unentgeltlichen Zugang zu Informationen nur grds. nicht angenommen. Voraussetzung einer vertraglichen Beziehung ist ein Rechtsbindungswille der Parteien. Ob ein solcher vorliegt, entscheidet sich nach den Umständen des Einzelfalls.

### ***Vertragliche Haftung***

Betreiber, die den Download von Informationen von einem **Entgelt** abhängig machen, haften nach den allg. Haftungsgrundsätzen im Vertragsrecht dann, wenn nach den oben beschriebenen Grundsätzen ein Vertrag mit dem User zustande kommt.

Bei Unentgeltlichkeit ist nicht per se auszuschliessen, dass ein Vertrag vorliegt – ein Rechtsbindungswille wird i.d.R. aber kaum vorliegen. Allerdings ist die Haftung bei unentgeltlichen Verträgen in Anwendung von OR 99 Abs. 2 milder zu beurteilen. Bei Vorliegen eines Vertrages haftet der Website-Betreiber seinem Vertragspartner aufgrund der allgemeinen vertraglichen Treupflicht (als Nebenpflicht) für einen möglichst sichere Nutzung der Website.

#### *Wegbedingung der vertraglichen Haftung?*

Sie kann nur wegbedungen werden, wenn die Parteien die Freizeichnung zum Vertragsbestandteil gemacht haben und sofern die Grenzen des Art. 100 OR eingehalten werden.

### ***Ausservertragliche Haftung (fehlender Rechtsbindungswille)***

Wer Rat und Auskunft erteilt, muss dies auch ohne vertragliche Grundlage wahrheitsgetreu tun, sofern:

- er kraft seiner Stellung besonderen Einblick in die betreffenden Gebiete hat,
- erkennbar war, dass die Antwort für den Anfragenden von folgenschwerer Bedeutung ist oder sein kann

Schadenersatzpflichtig wird nach Rechtsprechung, wer:

- aufgrund seines Fachwissens in Anspruch genommen wird,
- wunschgemäss Rat und Auskunft erteilt oder Gefälligkeitshandlungen erbringt **und** dabei
- wider besseren Wissens oder leichtfertig unrichtige Angaben macht oder ihm bekannte und für den Entscheid wesentliche Tatsachen verschweigt.

Gerade bei Websites, die sich mit dem Thema Gesundheit und Krankheit auseinandersetzen, ist eine solche Haftung denkbar.

#### *Wegbedingung der ausservertraglichen Haftung*

Dies wird meist in Form eines Disclaimers versucht ist aber grds. nicht möglich, sodass die Haftung nicht abbedungen werden kann. Eine Freizeichnung ist höchstens denkbar, wenn der User VOR Nutzung der Website derart auf die Gefahr aufmerksam gemacht wird, dass er als ausdrücklich und umfassend über die Gefahren aufgeklärt gilt.

Dies entbindet ihn zwar nicht, die grundlegenden Sicherheitsstandards zu erfüllen. Immerhin kann es aber dazu führen, dass ein allfälliger Schadenersatzanspruch wegen Selbstverschuldens herabzusetzen ist.

Bei der Haftung für Rat und Auskunft für Informationen, die sich auf der Website befinden, kann sich der Auskunft Erteilende NICHT von der Haftung befreien, indem er auf der Website darauf hinweist, dass die Angaben auch falsch sein könnten.

### ***Disclaimer als Benutzungsordnung***

In Bezug auf die Wirksamkeit gegenüber Nutzern ist es wichtig, dass der Disclaimer diesen VOR dem Benutzen der Website zur Kenntnis gebracht wird. Der Nutzer sollte nur dadurch auf die Seite gelangen können, dass er sich ausdrücklich mit dem Disclaimer einverstanden erklärt. Auf diese Weise kann der Betreiber nach T&G davon ausgehen, dass der Nutzer den Disclaimer akzeptiert hat.

## *b) Haftung für user generated content*

Der Website-Betreiber haftet auch für nicht von ihm selbst erstellte Inhalte auf seiner Website, wenn er den Anschein erweckt, dass es sich bei den Inhalten um selbst erstellte handelt. Gerade bei Inhalten, die via Link oder Frame auf der eigenen Website erscheinen, ist diese Definition von Relevanz. Nicht von ihm, sondern von Usern erstellte und auf der Seite des Betreibers gestellte Inhalte fallen daher nicht darunter.

Rechtlich stellt sich die Frage, ob die Anbieter von Plattformen für user generated contents haften, wenn diese die Rechte Dritter verletzen. Im zivilrechtlichen Bereich setzen sich betroffene Dritte v.a. mittels Unterlassungs- und Beseitigungsklagen gegen bestehende Verletzungshandlungen zu Wehr. Denkbar sind aber auch Schadenersatzansprüche gestützt auf die ausservertragliche Haftungsgrundlage gem. OR 41 ff., wobei sich die Frage der Haftung v.a. bei der Diskussion des Vorliegens eines Verschuldens entscheidet. Der Betreiber sollte immer klarstellen, dass fremde Inhalte auch klar als solche qualifiziert werden können.

Wichtig ist v.a. der Hinweis, dass die User sämtliche Rechte an den hochgeladenen Inhalten innehaben müssen. Überdies sollte klargestellt werden, dass sämtliche diskriminierende und rechtsverletzende Inhalte nicht hochgeladen werden dürfen.

## **5. Gerichtsstands- und Rechtswahlklauseln bei grenzüberschreitenden Online-Geschäften**

Bei Internetverträgen weiss der Anbieter i.d.R. nicht, ob es sich beim Kunden um einen Konsumenten handelt. Bei der Gestaltung von AGB im Internet ist aufgrund des Gebots der Sicherheit deshalb von einem B2C-Geschäft auszugehen.

Die Internationalität zwingt den Vertragsjuristen, sowohl das internationale Privatrecht als auch das materielle Konsumentenrecht derjenigen Staaten in seine Überlegungen mit einzubeziehen, in welchen eine Geschäftstätigkeit geplant ist oder zumindest nicht ausgeschlossen werden kann.

Die Frage der internationalen Zuständigkeit bestimmt sich im Geschäftsverkehr mit dem EU-Ausland nach dem LugÜ. Art. 16 LugÜ enthält spezielle Zuständigkeitsregeln für Verbraucher, von denen erst nach Entstehung der Streitigkeit abgewichen werden darf. Dies bedeutet: Handelt es sich bei einem Internet-Geschäft um eine Verbrauchersache i.S.v. LugÜ 15 ist eine in den AGB vorgesehene Gerichtsstandsvereinbarung ungültig, und eine Klage gegen den Verbraucher kann grds. nur in dessen Wohnsitzstaat erhoben werden (LugÜ 16 Ziff. 2). Es ist folglich zentral, ob ein Verbrauchergeschäft nach LugÜ 15 Ziff. 1 lit. c vorliegt.

IPRG 114 Abs. 1 sieht für Klagen eines Konsumenten aus einem Konsumentenvertrag gem. IPRG 120 Abs. 1 einen Gerichtsstand an dessen Wohnsitz oder Aufenthaltsort vor. Der Konsument kann darauf nicht im Voraus verzichten (IPRG 114).

### **Formerfordernis**

Gem. LugÜ 23 Abs. 2 sind elektronische Übermittlungen, die eine dauerhafte Aufzeichnung der Vereinbarung ermöglichen, der Schriftform gleichgestellt. IPRG 5 Abs. 1 Satz 2 hingegen stellt etwas andere Anforderungen an die Vereinbarung der Gerichtsstandsklausel. Solange sich die Vereinbarung auf beiden Seiten jederzeit ausdrucken lässt, sollten aber auch die Anforderungen des IPRG erfüllt sein.

### **Zulässigkeit der Rechtswahl**

Bei einer gültigen Gerichtsstandsklausel in der CH ist von IPRG 120 Abs. 1 lit. b auszugehen. Diese Grundsätze können jedoch nicht einfach analog auf Werbung und Angebote im Internet übertragen werden.

Ein über das Internet abgewickelter Konsumentengeschäft liegt vor, wenn der Anbieter mit seiner Webseite Konsumenten eines nationalen Markts bzw. eines bestimmten Marktsegments ansprechen will. Entscheidend ist der auf der Website zum Ausdruck kommende Kontrahierungswille des Anbieters.

Von einem Kontrahierungswillen ist auszugehen, wenn der Anbieter diesen Markt auch mit anderen Medien als im Internet aktiv bewirbt. Weitere Kriterien können auch die Sprache oder Währungsangaben auf der Website sein.

### **Fazit**

Bei der Aufnahme von Gerichtsstands- und Rechtswahlklauseln in Online-AGB müssen also folgende Grundsätze beachtet werden:

- Eine Gerichtsstandsklausel zulasten des Konsumenten ist immer unzulässig (LugÜ 16 i.V.m. 17 / IPRG 114)
- Eine Rechtswahlklausel im Konsumentenbereich ist unzulässig, wenn der Betreiber mit seiner Website Konsumenten eines internationalen Markts ansprechen will (IPRG 120 Abs. 1 lit. b) oder wenn Art. 120 Abs. 1 lit. c erfüllt ist.

## **VII. Internationales Joint Venture im Technologiebereich**

### **A. Allgemeines**

Ziel solcher Vertragsgestaltungen ist in den meisten Fällen eine massgeschneiderte und detaillierte Lösung zu finden, die:

- Den vielen Variablen im internationalen Wirtschaftsverkehr so weit wie möglich Rechnung trägt.
- Als Checkliste für die Vertragsabwicklung dienen kann,
- Eine wirksame Grundlage für die Durchsetzung des Vertrags im Falle von Auseinandersetzungen sicherstellt.

### **B. Vertragsgestaltung**

#### **1. Informationsbeschaffung**

Bei einem internationalen Joint Venture sind die Essentialia negotii etwa die Vertragsparteien, der Gegenstand ihrer Zusammenarbeit und die sich daraus ergebenden hauptsächlichen Rechte und Pflichten. Hinzukommen wichtige Informationen über das zwingende Recht der verschiedenen involvierten Rechtsordnungen und zwar in materieller sowie prozessualer Hinsicht, und nicht zuletzt auch hinsichtlich der möglichen anwendbaren Kollisionsrechte. All dies ist Teil der Sorgfaltspflicht eines Vertragsjuristen.

## 2. Vertragsentwurf

1. Einleitung
  - a. Ausführliche Präambel
  - b. Beschreibung der Parteien
2. Hauptteil
  - a. Umschreibung des Vertragsgegenstandes
  - b. Haupt- und Nebenpflichten und -rechte der Beteiligten
  - c. Vorschriften über Gewährleistung, Haftung, Leistungsstörungen, namentlich Verzug und Rückabwicklung
  - d. Vorschriften über Teilnichtigkeit (salvatorische Klauseln)
3. Schlussbestimmungen
  - a. Form des Vertrages und seiner Änderungen
  - b. Anwendbares Recht (Rechtswahl)
  - c. Gerichtsstand oder Schiedsgerichtsbarkeit

## 3. Umsetzung der Planungsziele

### a) *Konfliktvermeidung*

Bei komplexen grenzüberschreitenden Transaktionen lassen sich Konflikte am ehesten vermeiden, wenn der Vertrag eine möglichst genaue Beschreibung dessen enthält, wer die Parteien sind, was sie wollen, wie sie vorzugehen gedenken, was im Falle einer Vertragsverletzung gelten soll und wie die Beendigung der Zusammenarbeit ausgestaltet ist.

### b) *Konfliktlösung*

#### (aa) Besonderheiten der Schiedsgerichtsbarkeit gegenüber der staatlichen Gerichtsbarkeit

Ein Schiedsgericht ist ein privates und kein staatliches Gericht. Entsprechend weist es gegenüber der staatlichen Gerichtsbarkeit folgende Besonderheiten auf:

- *Auswahl der Schiedsrichter durch Streitparteien*  
Die Schiedsrichter werden i.d.R. durch die Streitparteien ausgewählt
- *Besondere Sachkunde*  
Schiedsrichter sollten im Hinblick auf den jeweiligen Streitfall besonders sachkundig sein und z.B. besondere Rechts-, Sach- und Sprachkenntnisse aufweisen.
- *Vertraulichkeit*  
Es dringen z.B. keine Geschäftsgeheimnisse an die Öffentlichkeit, und auch der Schiedsspruch wird i.d.R. nicht publiziert.
- *Meist kürzere Dauer*  
Dadurch, dass es i.d.R. keine ordentlichen Rechtsmittel gegen einen Schiedsspruch gibt, dauern Schiedsverfahren oft nicht so lange wie staatliche Verfahren.
- *Nachteil: Begrenzte Kompetenzen*

Schiedsgerichte können keine Hoheitsgewalt ausüben, also z.B. weder den Schiedsspruch vollstrecken noch vorsorgliche Massnahmen durchsetzen. Dazu muss man zum staatlichen Gericht.

- *Kosten*

Die eigne Partei muss über die Kosten eines Schiedsverfahrens aufgeklärt werden. Diese können v.a. bei hohen Streitwerten bedeutend höher ausfallen als ein vergleichbares Verfahren vor einem Staatlichen Gericht

- *Vollstreckung wie ein Urteil*

Der Schiedsspruch ist zwar ein Urteil von Privatpersonen, dennoch wird er in den meisten Ländern dank des NYÜ gerichtlich anerkannt und vollstreckt.

(bb) Arten der Schiedsgerichtsbarkeit

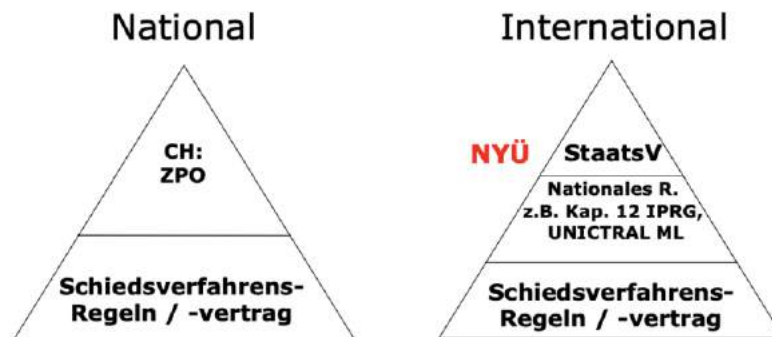
*Institutionelle Schiedsgerichtsbarkeit* (z.B. ICC, LCIA etc.)

Diese Institutionen haben eigene Verfahrensregeln. Im Falle des Entstehens einer Streitigkeit wird ein Schiedsantrag an die gewählte Institution gerichtet, die im Folgenden das Verfahren leitet, also z.B. die Parteien zur Benennung eines Schiedsrichters auffordert und Fristen setzt.

*Ad-hoc Schiedsgerichtsbarkeit*

Hier vereinbaren die Parteien alles selbst ohne Bezug auf eine Institution. Es kann z.B. die UNICITRAL Arbitration Rules Bezug genommen werden. Die Parteien einigen sich entweder im Voraus oder nachträglich über die Besetzung des Schiedsgerichts.

(cc) Rechtsquellen der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit



***Unterschiedliche Regelungen für nationale und internationale Schiedsverfahren***

Die nationale Schiedsgerichtsbarkeit ist in Art. 353 ff. ZPO, die internationale in Art. 176 ff. IPRG geregelt. Gem. Art. 353 Abs. 2 ZPO können die Parteien durch ausdrückliche Erklärung auch für ein nationales Schiedsverfahren die Anwendung der Bestimmungen des IPRG vereinbaren und dadurch die Bestimmungen der ZPO wegbedingen. Dies hat auch Auswirkungen auf den Rechtsmittelweg. Dies Erklärung muss schriftlich oder in einer anderen Form erfolgen, die den Nachweis durch Text ermöglicht (Art. 353 Abs. 2 i.V.m. Art. 358 ZPO).

***NYÜ***

Es regelt die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche, enthält aber auch Anforderungen z.B. an die Form von Schiedsklauseln.

***Nationale Schiedsverfahrensrechte***

In der CH ist das internationale Schiedsverfahrensrecht, in den Art. 176 ff. IPRG geregelt.

### ***Das UNICITRAL-Modellgesetz***

Hat das Schiedsgericht seinen Sitz in einem anderen Staat, ist ein anderes nationales Schiedsverfahrensrecht anzuwenden. Im Hinblick auf die Schiedsverfahrensrechte anderer Staaten ist auf das UNICITRAL Model Law on International Commercial Arbitration von 1985 hinzuweisen. Es hat keine Gesetzeskraft, aber hat die Gesetzgebung vieler Staaten beeinflusst.

### ***Nicht staatliche Normen (z.B. ICC)***

Es handelt sich dabei um einen Normenkomplex unterhalb der Ebene des staatlichen Rechts. Diese Verfahrensregeln finden in den Grenzen des zwingenden Rechts und der Schiedsvereinbarung der Parteien Anwendung, wenn sie von den Parteien ausdrücklich gewählt wurden.

### ***Swiss Rules of Arbitration***

Seit 1. Juni 2012 sind die einheitlichen Swiss Rules of Arbitration in Kraft.

#### **(dd) Anerkennung und Vollstreckung des Schiedsspruchs**

Schiedssprüche müssen, bevor sie vollstreckt werden können, von einem Gericht für vollstreckbar erklärt werden. Das NYÜ regelt die möglichen Gründe für eine Ablehnung der Anerkennung und Vollstreckung eines ausländischen Schiedsspruchs in Art. V.

Mögliche Ablehnungsgründe sind z.B. eine unwirksame Schiedsvereinbarung, fehlendes rechtliches Gehör oder eine fehlerhafte Zusammensetzung des Schiedsgerichts.

#### ***c) Gebot der Durchsetzbarkeit***

Die Vereinbarung eines Gerichtsstands oder der Zuständigkeit eines Schiedsgerichts verbessert im Auslandsgeschäft die Rechtssicherheit im Hinblick auf die Durchsetzung vertraglicher Ansprüche.

#### ***d) Regelung des Insolvenzfalles***

Innerhalb der EU gilt seit dem Jahre 2002 die europäische Insolvenzverordnung, die als Grundsatz vorschreibt, dass überall in der EU ein in einem Mitgliedstaat eröffnetes Insolvenzverfahren anzuerkennen ist.

#### ***e) Organisations- und Steueroptimierung***

Um eine Zusammenarbeit im Ausland optimal zu organisieren, empfiehlt es sich oft die Errichtung einer gemeinsamen juristischen Person, häufig einer AG in Form eines Joint-Venture. Bei der Errichtung sind neben den Gründungsmodalitäten auch die Mehrheits- und Vertretungsverhältnisse zu regeln. Dieser Teil des Joint-Ventures-Vertrags ist also in aller Regel ein Aktionärsbindungsvertrag.

## **VIII. Fragen zur Gerichtsstandsklausel (ZPO 17/ IPRG 5)**

Im Generalunternehmervertrag ist die folgende Gerichtsstandsvereinbarung vorhanden: Investor hat Sitz in Basel, der GU in Luzern und der Gerichtsstand ist in Basel.

Subunternehmer hat seinen Werklohn nicht bezahlt gekriegt und will nun ein Bauhandwerkerpfandrecht; Wo klagt er? --> Sachenrecht ZPO 29, dies wäre somit am Ort der Baustelle.

Investor klagt gegen den GU wegen Mängel des Bauwerkes, der GU meint dies sei berechtigt, aber er sei nicht schuld, sondern Subunternehmer X --> Streitverkündigungsklage ZPO 16 --> Der GU, der verklagt wird, kann die Klage an den Subunternehmer weiterleiten.