



# 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.

## Kapitel 1: Einführung in die Vertragsgestaltung

Grobe Gliederung der Vertragsgestaltungsstadien:

1. Informationsbeschaffung
2. Vertragsentwürfe
3. Rechtsanwendung
4. Umsetzung der Planungsziele
5. Vertragsverhandlungen
6. Ausfertigen des Vertrages

Der Vertragsjurist versucht, den Vertrag hinsichtlich des Eintritts der zukünftig erwünschten rechtlichen Wirkungen zu formulieren, er formuliert zumeist eine vom Gesetzestext abweichende vertragliche Regelung und beruft sich nur in Ausnahmefällen auf das dispositive Recht. Die Vertragsgestaltung kann unterschieden werden in die Erfüllungsplanung (hier geht es um die Verwirklichung der Sachziele der Parteien) und in die Risikoplanung (hier steht die Vorbeugung möglicher einzutretender Risiken bei nicht ordnungsgemäßer Vertragserfüllung im Vordergrund)

Die einzelnen Stadien:

1. **Informationsbeschaffung**: sie bezieht sich auf die tatsächlichen Ziele und Interessen der Partei, allenfalls werden auch die Interessen aller anderer beteiligten Parteien berücksichtigt sofern möglich, die Informationsbeschaffung muss stetig fortschreiten und daher ist ein enger Kontakt mit dem Klienten während der gesamten Vertragsgestaltung wichtig, relevant sind dabei geschäftliche, juristische, soziale und persönliche Umstände der Partei sowie die Ausgangslage in tatsächlicher Hinsicht, die erwünschte zukünftige Entwicklung und mögliche Leistungsstörungen
2. **Vertragsentwürfe**: Entwurf eines Rohvertrages, einer Checkliste als grobe Gliederung, die alle relevanten Punkte enthalten sollte. Musterverträge können dabei hilfreich sein, werden aber eher zurückhaltend verwendet.
3. **Rechtsanwendung**: Aufklärung der Partei über die rechtlichen Rahmenbedingungen, das dispositive Recht wird dabei als Ausgangspunkt genommen und je nach Ergebnis werden abweichende Regelungen vorgenommen um die Interessen zu bekräftigen, dabei ist das zwingende Recht aber immer die Grenze der Vertragsgestaltung. Der Vertragsjurist muss dabei eine hypothetische Rechtsanwendung vornehmen um allfällige Konfliktfälle vorausszusehen, zudem muss er die beeinflussbaren gegenwärtigen und auch die zukünftigen Umstände und Begebenheiten berücksichtigen (z.B. welche

Gesellschaftsform passt?) und er muss das Recht als Mittel zum Zweck, also als Erfüllung des Klientenwunsches verwenden.

#### 4. Umsetzung der Planungsziele:

- a. *Das Gebot der Sicherheit:* Der Jurist muss unklare Rechtsfragen vermeiden und einen klaren und eindeutigen Wortlaut wählen, um den gewünschten Erfolg bestmöglichst zu bestärken, zudem auch als Haftung des Juristen nach OR 398 als getreue und sorgfältige Ausführung relevant. Bei möglichen Praxisänderungen ist eine Prognose der allfälligen richterlichen Beurteilung vorzunehmen und meistens ist es sinnvoll, eine salvatorische Klausel in Bezug auf die Unwirksamkeit eines Vertragsteiles und dem Weiterbestand des übrigen Vertrages einzubringen, Beispiel: *Erweisen sich einzelne Bestimmungen dieses Vertrages als unwirksam oder ungültig, bleibt die Wirksamkeit oder Gültigkeit der übrigen Bestimmungen dadurch unberührt. Die ungültigen Bestimmungen sind, in rechtlich zulässiger Weise, so auszulegen bzw. zu ersetzen, wie es dem angestrebten wirtschaftlichen Vertragszweck am ehesten entspricht.*
- b. *Praktikabilität:* Vernünftige Regelung als Ziel, es muss mit den Geschäftsstrukturen beider Parteien vereinbar sein
- c. *Kosten- und Steuergünstigkeit:* zentrale Bedeutung, meist auch im Zentrum der Parteiinteressen, um Übernahmeverschulden zu vermeiden, ist bei komplizierten Sachverhalten ein Steuerrechtsexperte hinzuzuziehen, dieser hat erhöhte Sorgfaltspflichten
- d. *Flexibilität des Vertrages:* Grundsätzlich in Verträge zu halten, eine Vertragsergänzung bei einer Lücke hat nach dem Grundsatz von Treu und Glauben zu erfolgen, zudem sind vertragliche Anpassungsklauseln möglich, die nach ihrem Inhalt, einem auslösenden Ereignis oder nach der Entscheidungsbefugnis über die Anpassung zu unterscheiden sind. In Extremfällen greift die richterliche Vertragsanpassung.
- e. *Konfliktvermeidung:* zentrales Element der Risikoplanung, verschiedene Instrumente wie Vorleistungspflicht, Regeln über den Schuldnerverzug sowie den Gläubigerverzug, Sanktionen für nicht erwünschte Unterlassungen oder Handlungen (Konventionalstrafe und Schadenspauschalisierung oder Haftgeld) oder Sanktionen im Zusammenhang mit einer Vertragsbeendigung (Sinnvoll bei Dauerverträgen, entweder Wandelplön durch Zahlung als Vertragsrücktritt statt Leistung oder Reuegeld schon bei Vertragsschluss)
- f. *Konfliktlösung:* Möglichst rasch und kostengünstig, 1. Stufe ist das informelle Schlichtungsverfahren (Mediation, Beizug von Drittem ohne Entscheidungskompetenz), 2. Stufe Schiedsvereinbarung (Statt Gericht Schiedsgericht, nur eine Instanz und nur ausserordentliche Rechtsmittel, schnell)
- g. *Gebot der Durchsetzung:* Bei Geldforderungen SchKG, ansonsten ZPR, möglich sind Arrest (Sicherung sofern Forderung besteht, keine Pfandsicherung und Arrestgründe nach SchKG), provisorische Rechtsöffnung (Betreibungsbegehren, Rechtsvorschlag, dann provisorische Rechtsöffnung sofern durch Unterschrift bestätigte Schuldanerkennung besteht, diese sollte von vornherein in den Vertrag mit aufgenommen werden), ordentlicher

Zivilprozess (Vorsorgliche Massnahmen möglich wie Stilllegemassnahmen – Verfügungsbeschränkung & Beschlagnahme – oder Vorsorgemassnahmen – Vormerkung von Verfügungsbeschränkungen oder vorläufige Eintragung ins Grundbuch – immer zu klären ist dabei im Vertrag die Frage des Gerichtsstandes sofern nicht dispositiv Ort des Schuldnerwohnsitzes) sowie Regelung des Insolvenzfalles (meist durch Sicherungsgeschäfte durch Real- oder Personalsicherheiten, in Verträgen meist Vertragsbeendigungsklauseln sowie Entschädigungsfolgen für diesen Fall geregelt)

- h. *Vertragsverhandlungen*: Entweder Vertragsabschlüsse ohne Vertragsverhandlungen (vor allem bei grossen Machtgefälle, da zumeist AGBs, hier steht immer der Schutz der schwächeren Partei im Vordergrund, in der Schweiz fehlende AGB-Kontrolle allenfalls UWG aber Tatbestandsmerkmal der Irreführung verlangt) oder Vertragsabschlüsse mit Vertragsverhandlungen (gegenseitige Verhandlungsmacht, je nach Marktstellung, Wettbewerbssituation, Bedeutung des Vertrages und Bedeutung der gegenseitigen Beziehungen, möglichst günstige Vertragsgestaltung, Vertragsjurist entweder als Mittler zwischen beiden Parteien oder als Interessensvertreter für eine Partei, wichtig immer Aufklärung des Klienten hinsichtlich der rechtlichen Auswirkungen des Vertrages).
- i. *Ausarbeiten des unterschriftsreifen Vertrages*: Mithilfe von Vertragsentwürfen und/oder Musterverträgen und dann jeweilige Parteanpassung, wichtig ist klare und eindeutige Sprache, kurzer Aufbau siehe folgend

### **Vertragsaufbau:**

1. Einleitungsteil
  - Überschrift mit Vertragstyp
  - Genaue Bezeichnung der Parteien (auch Vertretungsverhältnisse)
  - Wesentliche Vertragsumstände, allgemeine Absichtserklärungen und Zielvorstellungen (meist sinnvoll in kurzer Präambel)
  - Begriffsdefinitionen und Abkürzungen (bei umfangreichen Verträgen sinnvoll)
2. Hauptteil
  - Vereinbarte Hauptverpflichtungen und –leistungen sowie Modalitäten wie Zeit und Ort der Leistungen
  - Regelungen für Leistungsstörungen, Vertragsanpassung und Vertragsdauer
3. Schlussteil
  - Bestimmungen über Schriftformklausel, salvatorische Klauseln, Bestimmungen über die massgebende Sprache oder Rechtswahl wenn internationales Verhältnis
  - Schieds- und Gerichtsstandsvereinbarungen

## Kapitel 2: Kauf einer beweglichen Sache

(Relevant hier: Stückkauf und hier eher Kaufvertrag über langlebiges Investitionsgut statt Kauf Zug um Zug – meistens kein Vertrag – und auch kein Konsumentenkauf – hier kommt nach KKG zur Anwendung)

1. Die Informationsbeschaffung: Hier ist bei einem Kaufvertrag vor allem wichtig, dass die wesentlichen Vertragspunkte geregelt sind, nämlich die genaue Bezeichnung der Vertragsparteien samt Wohnadresse und allenfalls Vertretungsverhältnisse, sowie die genaue Umschreibung der Kaufsache (Modell- und Typenbezeichnung, allenfalls auch Zubehör und andere Bestandteile des Produkts, oftmals hier auch Regelungen hinsichtlich Instruktion und Service bzw. Wartung) und zudem der Kaufpreis (dieser muss zumindestens bestimmbar sein, weiterhin Einigung über Kostentragung von Verpackung, Transport, Zoll, Versicherung ect.) sowie die Zahlungsmodalitäten (Fälligkeit sowie Art der Zahlung: Bar, Check, Akkreditiv) und auch die Regelung der Leistungsmodalitäten (Zug um Zug wenn nichts anderes vereinbart). Hinsichtlich der Risikoplanung muss der Vertragsjurist abklären, inwieweit der Klient bereit wäre, etwa eine Konventionalstrafe oder eine Garantiepflcht.
2. Der Vertragsentwurf:
  - a. Einleitungsteil: Vertragsparteien, Präambel
  - b. Hauptteil: Kaufgegenstand, Kaufpreis und Zahlungsmodalitäten, Lieferungsmodalitäten (Ort/Zeit/Annahmepflichten), Folgen des Lieferungsverzugs, Gewährleistung/Freizeichnung, Nachbesserungsrecht
  - c. Schlussteil: Weitere Bestimmungen, Streiterledigung
3. Rechtsanwendung: Relevant sind OR 184-215 sowie OR AT, diese gesetzlichen Bestimmungen müssen hypothetisch angewendet werden und dann geschaut werden, ob eine Abweichung davon geboten ist, er muss dem Klient die verschiedenen Regelungsmöglichkeiten sowie das zwingende Recht aufzeigen
  - a. *Gefahrtragung*: OR 185, geregelt werden muss vor allem, wenn Holschuld, dann muss Erfüllungsort oder Bringschuld sowie Gefahrtragung geregelt werden, wenn nicht die Regelung von 185 nach Gefahrübergang beim Vertragsschluss gelten soll
  - b. *Erfüllungsmodalitäten*: Regelung des Erfüllungsortes wenn abweichend von OR 74 II, wichtig für die Einrede der nicht gehörig erbrachten Leistung ist die Regelung ob Erfüllung Zug um Zug oder anders erfolgt, meistens wird vertraglich eine Holschuld als Beweiserleichterungsmassnahme vereinbart, eine detaillierte vertragliche Regelung der Erfüllungsmodalitäten ist auch für den Beweis der vertragsgemässen Anbietung/Realobligation wichtig. Beim Kreditkauf ist wichtig, dass ein Rücktrittsrecht vereinbart wird. Möglich ist auch ein vertraglicher Ausschluss der Einrede der nicht oder nicht gehörig erbrachten Gegenleistung, dieser muss sich eindeutig aus dem Vertrag ergeben. Praktisch ist auch eine Vereinbarung hinsichtlich der Vorleistungspflicht der Käufers. Auch kann die Obliegenheit der Annahmepflicht des Käufers durch eine besondere Vereinbarung im Vertrag zu

- einer selbstständig einklagbaren Rechtspflicht werden, wenn diese eben vereinbart wird.
- c. *Verkäuferverzug*: In der Praxis wichtigste Leistungsstörung = Nichterbringung der Leistung zum vereinbarten Zeitpunkt. Wichtig ist daher eine genaue Festlegung des Fälligkeitstermins (ab da an Mahnung möglich), auch möglich sind Regelungen über die Wirkung der Mahnung. Möglich ist Vereinbarung einer Konventionalstrafe als Anhaltung zur rechtzeitigen Lieferung. Möglich ist die Festlegung einer fixen Nachfrist. Anzuraten ist auch eine Klausel im Vertrag für den Fall, dass die Annahme nach Fälligkeit für den Käufer nutzlos ist, dann auch keine Nachfrist gefordert. Die Wahlrechte nach OR 107 können im Vertrag durch Regelung von Zeitpunkt und Form ergänzt werden.
  - d. *Käuferverzug*: Wichtig ist, dass bei verschiedenen Kaufgeschäften eine Einordnung in das Schema von OR 214 nicht möglich ist, nämlich u.a. beim Pränumerandokauf (Sache wird Käufer ohne Rücktrittsvorbehalt vor Bezahlung übergeben), daher dann angebracht, diese Rechtsfolgen des Schuldnerverzugs zu regeln, auch hinsichtlich der Schadensberechnung nach 215 OR und hinsichtlich einer besonderen Zinssatz (höher oder tiefer als der gesetzliche)
  - e. *Rechtsmängelhaftung*: Oftmals Freizeichnungsklausel als Beschränkung/Wegbedingung der Haftung nach OR 192
  - f. *Sachmängelhaftung*: verschuldensunabhängige Garantiehafung, wichtigste Einschränkung ist eine Haftungsfreizeichnungsklausel und der Ersatz der gesetzlich vorgesehenen Wandlungs- und Minderungsrechte in das Nachbesserungsrecht. Daher ist eine genaue und detaillierte Bestimmung des Kaufgegenstandes wichtig um die Tauglichkeit zum verabredeten Gebrauch zu bestimmen, die hier massgebend ist. Weiterhin kann auch ein Schiedsgutachter hier ernannt werden. Wichtig bei der Formulierung ist das Verhältnis der Garantiefrist zu OR 201, hierzu muss die Entbindung von der Rüge- und Prüfungsobliegenheit deutlich aus dem Vertrag hervorgehen und die Verjährungsfrist kann vertraglich verkürzt oder verlängert werden. Möglich auch eine Herstellergarantie als unselbstständige Garantie, Hersteller haftet auch wenn nicht Verkäufer, wichtig ist dabei, dass die Vereinbarung einer Herstellergarantie eine Einschränkung der gesetzlichen Ansprüche des Klienten zur Folge hat. Weiterhin kann hinsichtlich der Prüfungs- und Rügeobliegenheit des Käufers nach 201 OR die Genehmigungsfiktion auf nicht erkennbare Mängel ausgedehnt werden und die Rügefrist verlängert werden. Zudem wird meistens hinsichtlich der Rechtsbehelfe ein vertraglicher Nachbesserungsanspruch des Käufers vereinbart, dabei werden Wandlung und Minderung in der Regel ausgeschlossen, dieses muss deutlich zu erkennen sein, wichtig ist die Umschreibung des Verfahrens der Geltendmachung des Nachbesserungsrechts sowie eventuell das Recht auf Neulieferung/Austausch der mangelhaften Ware, zudem kann auch das Vorgehen bei einer erfolglosen Nachbesserung in einem Vertrag geregelt werden.

- g. *Freizeichnungsklauseln*: Generell greift OR 100, man kann aber eine Freizeichnung auch für grobe Fahrlässigkeit vereinbaren, dann muss der Klient auf die Gefahr einer allfälligen (Teil-)Nichtigkeit hingewiesen werden, solange die Zulässigkeit einer solchen nicht höchstrichterlich geklärt ist. Auch möglich ist eine Beweislastklausel, zudem muss ein Vertragsjurist immer darauf hinweisen, dass ein Haftungsausschluss für Körperschaden weder bei einer vertraglichen, noch bei einer ausservertraglichen Haftung möglich ist, ebenso kann eine Produkthaftpflicht nicht ausgeschlossen werden.
- h. *Umsetzung der Planungsziele*:
- i. Konfliktvermeidung: Wichtig sind Regelungen von Leistungsmodalitäten und Leistungsstörungen, z.B. durch Vorleistungspflicht oder Konventionalstrafe, ebenso Rügeobliegenheiten und Freizeichnungsklauseln
  - ii. Konfliktlösung: Regelung durch Ernennung eines Schiedsgutachters (vor allem bei komplexer Technik)
  - iii. Vertragsbeendigung: besonders bei Sukzessivlieferungsverträgen, bei Nichtbefristung auch Kündigungsgründe und -fristen, ebenso Gründe für eine ausserordentliche Kündigung
  - iv. Anpassungsklauseln: wichtig bei langfristigen Lieferverträgen, Anpassung des Kaufpreises an Material- und Lohnkosten
  - v. Gebot der Durchsetzbarkeit: durch Vorleistungspflicht und sorgfältige Regelung der Erfüllungsmodalitäten
  - vi. Regelungen des Insolvenzfalles: wichtig bei Kreditkauf, SchKG 212
4. Wiener Kaufrecht
- a. *Allgemeines*: relevant im grenzüberschreitenden Warenverkehr, immer gültig sofern nicht ausdrücklich von den Parteien ausgeschlossen!
  - b. *Anwendungsbereich*: materielles Kaufrecht über Waren zwischen Parteien mit Niederlassungen in verschiedenen Staaten, nur im kaufmännischen Bereich (nicht bei Konsumenten/persönlichem Gebrauch!), es muss IMMER ausdrücklich ausgeschlossen werden. WRK nur auf Sachschäden anwendbar, für Körperschaden greift OR/PRHG
  - c. *Das materielle Kaufrecht*: WRK einheitlicher Begriff der Vertragsverletzung, im Grundsatz eine Garantiehftung des Verkäufers auf Schäden, die der Verkäufer bei Vertragsschluss vorhersehen konnte. Wichtig ist Aufklärung, dass eine derartige Haftungsregelung vorliegt und allenfalls auf Freizeichnungsklauseln hinweisen.

## **Kapitel 3: Kredit- und Sicherungsgeschäfte**

Arten des Kredits und dessen Sicherung: Es besteht ein wirtschaftlicher Hintergrund, der Kreditgeber möchte Sicherheiten erhalten, dass der geliehene oder gestundete Betrag rechtzeitig zurückbezahlt wird, z.B. durch Kreditversicherung oder andere Kreditsicherheiten. Zu unterscheiden ist dabei der Geldkredit (gebräuchlichste Art, es wird ein Darlehensvertrag nach OR 305 ff. abgeschlossen) und ein Warenkredit (z.B. Leasing, Kreditkauf, Abzahlungs- oder Teilzahlungskauf). Bei den Sicherungen des

Geldkredits gibt es die Möglichkeiten der Personalsicherheiten (ein Dritter haftet mit seinem ganzen Vermögen, z.B. Bürgschaft oder Garantie) und der Realsicherheit (Gläubiger räumt gewisse Vorzugsrechte auf einen Gegenstand ein, entweder Immobililar- oder Hypothekarsicherheit bei Immobilien, Mobiliarsicherheit bei beweglichen Sachen oder aber bei unkörperlichen Sachen Forderungsverpfändung oder Abtretung an den Kreditgeber). Für die Sicherung des Warenkredits können die selben Sicherungsarten eingesetzt werden, beim Kauf kommt noch die Möglichkeit eines dinglichen Eigentumsvorbehalts als Mobiliarsicherheit hinzu (ZGB 715, z.B. bei Leasing viel).

#### Vertragsgestaltung bei Sicherungsgeschäften:

1. Informationsbeschaffung: Wichtige Grundinformationen sind die vorhandenen Vermögenswerte oder bürgende Drittpersonen und vor allem nach der Qualität der jeweiligen Sicherungsmittel. Wichtig ist auch, ob ein Konsumentengeschäft mit den zwingen Vorschriften zum Schutz des Konsumenten vorliegt oder aber ein anderes Geschäft, die Unterscheidung ist nicht immer einfach und sollte geklärt werden, im Zweifel immer Konsumentengeschäft (wenn man die finanzierende Institution betätigt), bei der kreditbedürftigen Partei eher anderes Geschäft.
2. Problemübersicht und Rohentwurf: Beim Geldkredit kann der Sicherungsvertrag mit dem Kreditvertrag vereinigt werden oder ist als eigenes Vertragsdokument anzusehen, zu beachten ist, dass bei beteiligten Dritten immer ein Dreiparteienverhältnis entsteht (Entweder Unterschrift aller drei Parteien auf dem Gesamtvertrag oder jeweils zwei Verträge mit gegenseitigem Bezug, nämlich das Kreditgeschäft (Geldgeber und Darlehensschuldner) und das Sicherungsgeschäft (Sicherungsgläubiger = Geldgeber und Sicherungsgeber). Die wichtigen Vertragspunkte des Sicherungsvertrages sind die Parteien, der Sicherungsgrund (Hauptforderung) und das Sicherungsobjekt. Bei Realsicherheiten durch Mobilien besteht wg des Faustpfandprinzips bzw. des Verbots der Mobiliarhypothek ein besonderes Besitzmittlungsverhältnis (v.a. Regeln: Fragen der Nutzung und Verwaltung des Sicherungsobjekts, Kosten- und Gefahrtragung, Rückübertragung, Voraussetzungen der Verwertung).

#### Typische Struktur bei Realsicherheiten:

1. Einleitungstitel (Vertragsparteien, Präambel)
2. Hauptteil (Verpflichtungsgeschäft, Sicherungsgrund, Sicherungsobjekt, Besitzmittlungsverhältnis, Verwertung, Rückübertragung, Entzug des Sicherungsobjekts durch Dritte, Ungültigkeit des Hauptgeschäfts)
3. Schlussbestimmungen (Gerichtsstand, Streiterledigung, Rechtswahl ect.)

#### Typische Struktur bei Personalsicherheiten:

1. Einleitung (Vertragsparteien, Präambel)
2. Hauptteil (Verpflichtungsgeschäft, Sicherungsgrund/Akzessorität, Belangbarkeit Fälligkeit/Subsidiarität/Abrufvoraussetzungen, Beendigungsgründe)
3. Schlussbestimmungen



## Rechtsanwendung

1. Allgemeines: praktische Bedeutung sehr gross, aber nicht immer gesetzlich genügend geregelt, wichtig heute auch globale Sicherungszession und Sicherungsübereignung (fiduziarische Eigentumsübertragung)
2. Realsicherheiten und Sicherungszession:
  - a. Pfandrecht: beschränktes, dingliches Recht aufgrund eines Pfandvertrages, gibt dem Gläubiger bei Nichtbefriedigung das Recht, sich aus dem Pfanderlös zu befriedigen (ZGB 891 I), verpfändet werden können Immobilien, Mobilien und Forderungen und andere Rechte. 3 Arten:
    - Fahrnispfand (ZGB 884 ff.): es gilt das Faustpfandprinzip, der Besitz an der Pfandsache muss zur Bestellung des Pfandrechts übertragen werden, also Erfordernis der Besitzesübertragung. Fahrnispfandvertrag ist ein unvollkommen zweiseitiger Vertrag mit einem obligatorischen Anspruch des Nehmers auf Übertragung des Pfandbesitzes, Innominatkontrakt und nur bei gültigem Vertrag ist auch das Pfandrecht gültig entstanden. Dabei sind gewisse Punkte wichtig, nämlich das *Verpflichtungsgeschäft* (zur Besitzesübertragung, es muss Einigkeit über Gegenstand, die gesicherte Forderung und die Pfandbestellung durch Besitzesübertragung bestehen), das *Verfügungsgeschäft* (Erfordernis der Besitzesübertragung ist zwingend), das *Pfandobjekt* (Pfandobjekt = Fahrnis nach ZGB 713: einzelne, selbstständige, verwertbare, bewegliche, körperliche Sachen), den *Sicherungsgrund* (Verhältnis zur Hauptforderung: Abhängig von Bestand, Umfang und Schicksal der Pfandforderung), das *Besitzmittlungsverhältnis* (Nutzung des Sicherungsobjekts, mangels abweichender Regelung weder Gebrauch noch Nutzung durch Pfandgläubiger, er haftet auch für Untergang oder Wertverminderung wenn keine Exkulpation), die *Verwertung* (Verbot des Verfallvertrags als Grenze der Gestaltung der Verwertungsmodalitäten, Befugnis zur privaten Verwertung und Art und Zeitpunkt muss geregelt werden), die *Verfügbarmacht* (guter Glaube des Gläubigers ersetzt aber fehlende Verfügungsmacht des Schuldners). In der Praxis wird das Faustpfand eher selten gebraucht und ist durch Sicherungsübereignung abgelöst worden, das Depotpfandrecht bei Banken ist aber nach wie vor viel gebraucht, hier müssen vor allem das Pfandobjekt (Inhaberpapiere), Sicherungsgrund, Verfügungsgeschäft, und allgemeine Geschäftsbedingungen der Bank geregelt werden.
    - Forderungspfand (ZGB 899 ff.): muss schriftlich oder in einer Urkunde vereinbart werden, vor allem muss die Übertragbarkeit der Forderung geprüft werden, heute aber eher recht selten in der Praxis, ersetzt durch die Sicherungszession.
    - Irreguläres Pfandrecht: Nicht ausdrücklich im Gesetz geregelt, hier besteht das Sicherungsobjekt aus vertretbaren Sachen, nach Befriedigung übergibt Gläubiger also nicht die gleichen, sondern nur Sachen der gleichen Art zurück, ihm muss dabei das Eigentum an dem Sicherungsobjekt übertragen werden, ist vor allem bei Geld als Sicherungsobjekt praktisch wichtig (v.a. Barkautionen, Arbeitskautionen).

- b. *Sicherungsübereignung*: Hier wird zur Forderungssicherung das fiduziarische Eigentum übertragen, der neue „Eigentümer“ hat überschüssende Rechtsmacht und kann wie ein unbeschränkter Rechtsträger auftreten, im Innenverhältnis aber begrenzt da er vom Sicherungsobjekt nur im Rahmen des Sicherungszweckes Gebrauch machen kann. Wichtigstes Anwendungsgebiet sind die Warensicherheiten in Lagerräumen zugunsten von Banken sowie Kreditforderungen durch Sicherungsübereignung von Schuldbriefen in der Bankpraxis, Nachteil ist, dass das Eigentum wirklich übergehen muss und der Schuldner das Objekt nicht weiter nutzen kann. Im Unterschied zum Pfand hier aber eben kein beschränktes dingliches Recht sondern volles Eigentum, es gibt dabei eine Vielzahl von wesentlichen Vertragspunkten, die in der Sicherungsabrede geregelt sein sollten (zudem analoge Anwendung von ZGB 884 ff. zum Faustpfand):
- Verpflichtungsgeschäft (Sicherungsabrede an sich formlos gültig, Verpflichtung zur Übertragung des Eigentums, diese Übereignung ist aber nur gültig, wenn auch der Vertrag gültig zustande kommt, es besteht eine Kausalität)
  - Sicherungsobjekt (alle beweglichen Sachen analog Faustpfand)
  - Sicherungsgrund (v.a. sollte Fälligkeit der Forderung geregelt sein)
  - Verfügungsgeschäft (Eigentumsübergang nach ZGB 922 f., Schutz des guten Glaubens)
  - Beschränkung der Verfügungsbefugnis des Fiduziars (aber nur im Innenverhältnis gültig, Beschränkung auf für Sicherungszweck notwendiges Mass)
  - Modalitäten der Nutzung und Verwaltung des Sicherungsobjekts (Verwaltungskosten, Nutzung, Untergang, Versicherungspflicht, allfällig sonst Haftung nach ZGB 890)
  - Rückgabepflicht des Fiduziars (obligatorisch)
  - Zeitpunkt und Art der Verwertung (Möglichkeit der Privatverwertung wenn keine Abrede, Verzug dann nicht erforderlich, möglich sind dann freihändiger Verkauf, freiwillige Versteigerung, Selbsteintritt)
  - Vorausverwertung? (Wenn Abrede fehlt, dann SchKG 41 analog: Vor Verwertung des Sicherungsobjekts kein Vorgehen gegen Schuldnervermögen)
  - Regelung der Zwangsvollstreckung (Bei Konkurs fällt Eigentum in Konkursmasse, keine Aussonderung sondern Geldforderung von entsprechendem Wert wenn Abrede fehlt, keine Akzessorität, aber eben Möglichkeit der resolutiv bedingten Übertragung, womit bei Untergang der Forderung das Sicherungsobjekt mit dinglicher Wirkung zurück).
- c. *Sicherungscession*: Abtretung des vollen Rechts einer Forderung oder eines Rechts zur Sicherstellung einer Hauptforderung, Spiegelbild der Sicherungsübereignung, möglich auch Globalzession (Abtretung sämtlicher gegenwärtiger und künftiger Forderungen aus einem Geschäft zur Sicherstellung von Krediten, sofern die künftigen Forderungen hinreichend bestimmt oder bestimmbar sind, und es muss sachlich beschränkt sein in

Bezug auf Rechtsgrund oder Schuldnerkreis), vor allem bei Kreditgeschäften von Banken von grosser Bedeutung durch Globalabtretungen von Buchforderungen. Wichtige Vertragspunkte:

- Verpflichtungsgeschäft (zwingend schriftlich)
  - Sicherungsobjekt (alle Forderungen sofern nicht Gesetz, Vereinbarung oder Natur des Rechtsverhältnisses dagegen sprechen)
  - Sicherungsgrund (Bestimmbarkeit der Forderung!)
  - Verfügungsgeschäft (Verfügungsvertrag bedarf Schriftform, Haftung des Abtretenden für Verität und Bonität)
  - Regelung der Notifikation/Benachrichtigung des Schuldners und Einziehung (offene mit Mitteilung oder verdeckt, damit Bonität nicht leidet)
  - Nebenrechte und -pflichten des Abtretenden ( vor allem beim Inkassomandat/Factoring Regelungsbedarf da Dauerschuldverhältnis, meistens hinsichtlich Führung von Debitorenlisten, sofortige Ablieferung der Zahlungen, Einblick in Bücher ect.)
  - Nebenrechte und -pflichten des Zessionars (er bekommt Nutzungsbefugnis, hat überschüssende Rechtsmacht, muss eingezogene Zinsen aus dieser Forderung aber von der Hauptforderung abziehen)
  - Verwertung (Fehlt Abrede, so kann Zessionar bei Fälligkeit schon verwerten, kein Verzug erforderlich, kann durch Einziehung vorgehen, also Forderung behalten und Einziehung bei Drittschuldner oder nach Privatverwertung durch Verkauf vorgehen. Besser wäre Abrede!)
  - Geltendmachung der Hauptforderung (Stundung der Hauptforderung, Geltendmachung erst nach erfolgloser Einziehung der abgetretenen Forderung. Im Betreibungsverfahren muss Zedent diese Stundung der Hauptforderung mittels Rechtsvorschlag geltend machen)
  - Pflicht zur Rückzession (es fehlt an der Akzessorität von Haupt- und Sicherungsforderung, aber Vereinbarung einer Resolutivbedingung in der CH Praxis eher selten, Rückzession muss schriftlich erfolgen, Anspruch auf Rückzession geht nach OR/Bereicherungsrecht)
  - Regelung der Zwangsvollstreckung (Da Forderungen in die Konkursmasse fallen, analog Sicherungsübereignung)
- d. *Sicherungshinterlegung*: Das Objekt wird einem Dritten zur Aufbewahrung übergeben, allenfalls auch Besitzesweisung wenn schon in seinem Gewahrsam, und bei Nichtbefriedigung Herausgabe an den Gläubiger, ist also ein Hinterlegungsvertrag mit Sicherungszweck.
- Verpflichtungsgeschäft (Übergabe an Dritten mit Auflage zur Aufbewahrung)
  - Sicherungsobjekt (bewegliche Sachen analog Faustpfandrecht)
  - Verfügungsgeschäft (Aufbewahrer wird unselbstständiger Besitzer des Objekts, bei Geld kommt es zur Vermischung und damit Eigentum, dann hat Gläubiger obligatorischen Anspruch auf Herausgabe)
  - Besitzmittlungsverhältnis (analoge Anwendung vom Hinterlegungsvertrag, ist ein echter Vertrag zugunsten Dritter)

- Verwertung (Pfandbesitz wird durch Dritten ausgeübt, eigentlich nur Betreuung auf Pfandverwertung möglich ausser es liegt eine Abrede vor, z.B. Vereinbarung der Herausgabe bei Fälligkeit zur Verwertung an den Gläubiger, wichtig ist dann genaue Regelung der Voraussetzungen der Herausgabe, bei Nichtherausgabe kann Gläubiger dann Betreuung auf Pfandverwertung oder Herausgabeklage einleiten)
  - Regelung der Zwangsvollstreckung (bei regulären Sicherungshinterlegung besteht Möglichkeit zum Widerspruchsverfahren und Gläubiger wird dann vorweg aus dem Pfanderlös befriedigt, bei irregulärer Sicherungshinterlegung bleibt Objekt beim Aufbewahrer, je nach vertraglicher Vereinbarung kann Gläubiger dann herausverlangen und verwerten. Das Sicherungsobjekt darf nicht gepfändet werden, Gläubiger und Hinterleger können dagegen im Widerspruchsverfahren vorgehen und Aussonderung verlangen im Konkurs)
- e. *Verkauf unter Eigentumsvorbehalt*: Eher umstritten, nach BGer nur bei Kaufverträgen im engeren Sinne möglich, das Eigentum bleibt beim Verkäufer bis der Kaufpreis voll bezahlt ist aber Käufer hat schon Besitz und Nutzen, durchbricht das Faustpfandprinzip, bei Mobiliarhypotheken nicht möglich, aber sonst zulässig wenn die notwendige Publizität durch einen konstitutiven Registereintrag gewährleistet ist. Das Eigentumsvorbehaltsregister hat keinen öffentlichen Glaube, Vorbehalt ist gegenüber gutgläubigen Dritten unwirksam (aber je nach Art des Erwerbs erhöhte Anforderungen an Nachprüfpflichten nach BGer wenn Misstrauen besteht, v.a. bei Gebrauchtwagen, Kunst ect.), Ort des Registereintrags ist Wohnsitz des Käufers (am besten verlangen mit Konventionalstrafe, dass Käufer bei Wohnsitzwechsel Meldepflicht hat). Verarbeitungsklauseln sind eher unzulässig, bei Verarbeitung der Sache geht Eigentum an Käufer über wenn die neue Arbeit wertvoller ist als der Gegenstand.
- Verpflichtungsgeschäft (muss ein Kaufvertrag mit gestundetem Kaufpreis sein)
  - Sicherungsobjekt (alle verkehrsfähigen beweglichen Sachen)
  - Sicherungsgrund (nur Kaufpreis! Sonst Verstoss gegen Verbot der Mobiliarhypothek!)
  - Verfügungsgeschäft (Besitz muss auf Erwerber übergehen)
  - Eintragung ins Eigentumsvorbehaltsregister (am Wohnort des Schuldners nach ZGB 715 I, Löschung entweder mit schriftlicher Zustimmung des Verkäufers oder gerichtliches Urteil)
  - Verwertung (Erfolgt durch Rückgabe der Kaufsache, allenfalls Vorschriften über Widerspruchsverfahren bei Weigerung oder im Konkurs nach Aussonderung, betreibungsrechtlich behandelt wie ein Pfandrecht. Besser ist Vereinbarung über Verwertung. Eigentumsvorbehalt ist akzessorisch, Eigentum geht nach vollständiger Bezahlung automatisch auf den Erwerber über, egal was Register sagt!)

- Zwangsvollstreckung gegen den Erwerber (Da Eigentum nicht übergegangen, kann Verkäufer Aussonderung verlangen, bei Pfändung Eigentum im Widerspruchsverfahren geltend machen).
- f. *Finanzierungsleasing*: In der CH als Gebrauchsüberlassungsvertrag angesehen, äusserst vielgestaltig, gemeinsame Kerngehalt ist immer, dass die Leasinggesellschaft die Sache erwirbt und dem Leasingnehmer während einer Vertragsdauer für eine periodische Leasingrate überlässt, meistens zur Vollamortisation (Rückzahlung des Kapitals und allfällige Zinsen sowie Gewinn). Fraglich ist, ob hier nicht eine verdeckte Mobiliarhypothek vorliegt, da Leasingnehmer alle Rechte und Pflichten des Eigentümers hat, aber die Gesellschaft noch ein dingliches Recht für den Fall von Leistungsstörungen.
3. Personalsicherheiten:
- a. *Bürgschaft (OR 492-512)*: einseitig verpflichtender Vertrag, der Bürge verpflichtet sich für die Erfüllung der Schuld einzustehen, die Bürgschaft ist akzessorisch und damit an die Hauptschuld gebunden, es gibt gewisse Formvorschriften (zum Bürgerschutz vor übereilten Bürgschaften), praktisch bedeutsam sind weniger Privatbürgschaften, sondern eher Bankbürgschaften und auch eher im Inland, im Ausland eher Garantieverträge. Gewisse Punkte:
- Formvorschriften nach OR 493
  - Sicherungsgrund (Akzessorität zur Hauptschuld, diese muss zumindestens bestimmbar sein, ebenso wie die Person des Gläubigers)
  - Belangbarkeit des Bürgen (je nach Bürgschaftsart: Solidarbürgschaft – Belangbarkeit bei Leistungsrückstand und erfolgloser Mahnung des Hauptschuldners oder bei offensichtlicher Zahlungsunfähigkeit - oder einfache Bürgschaft – vollkommene Subsidiarität der Bürgerverpflichtung – möglich auch Mitbürgschaft)
  - Höchstbetrag der Haftung nach OR 499 I
  - Beendigung der Bürgschaft nach OR 509 ff. (entweder bei Erfüllung oder Untergang der Hauptforderung da unselbstständige Untergangsgründe wg Akzessorität oder aber auch gewisse selbstständige Untergangsgründe unabhängig von Hauptschuld, auch möglich durch Abrede)
  - Durchsetzbarkeit
- b. *Garantievertrag (OR 111)*: Rudimentäre Gesetzliche Regelung als „Vertrag zu Lasten Dritter“, ist ein selbstständiger Vertrag und sichert die Leistung eines Dritten als solches zu und zwar unabhängig von der Gültigkeit der Verpflichtung des Dritten. Entweder reine Garantie (Garant verspricht dem Garantieempfänger die Leistung ohne dass die Leistung von dem Verhältnis zwischen dem Garantieempfänger und dem Dritten abhängig ist, eben auch andere Sicherheit) oder bürgschaftsartige Garantie (hier wird wirtschaftlich auf das Valutaverhältnis abgestellt!). Verschiedene Arten von Garantien möglich, aber Garantie nie akzessorisch, also ohne gültiges Grundgeschäft weiterhin gültig. Schwierige Abgrenzung zwischen Bürgschaft und Garantie, verschiedene Abgrenzungskriterien (wg. Strenger Vorschriften eher Bürgschaft annehmen, bei Banken und ähnliches aber eher Garantie, bei Privatpersonen

eher Bürgschaft. Wichtig ist Akzessorität, wenn ja dann Bürgschaft wenn nein dann Garantie. Wenn persönliches Interesse des Garanten am Hauptgeschäft und Verpflichtungswillen dann eher Garantie. Nicht relevant ist das eigene Interesse der sichernden Person am Gesamtgeschäft. Einredeverzicht spricht für fehlende Akzessorität und damit Garantie). Der Garant kann bei Fälligkeit der Garantie belangt werden, fehlen vertragliche Abreden, braucht es dazu nichtmal eine Mahnung oder Nachfrist, es gibt dann nur einen Anspruch auf Schadenersatz auf das positive Interesse, nicht aber die Erfüllung. Neben Fälligkeit müssen Abrufvoraussetzungen erfüllt sein (am besten vereinbaren, z.B. Zahlungspflicht auf erste Aufforderung wie in Bankgarantien, ansonsten ohne Abrede reicht formfreie Abruferklärung zur Begründung des Zahlungsanspruches, meistens aber Abrede dass dazu gewisse Dokumente wie Lieferscheine ect. vorgelegt werden müssen). Sind Fälligkeit und Abrufvoraussetzungen erfüllt, kann der Garant belangt werden noch vor dem Anspruch aus dem Grundverhältnis, daher meistens vertragliche Vereinbarung der Subsidiarität der Garantie, ausserdem meistens Befristung vereinbart. Die Garantie selber als Deckungsverhältnis ist gleich einem Auftrag und daher sind die Regeln des einfachen Auftrags nach OR 394 ff. analog anzuwenden mit den entsprechenden Pflichten und Rechten.

- c. *Schuldbeitritt*: auch kumulative Schuldübernahme oder Schuldmitübernahme genannt, im OR nicht ausdrücklich geregelt, Abgrenzung zu Bürgschaft/Garantie oft schwer, Auslegung nach dem Vertrauensprinzip, ein Merkmal für ein Schuldbeitritt ist ein eigenes, erkennbares Interesse des Verpflichtenden am Geschäft und nicht nur ein Sicherungsinteresse an der Hauptschuld.
- Verpflichtungsgeschäft (keine Befreiung des Hauptschuldners, der Verpflichtende erbringt die schuldnerische Leistung ohne aber den Schuldner zu befreien)
  - Sicherungsgrund (keine Akzessorität zur Hauptforderung, beide Verpflichtungen haben ein eigenes rechtliches Schicksal)
  - Rechtlicher und wirtschaftlicher Zweck des Geschäfts (anders als bei Bürgschaft/Garantie hier ein eigenes, unmittelbares, materielles Interesse des Verpflichtenden)
  - Belangbarkeit des Beitretenden (solidarisch zum Schuldner, das Verhältnis zwischen den beiden richtet sich ohne Abrede nach OR 144 ff.)
- d. *Patronatserklärungen*: Gesetzlich nicht geregelt, meist Erklärungen von Mutterkonzernen in Bezug auf Kredite von Tochterfirmen, nach Praxis des BGer kann die Verbindlichkeit einer Patronatserklärung nur durch Auslegung unter Berücksichtigung aller konkreten Umstände ermittelt werden (haftbar wird derjenige Erklärende, der das durch die Erklärung berechtigte Vertrauen verletzt hat).

#### Vertragsklauseln für den Insolvenzfall in synallagmatischen Verträgen

1. Problemstellung: Im Zentrum der Risikoplanung steht die Insolvenz/der Konkurs des Schuldners, zum einen gibt es die Sicherungsgeschäfte (Real- und

Personalsicherheiten sowie Sicherungszession), diese reinen Sicherungsgeschäfte sind aber beschränkt, sie betreffen nicht den Bestand und Inhalt des Grundvertrages, daher meistens zusätzlicher Regelungsbedarf, folgend erst die gesetzliche Regelung und dann allfällige abweichende vertragliche Regelungen.

## 2. Gesetzliche Regelung:

### a. *Das Recht der Konkursverwaltung auf Vertragseintritt (SchKG 211 II):*

Grundsätzlich tritt die Konkursverwaltung in den Vertrag ein, er besteht weiter, ausser es liegt ein gesetzlicher Ausnahmefall vor (Konkurs ist Vertragsauflösungsgrund bei Schenkung, Pachtvertrag, einfachem Auftrag und einfacher Gesellschaft), Konkurs ist aber kein wichtiger Grund, der bei Dauerverträgen eine ausserordentliche Kündigung zulässt. Die Konkursverwaltung hat also im Normalfall das Recht auf Eintritt in den Vertrag, wenn dieser noch nicht oder erst teilweise erfüllt wurde, mit dem Eintritt hat der Vertragspartner das Recht Sicherstellung für die Erfüllung zu verlangen. Jede Vertragserfüllung im Konkurs ist aber eine Ungleichbehandlung der Gläubiger, daher tritt die Konkursverwaltung nur dann in den Vertrag ein, wenn die Konkursdividende für die übrigen Gläubiger voraussichtlich höher ausfällt als bei Nichterfüllung, also wenn es von Vorteil ist. Ein Eintritt lohnt sich auch nicht, wenn der Verkäufer bereits geleistet hat, der nun im Konkurs befindliche Käufer aber noch nicht bezahlt hat und es keinen Eigentumsvorbehalt gibt, denn dann fällt die Sache in die Konkursmasse und kann verwertet werden, die Forderung des Vertragspartners wird dann wie eine normale Forderung in die 3. Klasse kollektiert und damit eventuell gar nicht befriedigt.

### b. *Verzicht der Konkursverwaltung auf Vertragseintritt:* Auch bei Nichteintreten bleibt der Vertrag bestehen (Konkursverwaltung wird ja nicht Vertragspartei und kann Vertrag daher nicht auflösen), der Erfüllungsanspruch wird nun in eine Geldforderung umgewandelt und zusammen mit der Forderung auf entgangenen Gewinn als Konkursforderung eingegeben. In Bezug auf die Leistung der Vertragspartei gilt nach Auffassung die Austauschtheorie, sie muss ihre Leistung in natura erfüllen (und nicht Verrechnung der Leistung mit der Gegenforderung = Differenztheorie). Möglich ist auch ein Vertragsrücktritt nach OR 83, es kommt zum Liquidationsverhältnis.

## 3. Vertragsbeendigungsklauseln für den Konkursfall: Betrifft ein Kündigungs- bzw. Rücktrittsrecht im Konkursfalle oder eine Resolutivbedingung in Bezug auf eine eo ipso-Vertragsauflösung (nicht nötig bei Fix- und Finanztermingeschäften, dann Liquidierung sowie bei Eigentumsvorbehalten). Ob solche Klauseln zulässig ist, bestimmt sich nach dem materiellen Recht, dabei ist besonders auf das Arbeits- sowie Miet- und Pachtrecht zu schauen. Die Zulässigkeit nach dem Konkursrecht ist sehr umstritten, wird aber in letzter Zeit eher bejaht (nicht aber: Resolutivbedingungen im Zusammenhang mit der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners).

## 4. Vereinbarungen von Entschädigungspflichten im Konkursfall: Ideal aber unzulässig ist es, in Hinblick auf den Konkursfall eine vertragliche Schadenersatzpflicht oder eine Konventionalstrafe zulasten der konkursiten

Partei zu vereinbaren, streng abgelehnt! Hier stellt sich dann auch immer das Risiko einer paulianischen Anfechtung.

#### 5. Paulianische Anfechtung:

- a. *Allgemeines:* die paulianische Anfechtung ist ein subsidiärer betreibungsrechtlicher Behelf mit obligatorischer Wirkung, mit dieser Anfechtungsklage sollen Vermögenswerte der Zwangsvollstreckung zugeführt werden, die ihr durch eine Rechtshandlung nach SchKG 286 – 288 entzogen wurden, es sollen also Geschäfte rückgängig gemacht werden, welche die Gläubigerrechte im Konkurs beeinträchtigen. Der Anfechtungsanspruch richtet sich gegen Personen, welche vom Schuldner in anfechtbarer Weise begünstigt wurden und ist nur möglich, wenn ein Gläubiger bei einer Pfändung wegen seiner Verluste einen provisorischen oder definitiven Verlustschein erhalten hat, zur Anfechtungsklage ist die Konkursmasse aktivlegitimiert.
- b. *Überschuldungsanfechtung:* Hier hat die Vertragspartei vorleistungspflichtig bereits geleistet, möchte aber eine nachträgliche Sicherstellung der Forderung des Vertragspartners. Durch die Überschuldungsanfechtung können Rechtshandlungen angefochten werden, die der Schuldner innerhalb eines Jahres vor Pfändung oder Konkursöffnung vorgenommen hat sofern er im Zeitpunkt der Vornahme bereits überschuldet war (und zwar entweder durch Bestellung von Sicherheiten für bereits bestehende Verbindlichkeiten, zu deren Sicherstellung der Schuldner nicht schon früher verpflichtet war ODER durch Tilgung einer Geldschuld auf andere Weise als durch Barschaft oder durch anderweitige übliche Zahlungsmittel ODER durch Zahlung einer nicht verfallenen Schuld), eine Anfechtung ist aber generell ausgeschlossen, wenn der Gläubiger von der Überschuldung wusste (dieses wird vermutet, aber Gegenbeweis möglich). Besonderes Risiko besteht bei langfristigen Verträgen, keine Anfechtung ist möglich, wenn es bereits vorher eine begründete Pflicht zur Sicherstellung gab. Die Frist ist ein Jahr vor Pfändung/Konkursöffnung, und es können nur Rechtshandlungen angefochten werden, die eine Auswirkung auf das Vermögen des Schuldners haben, in das eine Vollstreckung möglich ist. Der Anfechtungsbeklagte kann aber einen Entlastungsbeweis führen, um die Vermutung der Börsartigkeit zu widerlegen (v.a. durch den Beweis, dass er entsprechende Anfragen beim Betreibungsamt und bei Geschäftspartnern über die Vermögensverhältnisse).
- c. *Absichtsanfechtung:* Hier bezieht man sich auf alle Handlungen, mit denen die Vollstreckungsrechte der Gläubiger geschädigt werden sollen, es braucht dabei eine tatsächliche Schädigung (objektiv) und vor allem eine Schädigungsabsicht des Schuldners die für den Begünstigten erkennbar war (subjektiv), der Anfechtungskläger trägt die Beweislast.
- d. *Fazit:* Ein Vertragsjurist hat also eine gewisse Anzahl an Einflussmöglichkeiten, um eine Anfechtung möglichst zu vermeiden:
  - 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
- Erkundigungen beim Betreibungsamt und Gläubigern des Schuldners, um den Entlastungsbeweis zu ermöglichen
- Erklärt sich der Schuldner auch ohne rechtliche Verpflichtung bereit, den Gläubiger sicherzustellen, sollten die Parteien vor der Sicherheitsleistung ein entsprechendes Verpflichtungsgeschäft vereinbaren.

## Kapitel 4: Allgemeine Geschäftsbedingungen und Online-Verträge

Allgemeines: Eigentlich sind individuelle Verträge eher die Ausnahme, meistens werden sogenannte AGB angewendet, also standardisierte Verträge, die für eine Vielzahl von Vertragspartnern gelten, sie werden vom Anbieter im vorformulierten Texten festgelegt und schaffen für eine Vielzahl von individuellen Geschäften eine standardisierte Ordnung, meistens Verträge zwischen relativ mächtigen Unternehmen und Konsumenten, der Anbieter kann auf diese Weise seine Bedingungen diktieren.

1. Geltungskontrolle: AGB sind nur verbindlich, wenn sie von den Parteien durch eine ausdrückliche oder stillschweigende Abrede in den Vertrag übernommen wurden, sonst sind sie nicht wirksam, ebenso wenn eine global zustimmende Partei keine Möglichkeit zur Kenntnisnahme in zumutbarer Weise hatte (Lesbarkeit des Textes? Schriftgrösse und Verständlichkeit der Sprache?). Im kaufmännischen Verkehr sind meistens bei beiden Parteien AGB vorhanden, also Battle of forms (die AGB des Akzeptanten gehen dann den AGB des Offerent vor, wenn dieser keine Vorbehalte mehr anbringt. Die Grenzen der AGB sind Individualabreden und zwingendes Recht. Hinzuweisen ist auch auf die Ungewöhnlichkeitsregel, nach der eine ungewöhnliche Klausel mit der die übernehmende Partei weder gerechnet hat noch nach Treu und Glauben rechnen musste in den AGB steht, dann ist diese unverbindlich (wenn gewisser Überraschungseffekt für übernehmende Partei, es muss zudem ein geschäftsfremder Inhalt dieser Klausel vorliegen). AGB-Anbieter können Ungewöhnlichkeitsregel aber umgehen, wenn ausdrücklicher Hinweis auf die Klausel, günstige Platzierung im Text und Hervorhebung im Text.
2. Auslegungskontrolle: Allgemeine Auslegungsregeln, der vernünftige Vertragsinhalt als Ziel der Auslegung, zentrale Bedeutung hat Vertrauensprinzip, massgebend ist der Sinn den der Konsument der Klausel nach Treu und Glauben zumessen durfte/musste, je nach Umstand ist dabei das Fachwissen und die Ausklärung der Person zu berücksichtigen. Für die Auslegung auch Unklarheitsregel wichtig, mehrdeutige Wendungen sind zu Lasten des Verfassers auszulegen.
3. Inhaltskontrolle: In der CH keine besondere AGB-Gesetzgebung bzgl. Inhaltskontrolle, Tatbestand der Verwendung missbräuchlicher AGB in UWG 8 bisher ohne Bedeutung da hier noch Tatbestandsmerkmal der Irreführung

verlangt, dieses schwer nachzuweisen und zudem sachfremd! Momentan aber Vorentwurf zu UWG 8 zur Streichung dieses Tatbestandselements. BGer hat offene Inhaltskontrolle bisher abgelehnt, aber Tendenz in diese Richtung, bisherige Versuche der Politik zur Einführung einer effektiven Inhaltskontrolle bisher gescheitert. Andere Möglichkeit ist Tatbestand der Übervorteilung nach OR 21 (Voraussetzungen sind ungerechter Vertragsinhalt, Schwächesituation mit Beeinträchtigung der Willensfreiheit der Person und zudem besonderes Ausnutzen dieses offensichtlich unausgeglichenen Vertrages durch die Gegenpartei), also sehr schwer nachzuweisen aber allgemein eher weite Auslegung von OR 21!

4. Fazit: Stichwortartige Zusammenfassung:
  - a. *Fehlen einer AGB-Gesetzgebung*
  - b. *Ungewöhnlichkeitsregel schützt Konsumenten nur vor Klauseln geschäftsfremden Inhalts*
  - c. *Unklarheitsregel greift nur bei zweideutigen Klauseln und nur zugunsten des Konsumenten*
  - d. *UWG 8 momentan wegen Tatbestandsmerkmal der Irreführung noch unbrauchbar für Inhaltskontrolle*
  - e. *Ablehnung der offenen Inhaltskontrolle (allenfalls unter den Voraussetzungen von OR 21) (Aber momentan auch mögliche Tendenzen zugunsten einer generellen Inhaltskontrolle von AGB)*

#### Gestaltung der AGB-Klauseln:

1. Allgemeines: Komfortable Ausgangslage für Juristen bei AGB-Gestaltung, da ja bisher keine generelle Inhaltskontrolle und nachträgliche richterliche Korrektur daher selten möglich, dabei ist das zwingende Recht die absolute Grenze der Vertragsgestaltung (selbst wenn AGB Klausel nichtig bzw. ungültig ist, kommt das dispositives Recht an deren Stelle zur Geltung, ansonsten aber keine Sanktionen). Das Risiko wird also auf den Konsumenten verlagert, zudem wird in AGB durch Freizeichnungsklauseln auch das Haftungsrisiko meistens auf den Konsumenten abgewälzt, ebenso das Debitorenrisiko (da meistens Vorauszahlung oder aber Eigentumsvorbehalt oder Anzahlungspflicht). Durch diese Verlagerung des Prozessrisikos meistens vereinfachte Prozessführung für den Anbieter und erschwerte Prozessführung für den Konsumenten.
2. Eigentumsvorbehalt: Dient der Verlagerung des Debitorenrisikos, der gelieferte Gegenstand bleibt im Eigentum des Verkäufers bis zur Bezahlung des gesamten Kaufpreises, meistens zu Sicherungszwecken. Allenfalls nach der Ungewöhnlichkeitsregel zu untersuchen, wenn Eigentumsvorbehalt geschäftsfremden Inhalt der AGB bildet. Unzulässig sind dagegen Verarbeitungsklauseln, wonach der Eigentumsvorbehalt auch an der neuen, verarbeiteten Sache weiterbesteht = erweiterter Eigentumsvorbehalt, ebenso bei Klausel bzgl. Miteigentum an verarbeiteter Sache in der Höhe des Wertes der gelieferten Sache, ebenfalls unzulässig (anders in Deutschland!)
3. Freizeichnungsklauseln: Versuch der Anbieter, Produktions- und Beschaffungsrisiko auf den Konsumenten abzuwälzen, die Grenze der Freizeichnung bildet dabei OR 100 (kein Haftungsausschluss für grobe

Fahrlässigkeit und rechtswidrige Absicht), dabei ist OR 100 aber nicht auf die ausservertragliche Haftung anzuwenden (diese kann gegenüber den Vertragspartner wegbedungen werden, keinesfalls aber auch für Körperschäden, diese Wegbedingung ist unzulässig), diese Freizeichnungsklauseln werden aber eng ausgelegt und sie ist auch dann unzulässig für mittlere und leichte Fahrlässigkeit, wenn die Freizeichnung der Natur des Geschäfts widerspricht (v.a. im Auftrag, hier ja sorgfältiges Handeln als wesentliches Element)! Im Kaufrecht bilden OR 199 und OR 192 II die Grenzen der Freizeichnung (hier noch nicht geklärt, ob Freizeichnung für grobe Fahrlässigkeit zulässig oder dann Teilnichtigkeit des Vertrages?!), ebenso kann auch die Haftung des Geschäftsherren für seine Hilfspersonen beschränkt oder aufgehoben werden (damit weitergehend als OR 100). Es gibt immer wieder Haftungsausschlüsse, die von den Gerichten als ungültig bezeichnet werden, diese werden dann auf das erlaubte Mass reduziert, eine Freizeichnung „für jedes Verschulden“ wird dann eine Freizeichnung für leichte und mittlere Fahrlässigkeit, nicht aber für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit, ansonsten keine Sanktionen! Vertragsjuristen für Anbieter sollten daher versuchen, möglichst weitreichende Freizeichnungsregeln aufzunehmen, zumal die meisten Konsumenten AGB nicht lesen, und bei „Problemen“ entweder Reduktion auf erwartetes Mass hinnehmen oder eventuell aussergerichtliche Einigung anstreben.

4. Gerichtsstandsklausel: Zur Abwälzung des Prozessrisikos Gerichtsstand am Sitz des AGB-Verfassers, der Verzicht auf den ordentlichen (Wohnsitz-)Gerichtsstand mittels Globalübernahme der AGB ist aber unzulässig, da ja auch (teil-) zwingende Gerichtsstände in GestG und neuer ZPO, ausserdem gewisse Formvorschriften für Schriftlichkeit der Gerichtsstandsvereinbarungen (Aber Zulässigkeit einer Gerichtsstandsfestlegung im kaufmännischen Verkehr und NICHT bei Konsumentenverträgen, wenn diese Klausel im Vertrag gut sichtbar angebracht war und deutlich hervorgehoben wurde).
5. Branchenbezogene AGB
  - a. *Allgemeine Verkaufs- und Lieferungsbedingungen (AVLB)*: Meistens Rahmenverträge, die für eine Vielzahl von Kauf- oder ähnlichen Verträgen gelten, enthalten Regelungen über Allgemeines (Anwendungsbereich der AVLB), Vertragsschluss (Formerfordernisse, Zeitdauer der Gültigkeit der Offerte), Preise (Was ist inbegriffen, was nicht? Eventuell Anpassungsklausel bei Fremdwährungen), Zahlungsbedingungen (Zahlungsfrist und -ort, Zahlungsverzugsregeln, Modalitäten des Rücktritts), Lieferung und Abnahme (Lieferfristen, Gründe für eine angemessene Verlängerung), Gefahrtragung (meistens mit Abgang der Lieferung ab Werk oder aber Gefahrübergang im vorgesehenen Zeitpunkt der Lieferung), Eigentumsvorbehalt, Gewährleistung (Nachbesserungsrecht statt gesetzliche Gewährleistungsansprüche, oft geht für AVLB OR 199 OR 100 vor und damit Freizeichnungsklauseln) sowie Gerichtsstand und anwendbares Recht (Gerichtsstandsklauseln bei Konsumentenverträgen nichtig, im kaufmännischen Verkehr meistens möglich nach BGer).

- b. *Allgemeine Versicherungsbedingungen (AVB)*: AVB regeln den Umfang der Versicherungsleistungen und damit den eigentlichen Geschäftskern, in der Versicherungspolice werden die Leistungen der Versicherung aufgeführt, Ausschlussklauseln aber meistens nur in AVB und dann Überraschungseffekt im Schadensfall! Damit teilweise mangelnder Schutz der Versicherungsnehmer und daher strenge Aufsicht über die Versicherungen, eine nachträgliche richterliche Kontrolle ist oftmals möglich, wird aber von den Versicherungen durch aussergerichtliche Einigung umgangen.
- c. *Allgemeine Vertrags- und Reisebedingungen (AVRB)*: Schutzbedürfnis der Konsumenten, Pauschalreisegesetz mit einseitig zwingenden Normen entworfen, aber bisher kaum Rechtsprechung, aber gewisse Punkte in AVRB geregelt, nämlich Vertragsabschluss (Prospekte als Einladung zur Offerte und nicht als richtige Offerte, meist nach den AVRB noch Änderungen möglich), Vertragsgegenstand (Verweis auf die entsprechenden Prospekte, Sonderwünsche sind unverbindlich), Preise (auch hier Verweis auf Kataloge), Beanstandungen (nach PauRG 12, aber unverzügliche Geltendmachung der Mängel ist unzulässig weil Frist dabei kürzer als „sobald wie möglich“), Haftung (PauRG 14 ff., einfache Kausalhaftung mit der Vermutung der Verletzung der Sorgfaltspflicht), Ombudsmann und Gerichtsstand (Konsumentenvertrag! Daher Gerichtsstände nach GestG 20/ZPO 32).

Besonderheiten des Elektronischen Geschäftsverkehrs: (v.a. durch Internet)

1. Veränderung der gesetzlichen Grundlagen: Vorentwurf zu einem Bundesgesetz über den elektronischen Geschäftsverkehr, enthielt die Anpassung einzelner OR-Bestimmungen über den Abschluss von Verträgen, die Verbesserung des Konsumentenschutzes durch ein Widerrufsrecht bei im Fernabsatz geschlossenen Verträgen, die Verschärfung der Gewährleistungspflicht im Fahrniskauf um eine volkswirtschaftlich unerwünschte Verlagerung des Haftungsrisikos auf den Konsumenten zu vermeiden und zuletzt die Statuierung spezifischer Informationspflichten im UWG um die Transparenz im elektronischen Geschäftsverkehr zu verbessern, auf diesen Entwurf wurde aber nach viel Kritik verzichtet. In Kraft trat aber das Bundesgesetz über die elektronische Signatur, nach dem die qualifizierte elektronische Signatur der eigenhändigen Signatur gleichgestellt ist (gilt als ein kryptographischer Schlüssel, aber viel Missbrauchsgefahr und in OR 59a daher Haftung des Schlüsselinhabers, bisher wenig genutzt, in der Schweiz gibt es dafür 4 anerkannte Zertifizierungsdienst-Anbieter).
2. Vertragsabschluss im Internet: übereinstimmende gegenseitige Willenserklärung, Vertrag im Internet ist Abschluss unter Abwesenden, Antragssteller ist an Antrag gebunden daher meist Bestimmung über die Annahmefrist in den AGB, der Vertragsschluss wird durch Mausklick begangen (für rechtswirksame Bestellung müssen mindestens 2 Mausklicks verlangt werden wobei vor der Bestätigung eine Auflistung aller Bestellungen ersichtlich sein sollte, ein Angebot auf einer Website gilt dabei grundsätzlich nur als blosser Einladung zur Offerte).
3. Formvorschriften: Verträge grundsätzlich formfrei gültig in der CH, aber wichtig dass ein elektronisch abgeschlossener Vertrag keinen provisorischen

Rechtsöffnungstitel darstellt, da hier keine durch eine Unterschrift bekräftigte Schuldanerkennung vorliegt! Anders aber bei Verträgen mit einer elektronischen Signatur, diese gelten bei elektronischer Signatur als provisorische Rechtsöffnungstitel (aber wie gesagt in der Praxis noch nicht richtig eingebürgert, daher sind normale Internetverträge keine Rechtsöffnungstitel).

4. Einbezug der AGB: Einbezug von AGB nur möglich, wenn die global übernehmende Partei in zumutbarer Weise Kenntnis über die AGB erlangen konnte, auch bei Onlineverträgen gilt dies, aber unter strengeren Voraussetzungen (als Minimum wird gefordert, dass der Kunde auf dem Bildschirm deutlich auf die Existenz der AGB hingewiesen wurde und die AGB müssen lesbar sein, bevorzugt wird dies durch Pop-Up-Fenster oder Hyperlink gemacht so dass der Kunde die AGB auch problemlos speichern kann, der Text muss gut lesbar sein und auch druckbar sein). Wichtig also folgende Punkte bei Einbezug der AGB: Deutlicher Hinweis auf die AGB auf dem Bildschirm vor Vertragsschluss, Einbezug durch automatischen Aufruf der AGB vor definitiver Bestellung (auch durch Hyperlink), bei Vertragsschluss via Email AGB mit Offerte mitschicken, die AGB klar aufgewogen und möglichst kurz gestalten, Überblickbarkeit der AGB durch Scrollfunktion gewährleisten und eine Möglichkeit zum problemlosen Download und Ausdrucken der AGB schaffen.
5. Haftung des Anbieters im Internet: Oftmals Wegbedingung versucht durch Disclaimer oder Haftungsfreizeichnungsklauseln!
  - a. *Abgrenzung vertragliche-ausservertragliche Haftung:* Grundsätzlich ist zu sagen, dass bei reinen Informationen im Web keine vertraglichen Rechtsbeziehungen bestehen (es fehlt am Rechtsbindungswillen, anders aber bei Downloads gegen Entgelt, hier auch Haftung aus Vertrag für schädliche Handlungen oder Unterlassungen).
  - b. *Vertragliche Haftung:* Dazu muss ja ein Vertrag zustande gekommen sein, der Anbieter hat demfalls die Grenzen des Wegbedingung nach OR 100 und teilweise auch noch andere zwingende Normen je nach Vertragstyp zu beachten.
  - c. *Ausservertragliche Haftung:* Es gilt der sogenannte Gefahrensatz (der Betreiber der Site muss alle zumutbaren und notwendigen Massnahmen zur Gefahrenabwehr treffen und entsprechende Warnhinweise anbringen, abhängig von der berechtigten Publikumserwartung, der Betreiber sollte immer eine angemessene und neue Software benutzen). Auch wenn kein Vertrag entsteht, kann man dennoch schadensersatzpflichtig werden, wenn man z.B. nach Treu und Glauben unwahrheitsgetreue Auskunft und Rat erteilt, dabei muss man aufgrund seines Fachwissens in Anspruch genommen worden sein.
  - d. *Wegbedingungsmöglichkeiten:* Generell Vorsichtmassnahmen (tadelloser technischer Stand, inhaltlich keine Falschangaben) aber dennoch meistens Versuch, das verbleibende Risiko mit Disclaimern (bilden Benutzungsordnung der Page, müssen dabei vor Benutzung der Website zur Kenntnis gebracht werden, am besten durch Pop-Up, Der Nutzer soll nur nach Einverständniserklärung des Disclaimers auf die Page gelangen) oder durch

Freizeichnungsklauseln zu minimieren (Freizeichnungsmöglichkeiten bestehen aber nur gegenüber Vertragspartnern, meistens aber ja eben kein Vertrag zwischen Anbieter und User der Page, daher hier nicht relevant), ein gültiger Disclaimer kann also durchaus das Haftungsrisiko minimieren (bisher aber nicht höchstrichterlich entschieden, ob gültig und in wie weit Beeinflussung).

6. Informationspflichten des Anbieters im elektronischen Datenverkehr: Informationspflichten des Anbieters zur Behebung des Ungleichgewichts, meistens in Spezialgesetzen (Pauschalreise-, Konsumkreditgesetz, auch Preisbekanntgabeverordnung) geregelt, Sanktion der Verletzung einer Informationspflicht aber umstritten, beachtet werden müssen auch allfällige Rechtsvorschriften des ausländischen Marktes, sofern auch User anderer Länder auf Page und Angebote zugreifen können.
7. Gerichtsstands- und Rechtswahlklauseln bei grenzüberschreitenden Online-Geschäften: Bei der Gestaltung von AGB im Internet ist aufgrund des Gebots der Sicherheit von einem Konsumentengeschäft auszugehen (man weiss ja nicht, wer Kunde ist), es ist auch die Internationalität des Internets zu berücksichtigen (also internationales Privatrecht, materielles Konsumentenrecht der Staaten, in denen eine Geschäftstätigkeit geplant oder nicht ausgeschlossen ist berücksichtigen), die Frage nach der internationalen Zuständigkeit im Geschäftsverkehr mit dem europäischen Markt richtet sich nach LügÜ, d.h. bei einem Verbrauchergeschäft ist nach LügÜ 13 eine in den AGB vorgesehene Gerichtsstandsvereinbarung ungültig, man kann nur im Wohnsitzstaat des Verbrauchers Klage erheben (wichtig ist also Qualifikation, ob Vertrag Verbrauchersache ist = LügÜ 13 I Ziff. 3 i.V.m. 15 I Ziff. 3). Die Zulässigkeit einer Rechtswahlklausel bei Konsumentengeschäften ergibt sich aus dem internationalen Privatrecht am Gerichtsstand (ob Konsumentengeschäft vorliegt, ist also relevant, dieses liegt vor, wenn der Anbieter mit seiner Website aus inhaltlichen Gesichtspunkten Konsumenten eines nationalen Marktes bzw. eines bestimmten Marktsegments ansprechen will, entscheidend ist der auf der Website zum Ausdruck kommende Kontrahierungswille des Anbieters, vor allem gegeben wenn er aktiv wird, am besten sollte der räumliche Bereich der Marktaktivitäten auf der Website klar gegeben werden). Zusammengefasst ist also zu sagen, dass eine Gerichtsstandsklausel unzulässig ist, wenn ein ausdrückliches Angebot oder einer Werbung vorausgegangen ist und eine Rechtswahlklausel ist unzulässig, wenn der Betreiber mit seiner Website aus inhaltlichen Gesichtspunkten Konsumenten eines nationalen Marktes ansprechen will. (daher immer schauen, wie AGB mit denjenigen Märkten vereinbar sind, die der Betreiber aktiv betreut bzw. eventuell betreuen will/wird, daher wichtig zu wissen, welche Länder er anstrebt).

## Kapitel 5: Mietverträge

Allgemeines: Bei der Miete verpflichtet sich der Vermieter, dem Mieter eine Sache zum Gebrauch zu überlassen und der Mieter verpflichtet sich, dem Vermieter dafür einen Mietzins zu bezahlen. Miete gehört zu der Gruppe der Gebrauchsüberlassungsverträge, gesetzlich geregelt in OR 253-274g, Gegenstand der Miete kann nur die Nutzung von (un)beweglichen Sachen sein, nicht aber Rechte o.ä.! In der CH besonders wichtig für Wohn- und Geschäftsräume.

### Vertragsgestaltung bei Mietverträgen:

1. Abgrenzungen: Miete ist immer entgeltlich, bei unentgeltlicher Gebrauchsüberlassung liegt Leihe nach OR 305 ff. vor! Wichtig ist auch, dass Mieter den gemieteten Gegenstand benutzen darf (anders Hinterlegung, hier nur mit besonderer Einwilligung benutzbar!) und wichtig ist auch, dass das Mietobjekt nicht ins Eigentum des Mieters übergeht (anders als bei Veräusserungsgeschäft wird Mietobjekt ja nicht für immer übertragen).
2. Interessenslage der Parteien und Handlungsspielraum: Vollkommen zweiseitiger Vertrag, Leistung und Gegenleistung in einem Austauschverhältnis, aber immer wieder Konflikte, daher hat Gesetzgeber einige zwingende, unabänderbare Normen zum Schutz aufgestellt, viele sind auch relativ zwingend, d.h. sie können nur zu Gunsten des Mieters abgeändert werden (z.B. gesetzliche Kündigungsfristen).
3. Vertragsentwurf: keine Formvorschriften, also formfreier Abschluss möglich, aber in der Regel doch Schriftform als Sicherheits- und Beweisgründen. Teilweise ja auch vorgefertigte Mietverträge der Verbände!

#### *a. Basisdaten:*

- i. Vertragsparteien: Auf Vermieterseite muss bekannt gegeben werden, wer genau mit dem Vollzug/ der Erfüllung des Mietvertrages betraut ist (oftmals Verwaltung im Auftrag des Eigentümers), auf der Mieterseite wird der Mieter festgelegt (vor allem ob eine Person alleine mietet und dann allenfalls untervermietet oder alle Personen gemeinsam Mitmieter und damit Solidarschuldner sind). Wichtig ist es, dass es gesetzlich bestimmte Regeln für Familienwohnungen gibt (dann Kündigung nur mit ausdrücklicher Zustimmung des anderen Ehegatten möglich, beiden muss je eine separate Kündigung zugestellt werden, sonst Kündigung nichtig, daher ist es meist besser, den Status als Familienwohnung, also wenn sie als Lebensmittelpunkt dient, in den Mietvertrag aufzunehmen). Anzutreffen sind auch oft Klauseln mit der Pflicht des Mieters, dem Vermieter jede Zivilstandsänderung anzuzeigen (=Zivilstandsmeldeklausel, ist eine echte vertragliche Nebenpflicht, bei Nichteinhalten ist Schadenersatz geschuldet, wenn der Vermieter die Wohnung durch die Nichtigkeit der Kündigung nicht zeitig an den Nachfolgemietter übergeben kann. Allerdings schützt diese Klausel den Vermieter nicht, wenn der Mieter nicht mitteilt, dann ist eine Kündigung immer noch unzulässig, wenn die Kündigung nicht an beide Ehepartner rausgeht, der Vermieter muss dennoch Erkundigungen einholen).

- ii. *Mietobjekt und Mietlage*: Das Hauptmietobjekt (4.5 Zimmer Wohnung, 4. Stock hofseitig) wird mit dazugehöriger Adresse angegeben (eventuell auch durch Quadratmeterangaben, Grundrissplan im Anhang ect. präzisiert), dazu gehören auch Räume zur Mitbenutzung wie Waschküche ect., bei weiteren Räumlichkeiten (zusätzlicher Keller, Garage) ist abzustellen, ob sie im Hauptmietvertrag mit aufgeführt sind (dann teilen sie das Schicksal der Hauptmietsache) oder in separatem Vertrag enthalten sind (dann sind sie vom Schicksal des Hauptmietobjekts losgelöst).
- b. *Mietzins. Nebenkosten und Sicherheit: zentraler Bestandteil!*
- i. *Höhe des Mietzins*: Entweder kann sich der monatliche Mietzins als fixer Betrag darstellen (CHF 2000 pro Monat) oder aber anhand einer variablen Komponente, die aber eindeutig bestimmbar ist (z.B. bei Geschäftsräumen 10% des jeweiligen Monatsbruttoumsatzes) oder auch eine Mischung aus beidem (z.B. Grundmiete CHF 1000 + 10% des jeweiligen Monatsbruttoumsatzes). Nach dem Gesetz aber keine übersetzter Ertrag aus Mietsache zulässig (OR 269, Anfechtung nach OR 270). Es gibt aber zwei Grössen für berechnete Mietzinsanpassung, nämlich den Hypothekenzinssatz und den Landesindex der Konsumentenpreise, welche beide im Mietvertrag richtig festgehalten werden sollten um korrekt in zukünftige Mietzinsgestaltungen einfließen zu können.
  - ii. *Nebenkosten*: Im Mietzins inbegriffen, wenn keine explizite Vereinbarung über die Abgeltung von Nebenkosten getroffen wird, wenn zusätzlich geschuldet dann ist besondere Vereinbarung unvermeidlich. Diese Kosten müssen aber mit dem Gebrauch der Mietsache zusammenhängen (VMWG enthält Katalog von anrechenbar und nichtanrechenbar). Ist nun die Nichtinbegriffenheit der Nebenkosten im Mietzins vereinbart, so können diese auf 3 Arten abgerechnet werden: Entweder als direkte Bezahlung (Mieter zahlt direkt an die liefernde Drittpartei), als Pauschale (Höhe der Nebenkosten wird im Vertrag ziffernmässig im Voraus festgelegt und kann auch während der gesamten Mietdauer nicht mehr einseitig verändert werden, der Vermieter muss dabei auf die Durchschnittswerte der letzten 3 Jahre abstellen, dann Abgeltung aller Nebenkosten ohne jährliche Aufstellung, egal ob nun effektiv höher und damit Vermieterverlust oder tiefer und damit Mieterverlust, heute meist nur in Häusern mit vielen kleinen, schnell wechselnden Wohneinheiten) oder aber durch Akontozahlungen (Risiko der Kostensteigerung trägt Mieter, der Vermieter muss jährlich Nebenkostenrechnung erstellen und Akontozahlung wird darauf angerechnet, je nach Ausgang der Abrechnung muss Vermieter dann den zuviel geleisteten Betrag zurückzahlen oder meistens aber öfters, dass Mieter dem Vermieter die Differenz nachzahlen muss. Wichtig ist, dass hier ja der Vermieter das Inkassorisiko für den nachzuzahlenden Betrag hat, wichtig vor allem wenn der Mieter nun schon ausgezogen ist) und zuletzt ist natürlich auch eine Kombination der drei Arten möglich.
  - iii. *Zahlungsmodalitäten (Fälligkeit des Mietzinses)*: Nach Gesetz ist Mietzins immer Ende des Montags bzw. der Mietdauer geschuldet, aber üblich ist es,



explizit zu vereinbaren, dass Miete immer am ersten Tag des Monats für den laufenden Monat bezahlt werden muss (oftmals durch Bankdauerauftrag, aber beachten, dass Überweisung immer ein paar Tage dauert, daher am besten immer Überweisung 5 Tage vor dem Monatsersten anweisen).

- iv. *Sicherheiten*: Besondere Risiken des Vermieters, dass Mieter nicht zahlt oder Mietsache beschädigt, daher durch das Gesetz zwei Sicherheiten für den Vermieter, nämlich das ausserordentliche Kündigungsrecht nach vorgängiger Androhung wenn Mietzinszahlung im Rückstand und bei Geschäftsräumen zusätzlich ein Retentionsrecht an den beweglichen Sachen in den gemieteten Räumlichkeiten. Heute hat sich aber zusätzlich durchgesetzt, ein Mietzinsdepot einzufordern, max. 3 Monatsmieten, dazu muss der Vermieter bei einer Bank ein Konto auf den Namen des Mieters eröffnen und das Geld wird dort eingezahlt (Herausgabe aber dann an den Vermieter nur mit Zustimmung des Mieters oder gestützt auf einen rechtskräftigen Zahlungsbefehl oder ein rechtskräftiges Gerichtsurteil). Weitere Sicherheiten können vertraglich vereinbart werden, zu denken ist an eine Solidarschuldnerschaft oder die Haftung einer Drittperson (Bürgschaft, Garantieerklärung, kumulative Schuldübernahme/Schuldbeitritt, Patronatserklärung bei Mutter- und Tochtergesellschaft oder auch Bankgarantie). Natürlich sind auch Sicherheiten zugunsten des Mieters möglich!

c. *Vertragsdauer und Kündigung*:

- i. *Vertragsdauer*: Mietverträge können auf bestimmte Dauer (enden mit Ablauf der Vertragsdauer) oder unbefristet (enden mit Kündigung) geschlossen werden, auch bei fester Vertragsdauer kann man aber aus dem Mietvertrag aussteigen, sobald man einen zumutbaren Nachmieter gefunden hat (er muss zahlungsfähig und bereit sein, den Mietvertrag zu den gleichen Konditionen zu übernehmen, ein einziger der diese Voraussetzungen erfüllt genügt, passt dieser nun dem Vermieter nicht, braucht er ihn nicht zu akzeptieren, muss aber den Vermieter dennoch aus dem Vertrag entlassen).
- ii. *Kündigungsmodalitäten*: Ist Mietdauer auf bestimmte Zeit, so endet der Vertrag mit Ablauf dieser Zeit. Wenn aber unbefristete Zeit, dann sollten Kündigungsmodalitäten hinsichtlich Kündigungsfrist und auch der Kündigungstermin vereinbart werden, im Gesetz in OR 266a ff. für bestimmte Mietsachen bestimmte Fristen und Termine für ordentliche Kündigung. Eine ausserordentliche Kündigung ist dabei aber immer bei befristeten und unbefristeten Mietverträgen möglich, wenn die Voraussetzungen erfüllt sind (erhebliche Beeinträchtigung der Tauglichkeit des Mietobjekts als Kündigungsmöglichkeit des Mieters, Zahlungsrückstand des Mieters als Kündigungsmöglichkeit des Vermieters, weiterhin für beide der wichtige Grund, bei dem die Fortsetzung des Vertrages für die kündigende Partei unzumutbar wäre). Die Kündigung durch den Mieter muss dabei zwingend schriftlich erfolgen, die Kündigung durch den Vermieter auch schriftlich und auf dem dafür vorgesehenen amtlichem Formular.

- iii. *Modalitäten der Übernahme bzw. Rückgabe des Mieters:* Regelungsbedarf besteht hinsichtlich der Übergabe-/Rücknahmezeit und auch des Übergabetages. Normalerweise wird nun ein Übernahmeprotokoll über den Zustand der Wohnung aufgenommen, dient dann als Referenz für das Protokoll, welches bei Auszug erstellt wird und lässt ableiten, welche Mängel zu Lasten des Schuldners gehen, nämlich alle Schäden, die das normale Mass der Abnutzung überschreiten. Die Pflicht zur Erstellung eines Übernahmeprotokolls sollte aus Beweisgründen sowohl für den Mieter als auch für den Vermieter in den Vertrag aufgenommen werden (wobei der Mieter bei Einzug meistens noch eine Frist von einem Monat hat, um später entdeckte Schäden nachzumelden).
- d. *Gebrauch und Benutzung des Mietobjekts:*
  - i. *Nutzung des Mietobjekts:* Sorgfältiger Gebrauch und Rücksichtnahme auf die anderen Hausbewohner und Nachbarn, Hausordnung kann sinnvoll sein (aber nicht zu einengend in Privatsphäre, kann z.B. Waschtage vereinbaren), auf die Hausordnung muss im Vertrag dann hingewiesen werden. Problematisch kann auch die Belegung werden, Vermieter regeln daher gerne eine Maximalanzahl von in der Wohnung lebenden Personen (aber unzulässig, wenn Mietsache dadurch nicht übernutzt wird), dabei auch wichtig für den Vermieter zu wissen, ob Familienwohnung (-> Verweis auf Zivilstandsmeldeklausel). Problematisch kann auch das Rauchen sein, ein generelles Rauchverbot in Mieträumen ist unzulässig, aber zu starkes Rauchen kann zu übermässiger Abnutzung führen, den Schaden trägt der Mieter. Im Bereich der Miete von Geschäftsräumen kann bestimmte Nutzung wie Bäckerei ect. vereinbart werden, ebenso eine Gebrauchspflicht (um Kundenverlust/Kundschaftswert der Liegenschaft zu behalten).
  - ii. *Haltung von Haustieren:* Haltung ist erlaubt, solange keine weitergehende Beeinträchtigung der Mietsache (vor allem Haltung von Kleintieren in Käfigen), bei dem Ausschluss der Haltung von grösseren Haustieren muss dies im Mietvertrag oder in der allenfalls dazugehörigen Hausordnung vermerkt sein, ansonsten ist Erlaubnis anzunehmen. Oftmals Zwischenlösung durch Klausel, die besagt dass Haustierhaltung nur mit schriftlicher Zustimmung des Vermieters zulässig ist, wobei die entsprechende Genehmigung dann nur aus wichtigen Gründen verweigert werden darf (übermässige Störung, Übernutzung, offensichtlich nicht tiergerechte Haltung).
  - iii. *Unterhalt und Instandhaltung des Mietobjekts:* Vermieter hat Pflicht, das Mietobjekt in einem zum vorausgesetzten Gebrauch tauglichen Zustand zu erhalten (Mieter muss ihm Schäden melden, sonst haftet der Mieter), bei kleinerem Unterhalt ist aber der Mieter zuständig (kleinere Reparaturen bis max. 150-200 CHF). Allfällige Erneuerungen oder Änderungen darf der Vermieter nur vornehmen, wenn sie für den Mieter zumutbar sind und das Mietverhältnis ungekündigt ist, Erneuerungen und Änderungen durch den Mieter dürfen nur mit schriftlicher Zustimmung des Vermieters vorgenommen werden.

- iv. *Untermiete*: Nach OR 262 Untermiete ganz oder teilweise möglich wenn Zustimmung des Vermieters (relativ zwingendes Mietrecht, keine vertragliche Wegbedingung), Vermieter darf Zustimmung nur verweigern, wenn ein Grund nach OR 262 II vorliegt! Generell aber empfehlenswert, die generelle Zulässigkeit der Untermiete in den Mietvertrag aufzunehmen.
  - v. *Übertragung des Mietverhältnisses auf einen Dritten*: Bei Übertragung von Geschäftsräumen zulässig nach dem zwingenden Recht, wenn schriftliche Zustimmung des Vermieters vorliegt (vor allem relevant wenn Mieter sein Geschäft entgeltlich als Ganzes inklusive Ladeneinrichtung, Kundenstamme ect. An Dritten weitergeben möchte), Vermieter kann nur aus wichtigen Gründen verweigern (nach Treu und Glauben unzumutbar für den Vermieter, z.B. mangelnde Solvenz, beabsichtigte vertragswidrige Benutzung oder fehlende Bewilligung für im Mietvertrag vorgesehene Tätigkeit). Bei anderen Verträgen wie Wohnräumen ist eine Übertragung nicht vorgesehen, wenn dann über die Regeln der generellen Vertragsübernahme mit Zustimmung aller involvierten Parteien (speziell allenfalls Übertragung der Familienwohnung bei Scheidung).
- e. *Schlussbestimmungen*:
- i. *Gerichtsstand*: Schlichtungsbehörde am Ort der Sache (bei Miete unbeweglicher Sachen) zuständig.
  - ii. *Anwendbares Recht*: OR 253 – 274g, bei internationalem Bezug mit IPRG 119 (Verträge unterstehen dem Recht des Staates, auf dem sich das Grundstück befindet, wobei Rechtswahl grundsätzlich zulässig ist)
  - iii. *Verfahren*: Bundesrechtliche Minimalstandards für Gerichtsorganisation und Zivilprozess in Mietsachen in OR 274-274g (kaum Raum für Parteiabreden), wichtig vor allem Schlichtungsbehörde.
  - iv. *Vertragswirksamkeit und Änderungen*: Meistens gute Klausel, dass Mietvertrag erst mit Unterzeichnung durch beide Vertragsparteien rechtswirksam wird und Änderungen schriftlich zu erfolgen haben (nicht notwendig, aber meistens hilfreich!).
  - v. *Fristen*: Möglichst rasches Behandeln des Mieteranliegens durch den Vermieter hinsichtlich Zustimmungen zu Untermiete/Nachmiete/ect., je nach Art des Mietverhältnisses, der Person ect. länger oder kürzer (Einzelfall! Bei Nachmieter für Geschäftsräume hat das BGer Frist auf einen Monat gesetzt).

## **Kapitel 6: Arbeitsvertrag und verwandte Verträge**

Allgemeines: Ein Unternehmen kann neue Arbeitnehmer einstellen, freie Mitarbeiter beschäftigen oder Arbeiten von einem externen Unternehmen erledigen lassen (Outsourcing). In zivilrechtlicher Hinsicht ist die Wahl zwischen Auftrag und Arbeitsvertrag (bei letzterem bestehen aus Gründen des Arbeitnehmerschutzes zahlreiche zwingende Bestimmungen). Wichtig sind auch die steuer- und sozialversicherungsrechtlichen Konsequenzen der Vertragsgestaltung und das Gebot der Sicherheit hat bei der Vertragsgestaltung besondere Bedeutung.

## Arbeitsvertrag – Auftrag

1. Allgemeines: Die Unterscheidung hat weitreichende Konsequenzen in privat-, sozialversicherungs- und steuerrechtlicher Hinsicht. Im Arbeitsrecht viele zwingende OR-Vorschriften, Auftragsrecht aber weitestgehend dispositive Bestimmungen und nur Leistung des vereinbarten Entgelts ohne Sozialversicherungsprämien. Privatpersonen haben also oft Interesse am Arbeitsvertrag, Arbeitgeber aber eher am Auftrag.
2. Privatrecht:
  - a. *Rechtsfolgen der Unterscheidung:* Arbeitsvertrag (OR 319 ff.) und Auftrag (OR 394 ff.) sind sehr unterschiedlich, im Arbeitsrecht viele einseitig oder beidseitig zwingende Normen zum Arbeitnehmerschutz, im Auftragsrecht nur OR 400 und OR 404 zwingend, also viel grösserer Gestaltungsspielraum! Im Arbeitsrecht z.B. zwingend: Kündigungsvorschriften, Vorschriften über Entlohnung/Freizeit und Ferien sowie Zuweisung der Betriebsrisiken.
  - b. *Qualifikationskriterien:* Für die Abgrenzung des Arbeitsvertrages sind eine Reihe von Punkten massgebend (Pflicht zur Arbeitsleistung, Subordinationsverhältnis, bestimmte oder unbestimmte Dauer, Entgelt), besonderes Kriterium ist aber das Subordinationsverhältnis, also die Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation. Auch massgebend ist das Kriterium der wirtschaftlichen Abhängigkeit sowie der Zeitpunkt (je mehr Freiheiten hinsichtlich Arbeitszeit, desto eher Auftrag) und auch die Möglichkeit, eine Hilfsperson beizuziehen (auch eher für Auftrag, denn dann keine Erledigung in eigener Person). Für einen Arbeitsvertrag sprechen bestimmte Klauseln (Vereinbarung eines Zeitlohne und fester Arbeitszeiten, Bindung an Arbeitsplatz, Arbeitsleistung in eigener Person, Regelungen über zulässige Nebentätigkeiten/ Überstundenarbeit/ Lohnfortzahlungspflicht, Freizeit- und Ferienregelung, Probezeit, Konkurrenzverbot).
  - c. *Fazit:* Grösstes Risiko für uns ist, dass ein von uns gestalteter Auftrag plötzlich ein Arbeitsvertrag ist, daher grosse Sorgfalt, aber nie genaue Sicherheit über die Vertragsqualifikation durch das Gericht, in Grenzfällen wie Verwaltungsratsmandaten immer Vorsicht walten lassen, auch Hinweis auf Risiken (Entweder dann Inkaufnahme des Risikos, Einbringung von Klauseln die Qualifikation voraussehbar machen oder aber Ausgehen von der ungünstigen Variante und entsprechende Anpassung des Vertrags).

### *Typischer Arbeitsvertrag:*

1. Einleitung mit Vertragsparteien und Präambel
2. Hauptteil (Umschreibung des Tätigkeitsbereiches, Einordnung in Betrieb, Beginn und Dauer des Arbeitsverhältnisses, Probezeit, Arbeitszeit, Überstunden, Lohn, Spesen, 13. Monatslohn, Ferien, Feiertage und Freizeit, Absenzen des Arbeitnehmers, Berufliche Vorsorge)
3. Schlussbestimmungen.

### *Typischer Auftrag:*

1. Einleitung mit Vertragsparteien und Präambel
2. Hauptteil (Auftrag, Vergütung)
3. Schlussbestimmungen

### 3. Schuldbetreibungs- und Konkursrecht:

- a. *Rechtsfolgen der Unterscheidung:* Zentrale Bedeutung im Konkurs, denn die erste Klasse von nicht pfandgesicherten Forderungen bilden nach SchKG 219 IV lit. a die Forderungen von Arbeitnehmer aus dem Arbeitsverhältnis, er ist dann also im Konkurs privilegiert, während der Auftragnehmer keine Chance hat und als übriger Gläubiger angesehen wird.
- b. *Qualifikationskriterien:* Nach SchKG gilt als Arbeitsverhältnis ein Einzelarbeitsvertrag, ein Lehrvertrag, ein Handelsreisendervertrag und ein Heimarbeitsvertrag, geschützt werden aber nur Personen die auf den Lohn angewiesen sind, daher 2. Voraussetzung neben Vorliegen eines Arbeitsvertrages ein Abhängigkeits- oder Unterordnungsverhältnis zum Arbeitsgeber (damit kein Konkursprivileg nach Rechtssprechung für leitende Angestellte wie Direktoren oder Verwaltungsräte bei Gesellschaften).

### 4. Sozialversicherungsrecht:

- a. *Rechtsfolgen der Unterscheidung:* Hier ist Abgrenzung zwischen selbstständiger und unselbstständiger Erwerbstätigkeit relevant, wichtig für Passivlegitimation für Beitragsforderungen (AHV), Höhe des Beitragssatzes (AHV), Bemessungsgrundlage (AHV) und Versicherungsobligatorium (UV; BV; ALV).
- b. *Qualifikationskriterien:* Ein Arbeitsverhältnis gilt hier immer als unselbstständige Tätigkeit, aber kein einheitlicher Arbeitnehmerbegriff, hier sind die wirtschaftliche Gegebenheiten massgebend, entweder unselbstständig (=von einem Arbeitgeber in betriebswirtschaftlicher oder arbeitsorganisatorischer Hinsicht abhängig, kein spezifisches Unternehmerrisiko, Merkmale sind die Weisungsgebundenheit/Unterordnungsverhältnis, Arbeitsplan und Rechenschaftspflicht, Konkurrenzverbot, persönliche Aufgabenerfüllung und Kontrolle, fehlendes Unternehmerrisiko wenn keine Investitionen oder Kapitaleinsatz, keine eigenen Geschäftsräumlichkeiten, Entlöhnung im Stundenlohn und nicht auf Arbeit als solche) oder selbstständig (nach BGer: Wenn die betroffene Person durch Einsatz von Arbeit und Kapital in frei bestimmter Selbstorganisation und nach aussen sichtbar am wirtschaftlichen Verkehr teilnimmt mit dem Ziel, Dienstleistungen zu erbringen oder Produkte zu schaffen, deren Inanspruchnahme oder Erwerb durch finanzielle oder geldwerte Leistungen abgegolten wird).

### 5. Steuerrecht:

- a. *Rechtsfolgen der Unterscheidung:* auch hier Abgrenzung zwischen selbstständig und unselbstständig, unterschiedliche Abzüge vom steuerbaren Einkommen (selbstständig mehr, auch Unterscheidung zwischen Privat- und Geschäftsvermögen und auch MWST-Pflicht, Steuerdomizil am Geschäftsort des Selbstständigen, bei unselbstständig nur Fahrtkosten und andere Berufskosten, Steuerdomizil am Wohnort, und Unternehmer hat bei Auftrag Möglichkeit zum Vorsteuerabzug, bei den Lohnkosten des Arbeitnehmers aber nicht).

- b. *Qualifikationskriterien: selbstständige Merkmale* (eigenes Risiko, Absicht der Gewinnerzielung, Teilnahme am Wirtschaftsverkehr) und *unselbstständige Merkmale* (Arbeitsleistung auf unbestimmte oder bestimmte Zeit, Entgeltlichkeit/Lohn, Weisungsgebundenheit).
6. Öffentliches Arbeitsrecht: Unterteilt in
- a. *Arbeitsschutzrecht*: Vorwiegend im Arbeitsgesetz und in Verordnungen sowie in UVG 81 ff. geregelt, Vorschriften über Gesundheitsschutz, Arbeits- und Ruhezeiten und Sonderschutz für Jugendliche und Frauen.
  - b. *gestaltetes öffentliches Arbeitsrecht*: Geltungsbereich nach dem Betriebsbegriff (jede Arbeitsorganisation, in der ein Arbeitnehmer beschäftigt wird, welcher in den persönlichen Geltungsbereich des Gesetzes fällt) und persönlicher Geltungsbereich umfasst alle Arbeitnehmer (in fremde Arbeitsorganisation eingegliedert und in persönlicher Unterordnung Arbeit leistend), anwendbar wenn Voraussetzungen erfüllt sind: Existenz eines Betriebs, Beschäftigung von Arbeitnehmern, keine Ausnahme vom betrieblichen Geltungsbereich nach ArG 2 und keine Ausnahme vom persönlichen Geltungsbereich nach ArG 3).
  - c. *Sozialversicherungsrecht*
7. Gesamtarbeitsverträge: Verträge zwischen einzelnen oder mehreren Arbeitgebern bzw. deren Verbänden und Arbeitnehmerverbänden, begründen auch Pflichten und Rechte für Verbandsmitglieder die keine Vertragspartei sind (=Verträge zugunsten bzw. zulasten Dritter), die normativen GAV-Bestimmungen sind Gesetze im materiellen Sinn. Wichtig für uns sind die Bestimmungen, die unmittelbar Rechte und Pflichten zwischen den Parteien des einzelnen Vertragsverhältnisses begründen (anders indirekt-schuldrechtliche Bestimmungen, die gelten auch für das einzelne Arbeitsverhältnis, begründen aber Rechte und Pflichten bloss gegenüber den Verbänden oder Dritten und nicht gegenüber dem Vertragspartner des Einzelarbeitsvertrages). Die normativen GAV-Bestimmungen enthalten Mindestarbeitsbedingungen zugunsten der Arbeitnehmer, diese Inhaltsnormen sind wichtigster Teil des GAV (v.a. Mindestlohn, Zulagen für Erschwernisarbeits wie Nacht- und Schichtarbeit, Arbeitszeiten, Lohnfortzahlung, Ferien), dieser normative Teil bewirkt den Schutz der Arbeitnehmer, die Vertragsfreiheit wird zu deren Gunsten eingeschränkt, einseitig zwingend (Abweichen zu Gunsten des Arbeitnehmers natürlich möglich). Der Geltungsbereich des GAV ist zeitlich auf die Vertragslaufzeit begrenzt, persönlich auf die beteiligten Arbeitgeber und –nehmer also auf tarifgebundene Personen und räumlich auf das gesamte Gebiet nach Zuständigkeit nach Satzung. Immer prüfen: Muss ein GAV berücksichtigt werden? (Existiert ein GAV, dessen Geltung für das fragliche Arbeitsverhältnis zu prüfen ist? Sind die Vertragsparteien Mitglieder von Verbänden, die GAV-Vertragsparteien sind? Falls nein, hat ein Anschluss des Aussenseiters stattgefunden? Falls nein, wurde der GAV für allgemeinverbindlich erklärt? Prüfung des Geltungsbereichs in zeitlicher, räumlicher und sachlicher Hinsicht. Bestimmung der unmittelbar anwendbaren, einseitig zwingenden GAV-Normen. Soll zu Gunsten des Arbeitnehmers abgewichen werden? Berücksichtigung der indirekt-schuldrechtlichen

Bestimmungen. (am besten auch bei Auftrag, weil bisher noch keine Regelung über allfällige analoge Anwendung).

8. Zur Hierarchie der Rechtsquellen im Arbeitsprivatrecht:
  - a. Im obersten Rang zwingendes Gesetzes- und Verordnungsrecht (öffentliches Arbeitsrecht, Arbeitsprivatrecht – aber Unterscheidung zwischen absolut und relativ zwingend!)
  - b. Gesamtarbeitsvertrag (sofern auf das konkrete Arbeitsverhältnis anwendbar, aber Abreden zu Gunsten des Arbeitnehmers möglich, andere Vereinbarungen nichtig!)
  - c. Betriebsordnung (wenn vorhanden, nur für industrielle Betriebe obligatorisch, darf dem zwingenden Recht und der verbindlichen GAV nicht widersprechen, Verbindlichkeit erst nach Bewilligung durch kantonale Behörde und Bekanntgabe im Betrieb)
  - d. Individualarbeitsvertrag
  - e. Dispositive Regelungen des GAV und dispositives Gesetzesrecht
  - f. Weisungsrecht des Arbeitgebers

#### Flexibilisierte Erwerbsformen

1. Allgemeines: Die zwingenden Bestimmungen des Arbeitsrechts beschränken Vertragsfreiheit zum Schutz der Arbeitnehmer, aber damit auch Zielkonflikt der Arbeitgeber, denn sie möchten ja die Beschäftigten mittels Weisungen und Kontrollrechte eng binden, aber auch die Qualifikation als Arbeitnehmer aufgrund der Lohnnebenkosten meiden. Heute vielfache Flexibilisierung der Arbeitszeiten und der Entlohnung (allenfalls Mindestlöhne nach GAV), daher heute einige neue, flexibilisierten, atypische Erwerbsformen, die einer Vollzeittätigkeit für einen Arbeitgeber ausweichen, auch hinsichtlich saisonaler Schwankungen und auch Scheinselbstständigkeit, dabei auch jeweils teilweise erhebliche sozialversicherungsrechtliche Auswirkungen.
2. Regelmässige Teilzeit-Arbeit: Ist ein auf Dauer angelegtes Arbeitsverhältnis, das eine kürzere als die betriebsübliche Arbeitszeit vorsieht und den auszuübenden Zeitraum festlegt (welche Wochentage, welche Zeiten, unter welchen Voraussetzungen Verschiebung durch Arbeitgeber oder Arbeitnehmer möglich?), es braucht auch eine Regelung bzgl. der Festtage (Nacharbeiten der ausgefallenen Stunden) und bzgl. der Überstundenarbeit (also Arbeit über das vereinbarte Pensum hinaus). Im öffentlichen Arbeitsrecht fehlt Regelung bzgl. Teilarbeit, daher vertragliche Vereinbarungen bzgl. Höchstarbeitszeit, Überzeit und dauernder Nacharbeit wichtig, genauso wie Umfang der Arbeitszeit, Regelung der Arbeitstage/Arbeitszeiten, Überstundenregelung, Anspruch auf freie Tage und Stunden. Hier meistens geringere Abhängigkeit, auch ein Mehrfachbeschäftigter mit mehreren Teilzeitstellen kann selbstständig erwerbend sein je nach Einzelfall, wichtig ist dass allenfalls bei niedriger Stundenzahl beim gleichen Arbeitgeber zwar AHV und BV-Leistungen wie Vollzeitbeschäftigte, aber keine Unfallversicherung für Nichtberufsunfälle, ebenso ist das Obligatorium der beruflichen Vorsorge vom Mindestlohn abhängig und hier muss dieser Mindestlohn in einem einzigen Arbeitsverhältnis erreicht werden (aber freiwillige Versicherung, wenn mehrere Stellen zusammen Mindestlohn ergeben).

3. Arbeit auf Abruf: Teilzeitarbeit im unbefristeten Arbeitsvertrag, Dauer und Zeitpunkt der Arbeitseinsätze werden durch Parteivereinbarung oder meistens einseitig vom Arbeitgeber festgelegt, die Arbeit unterteilt sich in 2 Phasen, nämlich die eigentliche Arbeitszeit und die Rufbereitschaft, daher ist die Regelung des Abrufes wichtig (gegenseitiges Einverständnis? Einseitig durch Arbeitgeber?, Muss Arbeitnehmer Angebot annehmen und kann er ablehnen?). Meistens nicht nur Arbeitseinsatz entgeltlich, sondern auch Lohn für Rufbereitschaft (tiefer als bei reiner Arbeit, aber bedarf im Vertrag auf jeden Fall einer Regelung). Geregelt werden sollte die Annahmepflicht des Arbeitnehmers, die Angebotspflicht des Arbeitgebers, das Abrufrecht, die Abrufzeit, Mindestdauer des Einsatzes und Lohn für Arbeitszeit und Rufbereitschaft. BGer hält kapazitätsorientierte variable Arbeitszeit für zulässig, entschied auch über Lohn für Rufbereitschaft (wenn keine Vereinbarung, dann nicht geschuldet wenn Abruf auf gegenseitiges Einverständnis, aber bei Arbeit auf einseitigen Abruf ist auf jeden Fall die Wartezeit im Betrieb auf Arbeit zu entschädigen, ebenso die Wartezeit ausserhalb des Betriebes, aber Lohn nicht gleich wie für direkte Arbeit).
4. Aushilfs- und Gelegenheitsarbeit: Für jeden Einsatz wird gesondertes und befristetes Arbeitsverhältnis eingegangen, keine ständige Einsatzbereitschaft, auch Ablehnung der Arbeit durch Arbeitnehmer möglich, daher auch keine Kündigungsschutznormen, hohe Flexibilität für beide Seiten, aber Unzulässigkeit von Kettenarbeitsverträge (Kündigung des normalen Arbeitsverhältnisses, immer wieder Anstellung für 3 Monate als befristetes Arbeitsverhältnis, ist unzulässiges Umgehungsgeschäft und wird die unbefristetes Arbeitsverhältnis beurteilt. Wichtig ist auch, dass in der vertragslosen Zeit Versicherungslücken auftreten können, wenn Versicherung vom Bestand eines Arbeitsverhältnisses abhängig (Berufliche Vorsorge, Unfallversicherung), aber Möglichkeit der freiwilligen Versicherung.
5. Jobsharing: Arbeitgeber verzichtet auf Weisungsrecht bzgl. Arbeitszeiten, Stelle wird selber zwischen zwei oder mehr Arbeitnehmern untereinander aufgeteilt, gegenseitige Rücksichtnahme, entweder uneigentliches Jobsharing (Vollzeitstelle wird auf verschiedene feste Teilzeitarbeitsverhältnisse aufgeteilt) oder eigentliches Jobsharing (jeder hat eigenes Arbeitsverhältnis, Aufteilung der Arbeitszeit wird selber organisiert, oder Bildung einer Gruppe und gemeinsame Verantwortlichkeit der Einhaltung der vertraglichen Pflichten), Zentral ist hier die Regelung der Vertretungspflicht (ohne vertragliche Regelung besteht nach Praxis keine Vertretungspflicht für andere und auch keine Abrufbereitschaft, auch der Umfang der Vertretungspflicht sollte geregelt werden, besteht eine Vertretungspflicht, dann müssen die anderen Jobsharer immer abrufbereit sein), weiter sollte vertraglich vereinbart werden die Pflicht zur Aufstellung eines Arbeitsplans sowie die Frage, ob Jobsharern nur einzeln oder gemeinsam gekündigt werden darf.
6. Arbeitnehmerähnliche Personen (Scheinselbstständige): Entwicklung des Phänomens der Scheinselbstständigkeit, v.a. beim Outsourcing (Abteilungen werden aus Unternehmen ausgegliedert und m Auftragsverhältnis weiterbeschäftigt, jetzt aber eben nicht mehr Arbeitsverhältnis sondern diese Personen arbeiten dann als freie Mitarbeiter selbstständig und sind dennoch von



ihrem „Arbeitgeber“ abhängig, auch wenn eigentlich eher geringfügige Weisungsabhängigkeit in örtlicher/zeitlicher/fachlicher Hinsicht besteht). Es bestehen eben wirtschaftliche Abhängigkeiten und auch persönliche, wobei die persönlichen eben nicht so ausgeprägt sind wie in Arbeitsverhältnissen, also eine Grauzone, man spricht dann von Scheinselbstständigkeit (= Personen, die aufgrund eines privatrechtlichen Vertrages, der kein Arbeitsvertrag ist, zu persönlicher Arbeitsleistung verpflichtet sind aber dennoch vom Auftragsgeber wirtschaftlich abhängig sind). Entscheidend ist hier eben wirtschaftliche Abhängigkeit (Indizien: Verzicht auf eigene unternehmerische Tätigkeit (Fremdbestimmung), Grossteil der Einnahmen stammt aus derselben Erwerbsquelle, Periodisches und gleichbleibendes Entgelt, Konkurrenzverbot und Konventionalstrafen).

- a. *Zivilrechtliche Würdigung*: Innominatvertrag über eine Arbeitsleistung aber ohne direkte persönliche Abhängigkeit, das charakteristische Merkmal des Arbeitsvertrages fehlt. Das Regelungsziel der zwingenden Normen im Arbeitsrecht besteht zum Schutz der Arbeitnehmer (analoge Anwendung auch im Auftrag, wenn das Vorliegen einer persönlichen und wirtschaftliche Abhängigkeit dies fordert).
- b. *Sozialversicherungsrechtliche Würdigung*: Massgebend sind wirtschaftliche Gegebenheiten, Scheinselbstständige werden danach also im Sozialversicherungsrecht als Unselbstständige behandelt, also muss Arbeitgeber doch Beiträge zahlen und damit keine Reduktion der Lohnnebenkosten durch dieses Outsourcing.
- c. *Öffentliches Arbeitsrecht*: In der Regel keine Anwendbarkeit des ArG (analoge Anwendung wie Heimarbeiter, auch ausgenommen vom persönlichen Geltungsbereich des ArG), also nicht anwendbar, ausser es liege im Einzelfall eine starke arbeitsrechtliche Ausprägung vor.
- d. *Gesamtarbeitsvertrag*: Analoge Anwendung des GAV, wenn Regelung der entsprechenden Bestimmung dies verlangt (wie zwingende Bestimmungen des privaten Arbeitsrechts!).
- e. *Konsequenzen für den Vertragsjuristen*: Aussage über zivil- und sozialversicherungsrechtliche Qualifikation sehr schwierig. Arbeitsrechtlicher Innominatvertrag, wenn starke Weisungsgebundenheit und finanzielle und wirtschaftliche Abhängigkeit und dennoch kein Arbeitsvertrag. Also keine allgemeinen Aussagen möglich, kommt immer auf das Ausmass der persönlichen und wirtschaftliche Abhängigkeit der leistungspflichtigen Person an, ob eher Orientierung am Arbeitsvertrag oder Auftrag.

## Kapitel 7: Absatzförderungsverträge

Allgemeines: Hier geht es eben nicht in erster Linie darum, sich die Arbeitskraft einer Person gegen Entgelt nutzbar zu machen (wie bei Arbeitsverträgen) sondern den Absatz seiner Produkte voranzutreiben indem betriebsfremde Personen mit der Absatzförderung beauftragt werden, dabei wird das Absatzrisiko abgewälzt und das eigene Vertriebskonzept dennoch durchgesetzt, der Unternehmer ist hier meist stärkere Vertragspartei, daher eventuell gewisses Abhängigkeitsverhältnis (dann eventuell analoge Anwendung des zwingenden Arbeitsrechts?)

Agenturvertrag (OR 418a ff.): Hier verpflichtet sich der Handelnde, für einen oder mehrere Auftraggeber Geschäfte zu vermitteln (Vermittlungsagent) oder in ihrem Namen und für ihre Rechnung abzuschliessen (Abschlussagent). Der Agent ist dabei Selbstständigerwerbender, trägt Kosten und Risiko selber, ist in organisatorischer Hinsicht nicht weisungsgebunden, bestimmt frei über seine Arbeitszeit und kann mangels abweichender Verabredung Hilfspersonal und Unteragenten beschäftigen/beauftragen. Der Agenturvertrag ist immer von Dauer (anders als Maklervertrag und Kommission), es gibt aufgrund des fehlenden Subordinationsverhältnisses das Arbeitsverhältnis (anders als Handelsreisender), er handelt im Namen und auf Rechnung des Auftraggebers (anders Alleinvertreter der im eigenen Namen kauft und verkauft), bei einer Abschlussvollmacht kann er als Abschlussagent auftreten (und verpflichtet dann den Auftraggeber als dessen direkter Stellvertreter). Beim Agenturvertrag gewisse zwingende Bestimmungen (OR 418c III, 418d II und 418 u). Als Faustregel: Dienstleistende Person immer eher Agenturvertrag, Vertragspartner immer eher andere Form eines Vertriebsvertrages

### Alleinvertriebs- oder Alleinvertretervertrag:

Zeichnet sich durch zwei Arten von Abreden aus, nämlich Abreden über die sukzessive Lieferung und den Bezug von Waren und Ausschliesslichkeitsabreden. Der Lieferant verpflichtet sich, seinem Alleinvertreter bestimmte Waren zu einem festgelegten Preis zu liefern und ihm ein örtlich/sachlich/zeitlich begrenztes ausschliessliches Bezugsrecht einzuräumen. Der Alleinvertreter verpflichtet sich, Waren in bestimmtem Umfang zu beziehen, den Preis zu zahlen und die Vertriebsförderung mit Pflichten die Werbung und Kundenpflege zu übernehmen (Bezugsrecht und Vertriebsförderungspflicht).

Sehr viele Arten von Alleinvertriebsverträgen vor, gewisse Klauseln meistens enthalten (Pflicht zur Absatzförderung, Gebietsschutz, Mindestbezug, Lagerhaltung-/Preisbindungs-/Vertriebsbindungsklauseln, Bezugsverbot von Konkurrenzprodukten ect.), dient in wirtschaftlicher Hinsicht vor allem den Güterabsatz, der Risikobegrenzung und der Ausschaltung des Preiswettbewerbs. Enthält Elemente des Kaufvertrags (Sukzessivlieferung) und gewisse Nebenpflichten wie Treuepflichten und Konkurrenzverbote. Es herrscht reiche Lehre und Praxis, besonders relevant sind Grundprinzipien des Sukzessivlieferungsvertrages und des Agenturvertrages, in der Regel keine analoge Anwendung vom Arbeitsrecht (Abhängigkeitsverhältnis zu gering) und nur in Ausnahmefällen

Kundschaftsentschädigung. Wichtig ist hier die kartellrechtliche Problematik durch selektive Vertriebssysteme, die eine Vertikalabrede zwischen Hersteller und Händlern darstellen und ein Vertrag ist daher immer auf seine kartellrechtliche Zulässigkeit zu prüfen: Handelt es sich beim Lieferanten um ein marktbeherrschendes Unternehmen? (Nein, dann okay!). Wenn ja, liegt ein Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung vor (wenn nein, dann okay!). Wenn ja, handelt es sich um eine harte Vertikalabrede? (wenn ja, dann unzulässig!) Wenn nein, wird der Wettbewerb erheblich beeinträchtigt? (Wenn nein, dann okay). Wenn ja, ist die Vertikalabrede aus Gründen der wirtschaftliche Effizienz gerechtfertigt? Wenn ja, dann ist Absprache okay, wenn nicht, dann Absprache unzulässig. Beratung hier aber immer sehr wage, besser wäre es, gegen entgeltliche Beratung das Weko-Sekretariat in Anspruch zu nehmen.

#### Franchisingvertrag:

Hier stellt der Franchisinggeber dem Nehmer gegen Entgelt das Recht der Nutzung eines Absatzkonzeptes zur Verfügung, er darf dann normalerweise im eigenen Namen und auf eigene Rechnung den Namen/Marke und die Erfahrung des Gebers nutzen, der Nehmer muss dafür eine Vergütung zahlen und die Waren getreu des Vertriebskonzeptes absetzen/anbieten. Es gibt eine Reihe von typischen Klauseln in Franchisingverträgen (Recht zur Nutzung des Vertriebskonzepts, Entgelt, Pflicht zur Absatzförderung, Weisungsrecht und Kontrollrecht des Gebers ect.) auch eine Reihe von verschiedenen Formen (Produkt- oder Betriebsfranchising, Einzelfranchising ohne Weiterübergaberecht und Globalfranchising mit dem Recht zur Vergabe von Unterfranchisen sowie Subordiantions- oder Partnerfranchising je nach Weisungsbefugnis). Franchising ist ein Absatzsystem und Mittel der Risikobegrenzung, der Nehmer wird in die Organisation des Gebers eingebunden und kann Weisungen erhalten). Der Vertrag ist dabei über eine Arbeitsleistung mit einem stark ausgeprägten Gebrauchsüberlassungselement, wichtig ist die Absatzförderungspflicht (auch Elemente aus Kauf, Miete/Pacht, Lizenzvertrag, Auftrag, Arbeitsvertrag, Alleinvertretervertrag, einfache Gesellschaft). Oftmals besteht eine wirtschaftliche Abhängigkeit obwohl der Nehmer als rechtlich selbstständig mit eigenem Unternehmerrisiko auftritt. Die analoge Anwendung von zwingendem Arbeitsrecht wird nur in Ausnahmefällen bei extremer wirtschaftlicher Abhängigkeit angewendet.

## Kapitel 8: Internationales Joint Venture im Technologiebereich

Allgemeines: Hier geht es um grenzüberschreitende, komplexe Verträge mit mehreren Parteien und je nach vertraglicher Regelung kommen hier mehrere Rechtsordnungen zur Anwendung, typisch z.B. bei internationalen Werkverträgen, weltweiten oder internationalen Lizenzverträgen, Banken- und Finanzierungsverträge, Joint-Venture-Verträge mit Unternehmen aus verschiedenen Staaten zum Betrieb eines gemeinsamen Unternehmens. Bei der Ausarbeitung ist es wichtig, dass eine enge Zusammenarbeit zahlreicher Spezialisten erfolgt, um eine möglichst massgeschneiderte Lösung zu finden, die den vielen Variablen im internationalen Wirtschaftsverkehr so gut wie möglich Rechnung trägt, und auch eine möglichst übernationale und von einem bestimmten nationalen Recht losgelöste Lösung.

### Vertragsgestaltung:

1. Informationsbeschaffung: Wie immer Kenntnis über die notwendigen Informationen über die wesentlichen Vertragspunkte, aber hier sind auch die Informationen über die involvierten Rechtsordnungen wichtig und zwar in materieller und prozessualer Hinsicht und auch mögliche anwendbare Kollisionsrechte.
2. Vertragsentwurf:
  - a. Einleitung: möglichst ausführliche Präambel und eine Beschreibung der Parteien
  - b. Hauptteil: Umschreibung des Vertragsgegenstandes, Haupt- und Nebenpflichten und –rechte der Beteiligten, Vorschriften über Gewährleistung/Haftung/Leistungsstörungen/Vorschriften über (Teil-) Nichtigkeit in Form einer salvatorischen Klausel
  - c. Schlussbestimmungen: Form des Vertrages und der Änderungen, das anwendbare Recht in der Regel durch eine Rechtswahl sowie eine Gerichtsstands- oder Schiedsklausel
3. Rechtsanwendung: Viel zu weit um hier zu behandeln, beim hier angegebenen Fall sind die wichtigsten Elemente wohl die Lizenzierung von Immaterialgüterrechten und Know-How des Lizenzgebers und die damit zusammenhängenden Fragen, am besten durch Arbeit von Spezialistenteams!
4. Umsetzung der Planungsziele:
  - a. *Konfliktvermeidung:* Am besten ist eine möglichst genaue Umschreibung der Parteien, ihren Zielen und ihrer Vorgehensweise sowie der Rechtsmittel und – behelfe für einen Konflikt.
  - b. *Konfliktlösung:*
    - i. *Schiedsvereinbarungen als Mittel der Konfliktlösung:* Bei grenzüberschreitenden Verträgen sind Schiedsgerichtsbarkeitsvereinbarungen die Regel, das Schiedsgericht ist dabei ein privates und kein staatliches Gericht, einige Besonderheiten!
    - ii. *Besonderheiten der Schiedsgerichtsbarkeit gegenüber der staatlichen Gerichtsbarkeit:* Hier erfolgt die Auswahl der Richter durch die Streitparteien

(oftmals erfahrene Juristen), die Richter sind dabei oft besonders sachkundig und das Verfahren findet unter Privaten statt (Vertraulichkeit, keine Geschäftsgeheimnisse in Öffentlichkeit, keine Publikation des Schiedsspruchs). Da es kein ordentliches Rechtsmittel gibt, Verfahren meist schneller als bei staatlichem Gericht, aber als Nachteil sind die begrenzten Kompetenzen des Gerichts anzusehen (keine Hoheitsgewalt, keine Vollstreckung des Schiedsspruchs oder Durchsetzung vorsorglicher Massnahmen, in diesen Fällen Ersuchung der Mitwirkung eines staatlichen Gerichts). Ist zwar Urteil von Privatpersonen, aber Urteil meist gestützt auf ein internationales Übereinkommen oder auf nationales Recht gestützt gerichtlich anerkannt und vollstreckt!

iii. *Arten der Schiedsgerichtsbarkeit:*

1. Institutionelle Schiedsgerichtsbarkeit: Hier einigen sich die Parteien darauf, für die Entscheidung allfälliger Streitigkeiten auf eine Schiedsgerichtsinstitution zurückzugreifen, diese Institutionen haben eigene Verfahrensregeln, es muss ein Antrag an die gewählte Schiedsinstitution gerichtet werden, die dann im Folgenden das Verfahren leitet.
2. Ad-hoc-Schiedsgerichtsbarkeit: Hier vereinbaren die Parteien die Streitbeilegung durch ein Schiedsgericht ohne Bezugnahme einer Schiedsgerichtsinstitution, Parteien einigen sich im Voraus oder nachträglich über die Besetzung des Gerichts, das Verfahren wird durch die Parteien oder das Schiedsgericht festgelegt.

iv. *Rechtsquellen der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit:* Hier

unterschiedliche Regelungen für nationale und internationale Schiedsverfahren, in der CH z.B. Internationale Schiedsgerichtsbarkeit nach IPRG 176 wenn eine Partei bei Abschluss der Schiedsvereinbarung Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt nicht in der CH hat. Rangordnung der Rechtsquellen: 1. Staatsverträge (NYÜ), 2. Nationales Recht (IPRG, UNCITRAL), 3. Nicht-staatliche Normen.

1. Staatsverträge: NYÜ von 1958, bedeutendster Staatsvertrag auf dem Gebiet der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit, regelt Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche, aber auch Anforderungen z.B. an Form von Schiedsklauseln.
2. Nationales Recht: in der CH internationales Schiedsverfahrenrecht in IPRG 176 ff. geregelt (Schiedsgericht hat Sitz in der CH und eine Partei hat keinen Sitz in der CH). Auch relevant ist das UNCITRAL, Organisation der UNO zur Rechtsharmonisierung auf dem Gebiet des internationalen Handelsrechts, ist ein Modellgesetz das auf die Gesetzgebung vieler Staaten Einfluss hat (relevant wenn Schiedsgericht seinen Sitz nicht in der CH hat).
3. Nicht-staatliche Normen: Hier geht es um die Schiedsverfahrensregeln der jeweiligen Institutionen der Schiedsgerichtsbarkeit, da diese private Gerichte sind, können sie auch das Verfahren selber regeln, Aber: Die Handelskammern der CH hatten bisher jeweils eigene Regeln, haben aber

jetzt durch die „Swiss Rules“ (Swiss Rules of international Arbitration) einheitliche Regeln für alle geschaffen.

- v. *Anerkennung und Vollstreckung des Schiedsspruchs*: Schiedsgericht kann Urteil nicht selber vollstrecken, sondern ist auf Mitwirkung der Behörden angewiesen, die Schiedssprüche müssen also vor der Vollstreckung von einem Gericht für vollstreckbar erklärt werden, die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche ist Gegenstand des NYÜm es regelt auch mögliche Ablehnungsgründe (unwirksame Schiedsvereinbarung, fehlendes rechtliches Gehör, fehlerhafte Gerichtszusammensetzung).
- c. *Gebot der Durchsetzbarkeit*: Vereinbarung des Gerichtsstands oder eine Schiedsgericht verbessert Rechtsicherheit, dabei müssen aber auch die zwingenden Bestimmungen anwendbarer Staatsverträge beachtet werden.
- d. *Regelung des Insolvenzfalles*: Sind aus Verhandlungsgründen keine Kreditsicherheiten möglich, so ist auf jeden Fall abzuklären, wie die Rechtslage wäre, wenn über die andere Partei ein Insolvenzverfahren eröffnet würde, dabei ist es aber schwierig, denn das internationale Insolvenzrecht ist ein Gemisch aus international zwingendem Sach- und Verfahrensrecht, Kollisionsrecht und Rechtshilfe. Auf jeden Fall überlegen, in welchem Staat der Vertragsgläubiger im Falle der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens über seinen Schuldner seine Forderungen am ehesten durchsetzen könnte, relevant bei EU-Staaten auch europäische Insolvenzverordnung (ein in einem Mitgliedstaat der EU eröffnetes Insolvenzverfahren ist überall in der EU anzuerkennen).
- e. *Organisations- und Steueroptimierung*: Zur optimalen Organisation der Zusammenarbeit im Ausland oft Gründung einer Joint-Venture-Gesellschaft, auch als Mittel der Organisations- und Steueroptimierung.